
DRŽAVA
IN MORALNOST



P O L I G R A F I

Številka 67–68 • letnik 17, 2012

UREDIL ROK SVETLIČ

P O L I G R A F I

Glavni urednik: Lenart Škof (Univ. na Primorskem)
Uredniški odbor: Igor Škamperle (Univ. v Ljubljani), Mojca Terčelj (Univ. na Primorskem),
Miha Pintarič (Univ. v Ljubljani), Anja Zalta (Univ. v Ljubljani),
Rok Svetlič (Univ. na Primorskem)

Pisarna uredništva: Dr. Lenart Škof, Univ. na Primorskem,
Fakulteta za humanistične študije Koper, Titov trg 5, SI-6000 Koper, Slovenija
Telefon: +386 5 6637 744, Faks: + 386 5 6637 742, E-mail: lenart.skof@fhs.upr.si
<http://poligrafi.nova-revija.si>

Številka 67–68, letnik 17 (2012)

D R Ž A V A I N M O R A L N O S T

Uredil: Rok Svetlič

Mednarodni uredniški odbor

Th. Luckmann (Universität Konstanz), David Kleinberg-Levin (Northwestern University), R. A. Mall (Universität München), M. Ježić (Filozofski fakultet, Zagreb), D. Louw (University of the Free State, Bloemfontain), M. Volf (Yale University), K. Wiredu (University of South Florida), D. Thomas (University of Birmingham), M. Kerševan (Filozofska fakulteta, Ljubljana), F. Leoncini (Università degli Studi di Venezia), P. Zovatto (Università di Trieste), T. Garfitt (Oxford University), M. Zink (Collège de France), L. Olivé (Universidad Nacional Autónoma de México), A. Louth (Durham University), P. Imbert (University of Ottawa), Ö. Turan (Middle-East Technical University, Ankara), E. Krotz (Universidad Autónoma de Yucatán / Universidad Autónoma de Metropolitana-Iztapalapa), S. Touissant (École Normale Supérieure), B. Mezzadri (Université d'Avignon), A. Bárabas (Instituto Nacional de Antropología e Historia, Oaxaca), Marko Uršič (Univ. v Ljubljani)

Recenzije knjižnih izdaj: Tomaž Grušovnik, Univ. na Primorskem, ZRS Koper
Garibaldijeva 1, SI-6000 Koper, Slovenija
Phone: +386 5 6637 700, Fax: + 386 5 6637 710, E-mail: tomaz.grusovnik@zrs.upr.si
Oblikoval: Peter Skalar, Tehnično urednil: Rok Predan

CIP - Kataložni zapis o publikaciji
Narodna in univerzitetna knjižnica, Ljubljana

342.2(082)(0.034.2)

DRŽAVA in moralnost [Elektronski vir] / uredil Rok Svetlič. -
El. knjiga. - Ljubljana : Inštitut Nove revije, zavod za humanistiko,
2013. - (Poligrafi, ISSN 2232-5174 ; letn. 17 (2012), št. 69-70)

Način dostopa (URL): <http://www.poligrafi.si>

ISBN 978-961-92463-7-5
1. Svetlič, Rok
265413632

Revija je vključena v naslednje mednarodne baze: The Philosopher's Index, Cobis
Izdaja in Copyright ©: Nova revija d. o. o., Časopisno in založniško podjetje
Cankarjeva 10b, SI-1000 Ljubljana, Slovenija
Telefon: +386 1 2444 560, Faks: +386 1 2444 586, E-mail: info@nova-revija.si
Dvojna številka: € 19,00
Poligrafi so izdani s pomočjo Ministrstva za visoko šolstvo, znanost in tehnologijo in
Ministrstva za kulturo Republike Slovenije.

DRŽAVA IN MORALNOST

Borut Ošljaj: *O temeljnih pogojih možnosti delovanja pravne države*

3

Benjamin Flander: *Pogled na krizo prava skozi prizmo kritične družbene in pravne teorije*

19

Jernej Letnar Černič: *Pravičnost in pravo v slovenski družbi*

43

Erik Kerševan: *Spoštovanje prava in spoštovanje avtoritete sodstva*

69

Marko Novak: *Slovenska pravna država v luči integralne teorije prava*

93

Bojan Žalec: *Pravni instrumentalizem kot uničevalec vladavine prava*

107

Rok Svetlič: *Avtonomija prava in moralni imperializem*

121

Vid Jakulin: *Kaznovalna politika v Sloveniji (Razkorak med pričakovanji in stvarnostjo)*

133

Povzetki

147

Abstracts

153

Avtorji

159

O TEMELJNIH POGOJIH MOŽNOSTI DELOVANJA PRAVNE DRŽAVE

B o r u t O š l a j

•

Da je ena od bistvenih predpostavk demokracije, ki naj bo vredna svojega imena, dobro delujoč pravni sistem, to bolj ali manj vemo vsi. V področje neznank in s tem težav vstopimo takrat, ko se vprašamo, kateri so temeljni pogoji uspešno delujočega pravnega sistema, od česa je skratka v osnovi odvisno dobro delovanje pravne države in posledično demokratične družbe kot celote? Zastavimo si naprej preprosto in samoumevno vprašanje: Kdaj smemo trditi, da pravna država dobro deluje? Preprostost vprašanja določa preprostost odgovora: Pravna država deluje dobro takrat, ko njene institucije in državljani v veliki oz. zadostni meri ravnavajo v skladu s pravnim sistemom države. Ta odgovor je sicer logično pravilen, toda v svoji tавтоloškosti hkrati tudi banalno samoumeven, saj v celoti zanemari problem pogojev možnosti delovanja pravne države. Ker tako pomembno vprašanje, kot je delovanje pravne države, ne more biti rešljivo samo na ravni logike, temveč nujno vključuje najširše teoretske in praktične ravni razumevanja in delovanja družbe, je potrebno izhodiščno vprašanje našega razmisleka dopolniti in ga zapisati v bolj izostreni obliki: Kdaj in zakaj institucije in državljani delujejo ali ne delujejo v zadostni meri v skladu s pravnim sistemom?

1. Spoštovanje pravnega reda

Dovolj splošen odgovor, ki se v obliki nekakšne izhodiščne delovne hipoteze ponuja sam od sebe in je pri tem hkrati tudi izkustveno utemeljen, se glasi: Upravičeno lahko domnevamo, da institucije in državljani v zadostni meri delujejo v skladu s pravnim sistemom takrat in zato, ko in ker izkazujejo zadostno stopnjo *spoštovanja* do pravnega sistema

države, v kateri živijo. Kdor namreč spoštuje pravni sistem, pri tem je verjetnost, da bo deloval v skladu z njim, bistveno večja, kot pri nekom, ki tovrstnega spoštovanja ne čuti in ne izkazuje. Možno sicer je, da nekdo ravna v skladu s pravnim redom, tudi če do njega ne goji nobenega spoštovanja. Vendar pa prakse, ki ne temeljijo na najširšem spoštovanju pravnega sistema, zagotovo ne omogočajo njegovega dobrega delovanja v celoti, saj se takšne osebe, prvič, pravnosti praviloma poslužujejo bodisi le takrat, ko si v konfliktnih situacijah z drugimi državljani in institucijami od njega obeitajo pridobitev ali potrditev osebnih koristi in zadovoljitev lastnih moralnih ali materialnih interesov, na splošno pa ostajajo do njega ravnodušne, ali pa, drugič, takrat, ko mu sicer v večini primerov zvesto sledijo in se mu ponižno uklanjajo, vendar zgolj zaradi strahu pred možnimi sankcijami in zaradi moči državnih represivnih aparatov.

V prvem primeru nespoštovanja pravnega reda, ko zgolj občasno in zaradi naših osebnih nagibov delujemo v skladu z njim, pravo ni več obči smoter, ki naj zagotavlja red in pravičnost za vse in na vseh ravneh, temveč le še instrument, ki služi parcialnim interesom posameznikov in institucij. Z gotovostjo lahko trdimo, da ta oblika nespoštovanja pravne države močno prevladuje v slovenskem prostoru, pri čemer nikakor ni omejena le nanj. Če prvi primer razkriva posameznika kot avtonomno osebo, ki se brez strahu in moralnih zadržkov zoperstavlja sistemu, s čimer se postavlja nad sistem in si ga podreja kot sebi služee orodje, pa drugi primer, ko posamezniki praviloma vedno sledijo sistemu in se mu pri tem podrejajo v celoti, vendar zgolj zaradi strahu pred njegovo močjo, razkriva neavtonomne oz. nerazsvetljene individuume. Tovrstno samozadolženo podrejanje, ravno kolikor ga zaznamuje njegova nekritična predrazsvetljenska drža, pa se ne dogaja zato, ker bi posamezniki razumeli in spoštovali družbeno vlogo in pomen pravnega reda, temveč izključno zato, da bi obvarovali posamezne koščke svoje neokrnjene samostojnosti in navidezne avtonomnosti, tiste koščke intimnosti in človeške nedotakljivosti, v katerega ta sistema praviloma ne more in – vsaj v večini demokratičnih družb – tudi ne želi vstopiti.

Na tovrstnem predrazsvetljskem razumevanju naravnega stanja človeka kot nasilnega in hkrati s strahovi za lastno življenje in preživetje zaznamovanega bitja temelji Hobbesov koncept družbene pogodbe, ki naj bi se ji posamezniki prav iz strahu pred lastno smrtjo brezpogojno

uklonili ter opravili prostovoljni prenos moči na državo kot suverena, ki jim naknadno in retroaktivno v zameno ponudi celovito pravno zaščito. Predrazsvetljenski značaj opisanega odnosa do države in njenega pravnega reda se kaže v tem, da ga v prvi vrsti ne določa toliko umno in avtonomno moralno spoznanje, temveč predvsem emocionalno razmerje strahu do skupnega suverena kot nosilca neomejene moči. Drugače rečeno, gre za heteronomno razmerje nesvobodnih, državnemu sistemu podrejenih in lojalnih posameznikov. Iz strahu pred možnimi sankcijami je sicer prav tako možna določena oblika spoštovanja pravnega sistema, vendar gre v tem primeru – če že vztrajamo, da gre tudi tu za spoštovanje – za vsiljeno, neavtonomno oz. heteronomno spoštovanje, katerega naslovnik ni toliko pravni sistem kot tak, temveč predvsem lastno življenje posameznika. Bolj kot na pravni red se zato spoštovanje v tem primeru nanaša na iz strahu spodbujeno ohranjanje samega sebe in svoje celotne interesne prtljage. Spoštovanje pravnega reda, kolikor o njem sploh lahko upravičeno govorimo, je pri Hobbesovi družbeni pogodbi kvečjemu oblika vsiljenega, neprostovoljnega spoštovanja, ki ga ne hranita – kantovsko rečeno – svoboda in praktični oz. moralni um, temveč strasti. Ker pa so strasti in čustva kot prevladujoče določivne moči odnosa do pravne države v notranjem nasprotju z občestjo njene formalno-racionalne strukture, tak predrazsvetljenski red ne more zagotavljati dobro delujočega pravnega reda, saj temelji na nerazrešenem in hkrati eksplozivnem antagonizmu strasti in razuma, posamičnega in občega.¹

Na podlagi nezadostnosti obeh oblik, tako predrazsvetljenskega kot tudi razsvetljenstvu zavezanega avtonomno nespoštuječega oz. instrumentalističnega odnosa do pravnega reda, lahko *pogojno sklenemo*, da je *nujni pogoj* možnosti dobrega delovanja pravne države lahko samo *avtonomno spoštovanje*, ki ga do pravnega sistema celostno vzdržujejo svobodne osebe razsvetljene demokratične družbe. Toda tudi natančnejša opredelitev spoštovanja kot avtonomnega spoštovanja še ne dosega stopnje prepričljivega odgovora na vprašanje, kdaj in zakaj institucije in državljani v zadostni meri delujejo v skladu s pravnim sistemom. Tudi

¹ Kot primer lahko navedemo številne islamske države, v katerih relativno zelo pogosto vznikajo številna in hkrati množična žarišča navznoter in navzven usmerjenega nasilja, ki so v pretežni meri izraz instrumentalizacije nebrzdanih strasti nerazsvetljenih posameznikov.

za avtonomno spoštuječo držo do pravnega reda namreč velja, da ne zaznamuje neko samoumevno vrednotno stanje posameznikov in institucij do države in njenih ključnih aparatov, temveč je tudi sama odvisna od nekaterih pogojev, ki morajo biti predhodno nujno izpolnjeni, če naj avtonomno spoštovanje prava postane realno družbeno stanje in ne le gola želja.

2. O pogojih avtonomnega spoštovanja pravnega reda

2.1 Razumevanje prava

Eden izmed osnovnih pogojev možnosti avtonomnega spoštovanja pravnega sistema in njegovega dejanskega uveljavljanja je prav gotovo ustrezno razumevanje smisla in pomena prava pri delovanju demokratične družbe. Bolje ko razumemo smisel in pomen demokratične pravne države, bolj ko razumemo, da lahko edino tak sistem v največji meri ščiti svoboščine in pravice vseh državljanov in institucij, ne glede na etnične, rasne, kulturne, ekonomske in najrazličnejše statusne razlike, večja je verjetnost, da bomo ta sistem avtonomno spoštovali; to pomeni iz lastnega uvida in spoznanja. Velja pa tudi obratno: Manj ko razumemo smisel in pomen demokratične pravne države, manjša je verjetnost za njeno avtonomno spoštovanje. Najširše razumevanje funkcije prava znotraj demokratične države torej zagotovo povečuje možnosti njenega ustreznega delovanja. Toda tudi uresničitev spoznavnega pogoja še ne zagotavlja samodejnosti avtonomnega spoštovanja in njegovega udejanjanja. Kot nas glede tega uči Humeov zakon, iz spoznanja neke stvari nikoli sledi, da in kako moramo delovati. Skratka, če oseba A dobro pozna smisel in funkcijo pravne države, to še ne zagotavlja, da ta oseba bo delovala in mora delovati v skladu z njenimi zakoni. Pomislimo samo na ne tako redke sodnike, ki jim razumevanja prava nikakor ne moremo očitati, pa kljub temu ne ravnaajo vedno v skladu s pravnim sistemom, ki bi ga po svoji funkciji morali v vseh ozirih zastopati, ščititi in uveljavljati, s čimer jasno kažejo na močno okrnjeno spoštovanje, ki ga čutijo do njega. Osrednji pogoj možnosti avtonomnega spoštovanja pravnega reda se skriva nekje drugje.

2.2 Moralnost kot osrednji pogoj avtonomnega spoštovanja

Če drži pogojni sklep, da je nujni pogoj možnosti delovanja pravne države lahko samo avtonomno spoštovanje, ki ga do pravnega sistema celostno vzdržujejo svobodne osebe razsvetljene demokratične družbe, potem iz tega z nedvomno gotovostjo sledi, da problem avtonomnega spoštovanja ali nespoštovanja pravnih zakonov v svojem temelju nikakor ni pravni, temveč *je izključno moralni in etični problem*. Spoštovanje in avtonomnost namreč nista pravni, temveč sta v celoti moralno-etični kategoriji. Če pa je, kot kaže, vprašanje dobro delujoče pravne države v svojem temelju moralni in ne pravni problem, kolikor je pač učinkovitost pravnega sistema odvisna od spoštovanja, ki mu ga izkazujejo državljani, potem trditev, da je rehabilitacija demokracije možna skozi rehabilitacijo prava, kot nakazuje naslov tega zbornika, nikakor ne zadošča. Ker torej problem učinkovitosti pravnega sistema v svoji osnovi pade v domeno moralnosti družbe kot celote, ker je skratka odvisen od obstoja ali odsotnosti njenih temeljnih vrednotnih drž in praks, iz tega sledi, da lahko možna rehabilitacija demokracije ustrezno poteka samo skozi ustrezno obliko rehabilitacije morale. Rehabilitacija prava – če naj bo vredna svojega imena – je namreč lahko zgolj učinek predhodne rehabilitacije moralnosti in ne njen vzrok. Zakaj? Zato, ker je pravni sistem v veliki meri formalna izpeljava in sistemska regulativa že obstoječih temeljnih moralnih načel; na zunanji oz. sistemski ravni zakonov pomeni formalizacijo tistih notranjih moralnih prepričanj, načel, drž, svoboščin, pravic in dolžnosti, ki takšno formalizacijo z vidika uspešnega delovanja države omogočajo in jo na funkcionalni ravni delajo za smiselno.

Morala je tako v zgodovinskem kot tudi teoretskem kontekstu v utemeljujočem odnosu do prava in ne obratno; to nedvoumno dokazuje že sama genealogija njegovega nastanka. Pravo, preko katerega država na formalni ravni z zakoni ščiti samo sebe in njene državljane, lahko vzorno deluje le tedaj – to potrjujejo številni zgodovinski primeri –, če ga utemeljujoče podpira in z njegove formalnosti v življenje prenaša nekaj neformalnega in v osnovi ne-pravnega, namreč: živo moralno prepričanje državljanov, in ne zgolj vednost o tem, da brez dobro delujočega pravnega sistema država v celoti in v vseh njenih delih ne more uspešno delovati. Iz tega prepričanja in hkratne vednosti, lahko bi tudi dodali, iz

spoznanega prepričanja, da je *država* kot formalizirana nadgradnja skupnih interesov in vrednot vseh državljanov tudi sama *vrednota na sebi*, edino lahko raste resnično oz. avtonomno *spoštovanje* pravnega sistema kot *nujni pogoj delovanja pravne države* in uspešne demokracije. V tem smislu velja, da je živeta moralnost posameznikov in njihovo prepričanje, da je pravna država smoter na sebi, osrednji pogoj možnosti avtonomnega spoštovanja pravnega reda in njegovega celovitega udejanjanja.

2.2.1 *Moralnost sodstva in njegov ugled*

Z moralnostjo družbe kot osrednjim pogojem možnosti avtonomnega spoštovanja pravnega reda pa ni mišljena le na prepričanju temelječa moralnost tiste večine državljanov, ki niso neposredni izvajalci in garanti pravnosti, temveč tudi moralnost tiste manjšine državljanov, ki neposredno zastopa pravni sistem kot tak. Iskana moralnost torej ne zahteva le enostranske moralnosti od spodaj navzgor, ne zahteva le tega, da uporabniki demokratične države resnično spoštujemo njen pravni ustroj in mu v celoti zaupamo, temveč v nič manjši meri terja tudi moralnost znotraj pravnega sistema samega. Celovito spoštovanje pravnega reda namreč ni in ne more biti omejeno samo na zunanjo moralno naklonjenost temu redu, temveč mora v enaki meri izkazovati in izžarevati spoštovanje tudi od znotraj, namreč s strani sodstva in njegovih organov. Če se avtonomno spoštovanje pričakuje ali celo terja le na enem koncu palice, samo s strani odjemalcev pravnih storitev, potem le ta pade iz ravnovesja, spoštovanje pa zdrsne v globino nezaupanja in prezira. Ne le navadni državljan, tudi sodnik mora biti zato moralna oseba, ki s svojim delom kaže spoštovanje do sistema, ki ga neposredno zastopa in uveljavlja. Samo na tak način je možno graditi ugled sodstva, ki bo pri državljanih zbujal spoštovanje. To pomeni, da si mora pravni sistem iz svoje lastne moralne podstati nenehno prizadevati za ugled, brez katerega še tako globoko moralno prepričanje državljanov v smiselnost pravnega reda in njegovega spoštovanja sčasoma lahko preide v svoje nasprotje, v prezir in ravnodušnost. Spoštovanje pravnega reda je pri veliki večini državljanov žal, a razumljivo, spoštovanje s pridržkom, je pogojno spoštovanje, saj je precej odvisno od ugleda, ki ga z načinom svojega dela pridobiva ali izgublja sodna veja oblasti. Za celovito avtonomno spoštovanje pravnega sistema je torej nujno dobro oz. moralno delovanje tudi tega

sistema samega. Ta pa lahko dobro deluje le takrat, ko ga sestavljajo ne le strokovno, temveč tudi moralno kompetentne osebe. Sodnik, ki pri svojem delu ni hkrati tudi moralna avtoriteta, ne more biti dober sodnik. Sodstvo, katerega člani s svojim odnosom in delom ne izkazujejo spoštovanja do sistema, ki ga neposredno zastopajo, ne more zahtevati brezpogojne naklonjenosti, kaj šele spoštovanja državljanov. Moralnost mora torej biti enakomerno razporejena na obeh koncih etične palice. Kakor hitro temu pogoju ni zadoščeno, palica zaniha, moralnost oslabi, pravni red pa sčasoma preide v karikaturu samega sebe.

Hrbtna stran spoštovanja, ki ga državljani izkazujemo pravni državi, je ugled, ki ga sodstvo uživa v javnosti; pri čemer ta ugled ni nič drugega kot zrcalo tistega spoštovanja, ki ga sodni sistem navznoter namenja samemu sebi oz. ideji prava ter to dokazuje s svojim delom. Vzajemna povezanost ugleda sodstva in njegovega spoštovanja s strani državljanov pa ne pomeni, da je spoštovanje posledica ugleda, oz. da lahko nastopi šele tedaj, ko in če sodstvo s svojim delom prvotno dokaže, da je tudi samo podvrženo jasnim in učinkovitim moralnim standardom in si s tem spoštovanje zasluži. Avtonomno spoštovanje namreč ni in ne sme biti predmet moralne trgovine v slogu daj-dam; ideja pravne države spoštovanje zahteva neodvisno od samega uresničevanja pravnosti s strani državnih organov. Nemoralnost osebe ali institucije A ne odvezuje moralnosti osebe ali institucije B do A. Skratka: Iz tega, da del sodstva svojega dela ne opravlja moralno, ne sledi, da lahko v odnosu do sodstva in širše tudi vsi ostali delujemo nemoralno. Gotovo pa takšno razmerje pomeni padanje zaupanja v pravno državo in njenega spoštovanja, s čimer se bistveno zamajejo osnovni stebri demokratične družbe. V tem se kaže velika, morda celo ključna odgovornost, ki jo mora v funkciji utrjevanja demokratične družbe na svoja ramena prevzeti pravni red. Če temu ni kos, celotno družbo nehote »obsodi« na moralno stagnacijo, s čimer posledično reže tisto vejo moralnosti, na kateri ne nazadnje tudi sam sedi. Prizadevanje za pravnost in demokracijo zatorej zahteva živeto moralnost celotne družbe tako na institucionalni ravni državnega aparata kot tudi pri vsakem posameznem državljanu posebej.²

² Naslednji problem, ki pa ni neposredno povezan s tukaj obravnavano temo, se glasi, o kakšni moralnosti je tukaj govora oz. iz katerega sistema moralnosti naj izhajajo sodobne demokratične

2.2.2 *Problem odtujenosti in abstraktnosti pravnega sistema*

Ob vseh doslej že navedenih in obravnavanih razlogih in pogojih spoštovanja in nespoštovanja pravnega reda se na kratko zadržimo še pri enem vidiku, ki se v javnosti že dolgo ne navaja in ne izpostavlja več ter hkrati kaže na prisotnost še vedno nepreseženih elementov heteronomnosti in naivnega sprenevedanja. Enega izmed razlogov moralne disfunkcije prenizkega spoštovanja sodstva gre iskati tudi v še vedno razširjenem vrednotnem mnenju številnih državljanov, ne le v Sloveniji, temveč praktično v vseh demokratičnih in nedemokratičnih pravnih družbenih sistemih, da je sodstvo nekakšna samozadostna, represivna in s strani najvišjih državnih organov avtorizirana zakonska sfera, ki je v svoji kafkovski abstraktnosti in odtujenosti povzdignjena nad celotno družbo kot nekakšen brezimni suveren reda in moči. Kot abstraktnemu sistemu, brez živih vezi z lastno družbeno platformo, se mu pripisuje zmožnost, da deluje iz samega sebe oz. iz svojih lastnih struktur, ki ne potrebujejo širše družbene podpore; da je torej kot Hobbesov Leviathan nekakšna grozeča pošast, ki prihaja iz drugega sveta, in je pri tem docela samozadostni fenomen *sui generis*. Seveda takšno mnenje ne vzdrži kritične presoje, saj je tudi samo posledica patološko odtujenih razmerij med državo in državljani, torej nekega stanja, ki spreverča »naravna« razmerja med državljani in državo na eni in med moralo in pravom na drugi strani; tista »naravna« razmerja, po katerih se drugo, država in pravo, nujno utemeljuje in legitimira v prvem, namreč v moralnosti oz. nemoralnosti državljanov. Po eni strani je sicer res, da pravni sistemi družb neredko delujejo kot povsem avtoritarni in samozadostni sistemi reda, ki so lahko državljanom povsem odtujeni, torej kot nekakšne patološke

družbe? V slovenskem prostoru je to vprašanje žal še vedno izrazito ideološko obremenjeno, s čimer še ne dosegamo stopnje razsvetljene demokratične družbe. Odsotnost minimalnih standardov dialoščnosti med dvema samooklicanima nosilcema moralnosti, katoliško cerkvijo na eni in razpršenimi liberalnimi strujami na drugi strani, onemogoča vzpostavljanje skupnih moralnih načel in prepričanj, ki jih lahko različni tabori zlahka dosežejo, če so se le pripravljene pogovarjati v dobro skupnosti kot celote. Žal še vedno premalo upoštevamo in o tem vemo, da je moralnost človeka in družbe mogoče uspešno utemeljiti, zastopati in zagotavljati tudi onstran kontraproduktivnih delitev na sekularnost in religioznost. Koncept svetovnega etosa, kot ga je razvil Hans Küng, je ena izmed poti, ki zbujajo upanje. Toda dokler ne bo pripravljenosti za dialog, ki bi bil usmerjen v zagotavljanje pogojev skupno dobrega, tako dolgo bodo vsa prizadevanja po rehabilitaciji demokracije ter njenih moralno-pravnih temeljev obsojena na akademsko leporečje, vključno s tukaj zapisanimi besedami.

karikature pravnosti. Po drugi strani pa je pravo glede na svoj moralni izvor in smisel tako na formalni ravni zakonov kot tudi na izvedbeni ravni zagotavljanja pravnega reda specifična nadgradnja in učinek javne morale, ki v veliki meri kodificira in praktično udejanja tiste vrednote, načela in prepričanja, ki jih je v funkciji delovanja države in urejanja medsebojnih razmerij med njenimi državljani mogoče univerzalizirati ter njihovo nespoštovanje sankcionirati; kot izraz okrnjene javne moralnosti pravo zato tudi samo pogosto deluje v nasprotju z moralnostjo. Vedno in povsod, kjer lahko upravičeno govorimo o anomalijah pravnega reda v širšem obsegu, to dejstvo nikoli ni zgolj nek posamezni družbeno-sistemska eksces, temveč je vselej tudi izraz in učinek moralnega stanja družbe kot celote. Če in ko torej govorimo o patološkem razmerju med državljani in pravnim sistemom, potem je to razmerje tudi samo zgolj ena od možnih variacij patološkosti temeljnih družbenih odnosov kot takih. Kazati s prstom na pravni sistem in v njem prepoznavati glavni vzrok za poglobljajočo se krizo demokracije pa je naivno in neuko sprenevedanje, ki vidi klice zla le okrog sebe nikoli pa v samem sebi. Uspešno delujoči pravni sistemi so torej tisti, ki pomenijo logično nadaljevanje in formalno-praktično nadgradnjo že obstoječe moralnosti neke družbe, oz., rečeno bolj natančno, so tisti, kjer se obe sferi, ponotranjena moralna prepričanja in povnanjeno pravno delovanje, vzajemno potrjujeta in dopolnjujeta. Samo v takšnih okoliščinah se lahko spontano oblikuje pristno oz. avtonomno spoštovanje do pravnega sistema kot nujni pogoj njegovega uspešnega delovanja.

2.2.3 Primer Slovenije in zahteva po depolitizaciji

Zlasti v Sloveniji lahko že dlje časa opažamo sprevrnjenost temeljnih kriterijev možnosti pravne države. V položaju, ko že dolgo ne poseduje več dejanske avtonomije, pravnost ni cilj ali smoter na sebi, temveč vse prepogosto golo sredstvo, ki je v službi političnih in gospodarskih interesov. Do te sprevrnjenosti pri nas zagotovo lahko prihaja zato, ker je naš pravni sistem brez jasne podpore v moralni bazi državljanov. V odsotnosti živete moralnosti družbe kot celote pravnost lebdi v zraku kot abstraktni oblak, ki ga politično-gospodarski vetrovi pihajo zdaj v to, zdaj v ono smer. Da je v takšnih razmerah instrumentalizacija pravne države in njena ugrabitev s strani elit pravzaprav povsem logično stanje – zno-

traj katerega pravna sfera po eni strani vzdržuje vsaj minimalni občutek lastne pomembnosti, po drugi pa hkrati postaja tudi nesistemski vzvod nezakonitega materialnega pridobitništva nekaterih posameznikov znotraj nje –, pa je že neko dejstvo, ki kaže na vso globino in resnost krize, v kateri smo se na začudenje mnogih znašli. K vsem splošnim pogojem možnosti delovanja pravne države moramo zato v primeru Slovenije nujno dodati še zahtevo po njeni depolitizaciji; brez slednje in hkratne utrditve avtonomnosti sodstva rehabilitacija prava in demokracije pri nas ne bo mogoča. Ker pa sta oba zahtevana koraka eminentno moralni gesti, kolikor od vseh vpletenih političnih in gospodarskih akterjev terjata radikalno omejitev lastnih interesov in njihovo postavitev v službo skupnih interesov demokratične družbe kot celote, se s tem ponovno vračamo k vprašanju moralnosti kot osrednjemu pogoju možnosti avtonomnega spoštovanja pravnega reda.

Takrat, in samo takrat, ko je pravni sistem naslonjen na občo moralnost in razsvetljenost državljanov in se v njiju in skozi njiju legitimirajo in uresničujejo kot obče dobro, lahko pravna država deluje na način, ki ustreza njeni definiciji in smislu; v nasprotnem primeru, v primeru okrnjene moralnosti in nezadostnega razumevanja smisla demokratične družbe pri pretežnem delu prebivalstva, pa je pravni sistem pogosto lahko le blede senca in karikatura svojega lastnega ideala. To ne pomeni, da ne deluje, prav gotovo pa ne deluje tako, kot bi lahko in kot bi moral delovati. Ker bi pri nas težko govorili o obstoju nekakšne enotno živete obče moralnosti, ki naj bi bila lastna večini državljanov, pravni sistem životari brez svoje vrednostne baze in moralnih korenin. V svoji naraščajoči abstraktnosti in odtujenosti bolj kot obče dobremu služi državi in njenim spreminjajočim se strankarsko-politično obarvanim institucijam, s čimer je nujno prikrajšan za tisti elementarni moralni segment, ki ga edini lahko ohranja vitalnega in dobro delujočega: prikrajšan je za spoštovanje, ki bi mu ga morali nujno izkazovati, če naj dobro deluje. Zato je pri nas država s svojimi institucijami nekakšno prosto lovišče materialnih in statusnih privilegijev in ne vrednota z ugledom in spoštovanjem.

2.3 Svetovni nazor kot specifična forma kolektivnega moralnega subjekta

Ob ključni vlogi obče moralnosti in razsvetljenosti državljanov želim na kratko odpreti še nek posebni segment razprave o pogojih možnosti pravne države; segment, ki se ne dotika dejanske vsebine moralnosti – ta problem je bil že izpostavljen v opombi št. 2 –, temveč tistega veznega tkiva, ki moralnost posameznikov povezuje in nadgrajuje v živeto moralnost družbe kot kolektivnega moralnega subjekta. Pri tem mislim na vlogo, ki jo imajo pri zagotavljanju moralnosti in pravnosti religije, ideologije ter svetovni nazori, kot nekakšni enoviti, funkcionalni, vrednotni software-sistemi posameznih družb in kultur. Da bi se izognil spolzkosti govora o religijah in ideologijah, ki sta kot fenomena bistveno širšega značaja od tu obravnavanih problemov in tem, bom na tem mestu raje uporabljal izraz svetovni nazor, saj bolj nevtrarno označuje tisto, za kar mi tukaj gre: kolektivni duh skupnih vrednotnih idej neke skupnosti.³ Iz zgodovine vemo, da pravni sistemi držav dobro delujejo predvsem v tistih družbenih sistemih, katerih moralnost ni omejena zgolj na razpršena osebna vrednotna prepričanja in drže, temveč hkrati premorejo tudi skupni, individualnost preraščajoči moralni prostor, ki dobesedno prežema in med seboj v enotno vrednotno telo povezuje vse kulturne segmente neke družbe. Ne le lažje, tudi neprimerno bolj učinkovito je moralno delovanje takrat, ko si temeljna prepričanja, vrednote in cilje delimo z drugimi. Iz tovrstne moralne interakcije praviloma vznikajo okrepljena prepričanja in entuziazem, kot dodatni motivacijski naboj pri delovanju in uresničevanju skupnih ciljev, ki znotraj atomizirne moralnosti bolj ali manj samozadostnih subjektov ni možen. Znotraj enotne svetovnonazorske strukture, ki bi kot specifični kolektivni moralni subjekt v sebi povzemal in dejavno živel minimalne skupne etične standarde povezane z jasnimi racionalnimi uvidi – zaradi česar je ne bi bilo mogoče izenačiti s totalizirajočimi tendencami religij in ideologij –, bi pravni sistem, nošen in spodbujan z entuziazmom najširših

³ Seveda tudi pojem svetovnega nazora lahko upravičeno zbuja številne pomisleke. Neideološko razumevanje svetovnega nazora sem razvil in predstavil v knjigi B. Ošljaj, *Ethica quo vadis? – Albert Schweitzer in vprašanje renesanse etične kulture* (Ljubljana: Znanstvena založba Filozofske fakultete Univerze v Ljubljani, 2010).

družbenih plasti, imel idealne pogoje za svoje ustrezno delovanje. Kot formalna nadgradnja skupnih družbenih idej, spoznanj in prepričanj, pravni sistem v takšnih razmerah nikakor ne bi bil več oktroirani sistem reda in zakonov, ki bi ga posamezniki doživljali kot življenju odtujeno sfero prisile in sankcij, temveč, nasprotno, najvišja stopnja formalizacije in zagotavljanja tistih vrednotnih določil, prepričanj in ciljev, ki jih bi vsak avtonomni član družbe hkrati lahko prepoznaval tudi kot svoja lastna. Če se ob tem spomnimo na nalezljivi optimizem in neskončno pozitivno energijo iz našega osamosvojitvenega obdobja, potem lahko bolj nazorno razumemo, kaj s svetovno nazorsko razširitvijo moralnosti tukaj mislimo in kakšna naj bi bila njena funkcija pri omogočanju pogojev možnosti pravne države.

Težave z zagotavljanjem pravnosti in posledične pravičnosti v družbi pogosto nastajajo takrat, ko neka družba izgublja ali v celoti izgubi bodisi svojo religiozno, ideološko ali sekularno svetovnonazorsko vezno tkivo, njeni posamezniki pa pri tem ostanejo brez družbeno podprte verifikacijske mreže vrednot. Izguba relativne enotnosti, gotovosti in nedvomnosti glede temeljnih vrednotnih vprašanj družbeno moralnost postopoma razkrajja v poljubnost in nezavezujočnost relativizma. Iz tega seveda nikakor ne sledi, da ja vsaka oblika enotnih in svetovnonazorsko podkrepljenih moralnih redov neko dobro na sebi, ki da je neodvisno od njegovih konkretnih vsebinskih poudarkov. V 20. stoletju smo bili soočeni s številnimi ideološkimi sistemi, ki so še kako vneto in entuziastično vzdrževali skupne ideje, vrednote in spoznanja, pa jih vendarle noben kritično misleči in moralni posameznik zaradi tega ne bi podprl ali jim celo sledil. Pomeni le to, da – gledano na funkcionalni ravni – pravni sistemi ne morejo dobro delovati na ozadju obče moralne poljubnosti in relativizma, oz. da lahko delujejo toliko bolje, kolikor bolj je družbeno telo v moralnem smislu homogeno. S kolektivno moralno homogenostjo – dodajmo, da ne bo nesporazumov – pa ni mišljen nek enotni, totalitarni, ideološko-moralni sistem, ki bi pokrival celotno mrežo človekovih dejanj in onemogočal razlike, temveč minimalni konsenz skupnih vrednot in prepričanj, kot so spoštovanje življenja, pravičnost, solidarnost, poštenost, resnicoljubnost, ki jih poznajo in jim vsaj načeloma sledijo vse kulture. Gre torej za šibki pojem homogenosti, ki ne odpravlja razlik, temveč, prav nasprotno, razlike šele resnično osmišlja

in jih povezuje v produktivno dialoško mrežo, ki jo legitimira nabor skupnih moralnih izhodišč.⁴ Razlika, ki namreč ni postavljena v odnos do enotnosti, ukinja samo sebe, je nemogoča razlika, je razlika kot fantazma, ki se izmika sleherni pozitivni opredelitvi in določitvi.

S svetovnim nazorom torej mislim gibljivo neformalno sistemsko in temeljno kolektivno moralnost, ki se skozi negovanje trajnega in kritičnega dialoga s posamično oz. individualno moralnostjo razlik v sebi nenehno razvija in dopolnjuje. Vzajemnost in dialoškost obeh ravni je potrebno še toliko bolj odločno poudariti, ker nekateri vidni intelektualci pri nas nemoralnost povezujejo izključno s sistemsko ravni delovanja države, medtem ko naj bi bila moralnost na individualni ravni celo višja kot kadarkoli prej v človeški zgodovini. Takšno stališče ne kaže samo hudega poenostavljanja problema morale, temveč tudi njegovo zelo površno razumevanje.

3. Zadostni pogoj avtonomnega spoštovanja

Vrnimo se za zaključek ponovno k problemu spoštovanja pravnega reda kot nujnega pogoja za dobro delovanje pravne države. Sama dikcija uporabe pojma nujni pogoj nakazuje, da tukaj nekaj še vedno manjka. Nujni pogoj je namreč tisti pogoj, ki mora biti nujno izpolnjen, da se nekaj sploh lahko uresniči; da se lahko, ne, da se. Zadostitev nujnemu pogoju torej ne pomeni, da se bo nekaj nujno uresničilo, temveč, da se v tem primeru zgolj lahko uresniči. Če trdimo, da je spoštovanje pravnega reda nujni pogoj, s tem nakazujemo, da nam manjka še zadostni pogoj za dobro delovanje pravne države, tisti pogoj, katerega izpolnitev dejansko implementira to, kar nek pogoj pogojuje. Poskusimo torej za konec na kratko opredeliti še zadostni pogoj za dobro delovanje pravne države.

Pravni sistem pokriva in ščiti le najbolj splošne vidike delovanja države in zagotavljanja pravic in svoboščin njenih državljanov, zagotavlja

⁴ Na pomlad leta 2012 je bilo ustanovljeno Gibanje svetovni etos Slovenija. Ena izmed temeljnih nalog gibanja je tudi ta, da na ozadju realnih razlik, ki za enkrat bolj kot ne razkrajajo in razdvajajo slovenski dialoški prostor, spodbudi oblikovanje skupne vrednotne platforme minimalnih, a zavezujočih moralnih standardov ter posledično oživi zamrli družbeni dialog. O ciljih Gibanja svetovni etos Slovenija glej Manifest na spletni strani: http://www.svetovnietos.si/dokumenti/Manifest_gibanja_SE_SLO_Prirocnik_SE_H_Kueng_dodatek.pdf

torej zgolj minimalne standarde reda in pravičnosti. Če je pravo, poenostavljeno rečeno, nekakšna s strani države formalizirana in kodificirana mreža moralnosti, s katero si ta prizadeva ujeti in zagotoviti čim višjo stopnjo reda in pravičnosti na vseh ravneh, pa, natanko, kolikor je le formalna mreža, nujno poseduje tudi večje ali manjše luknje, skozi katere se vselej lahko zmuzne tudi nekaj nemoralnega, nekaj, kar skratka spodjeda splošne možnosti reda in pravičnosti. To pomeni, da tisti, ki ravna dosledno v skladu pravnim sistemom, ne deluje nujno in vselej tudi moralno oz. obče dobro, saj mu luknje v pravni mreži omogočajo, da se zmuzne skozi njih, ne da bi se pri tem prekršil ob pravni red. Legalnost in moralnost se namreč ne prekrivata in nista enoznačna. Žal pri nas neredko doživljamo, kako se posamezniki trkajo po lastnih prsih in se prostodušno opravičujejo z besedami: »Saj je bilo vse legalno«, ob tem pa povsem zanemarijo bistveno razliko med legalnostjo in moralnostjo. Demokratični procesi v državi lahko torej dobro potekajo le tedaj, če si luknje v pravni mreži državljanji in institucije sami zmanjšujemo kot avtonomne moralne osebe. Slednje namreč nikoli ne iščejo lukenj v pravni mreži – pa naj bodo te še tako velike – z namenom, da bi se na pravno neoporečni način dokopali do nemoralnih ciljev, temveč pravno mrežo razumejo in spoštujejo kot absolutno zavezujočo formalizirano mejo samovolje, kot črko morale in posledično njen zakon. Če je avtonomno spoštovanje pravnega reda, tako eksterno kot interno, nujni pogoj uspešnega delovanja pravne in demokratične družbe, pa je njegov *zadostni pogoj* živeta moralnost družbe kot celote njenih avtonomnih moralnih oseb, ki znajo onstran meja pravnosti prepoznavati razločke me legalnim in moralnim ter med moralno dopustnim in nedopustnim in v skladu z njimi tudi dosledno delovati.⁵ To pa pomeni, da občja moralnost ni le osrednji pogoj možnosti avtonomnega spoštovanja pravnega reda, kot je bilo doslej rečeno, temveč da hkrati nastopa tudi kot zadostni pogoj za dobro delovanje pravne države kot take. Zadostni pogoj lahko hkrati

⁵ Dober sodnik ni sodnik, ki strokovno gledano ravna po črki zakona, temveč je tisti sodnik, ki je hkrati tudi moralna avtoriteta, da lahko v pravno nejasnih okoliščinah dosledno deluje v skladu s temeljnimi moralnimi načeli in z gibkim moralnim občutkom.

razumemo tudi kot idealni pogoj, znotraj katerega človek, sočlovek in država, tvorijo vzajemno povezano vrednotno triado.⁶

Če vse pogoje možnosti zagotavljanja pravne države premislimo v enotnem kontekstu, potem mora najkasneje zdaj postati razumljivo, da pravo samo na sebi oz. iz samega sebe ne more zagotavljati pravne države, in sicer zato ne, ker bistvo prava ni nič pravnega. Pravo je kvečjemu sistemsko orodje, ki omogoča zagotavljanje in uresničevanje skupno dobrega.⁷ Če pa slednjega ni, če manjka konsenz glede osnovnih vrednot, orientacij in ciljev, če torej manjka etično kot bistvo prava, slednje nujno postane instrument parcialnih interesov, ki postopoma razžirajo tako državo kot njeno družbeno substanco.

Če na kratko zaključim: To, kar pravni sistem sleherne demokratične družbe nujno potrebuje, če naj optimalno služi svojemu osnovnemu namenu celovitega in doslednega zagotavljanja reda in pravičnosti v družbi, je vpetost v elementarni skupni etos, ki bo zmožen onstran tradicionalnih političnih, religioznih in ožjih moralnih delitev živo nagovarjati posameznike in sooblikovati njihova temeljna vrednotna prepričanja. Teoretično je torej problem pravne države in demokratične družbe relativno preprost; teoretično.

Lotimo se torej dela.

⁶ Kolikor bolj pa bi se neka država približevala temu idealu, toliko bolj bi se zmanjševala dejanski pomen in vloga prava. Vendar to ne pomeni, da bi na ta način pravni sistem znotraj državno organiziranih skupnosti sčasoma postal odvečen. Tudi skupnost absolutno moralnih oseb namreč potrebuje pravni sistem, če ne drugega zaradi organizacije, poenostavitve in preglednosti skupnih pravil javnega življenja.

⁷ Pravo je torej glede na skupno dobro orodje slednjega, medtem ko je v odnosu do posameznikov in države smoter na sebi.

POGLED NA KRIZO PRAVA SKOZI PRIZMO KRITIČNE DRUŽBENE IN PRAVNE TEORIJE

Benjamin Flander

1. Dve hipotezi (namesto uvoda)

Izhajamo iz dveh predpostavk. Prva trdi, da je razprava o »krizi pravne države«, ki je že lep čas aktualna v Sloveniji, bolj ali manj v »mrtvem teku«. Strokovna analiza stanja, ki ga pri nas dojemamo kot krizo pravne države, se v javni razpravi praviloma izteče v (1) opozorila zaradi nesposštovanja prava (čedalje več naj bi bilo nepotizma, korupcije, gospodarskega kriminala, ropanja javne/državne lastnine in podobnih protipravnih ravnanj, javni funkcionarji naj bi oblast zlorabljali za uresničevanje lastnih zasebnih interesov, imeli naj bi nepoštene, grabežljive in za nameček tudi nesposobne poslance, sodnike, tožilce in odvetnike in še bi lahko naštevali), (2) spoznanje, da imamo tostran Alp pomanjkljive, nepregledne, nerazumljive, zastarele, neučinkovite, slabe itd. zakone, (3) pozive k bolj učinkovitemu in transparentnemu delovanju državnih (nadzornih) institucij (zaradi obstoja vzporednih sistemov in neformalnih mrež pravosodje, tožilstvo in policija bojda ne delujejo tako kot bi v pravni državi morali, tj. neodvisno in učinkovito), (4) spoznanje, da nimamo pravne (in politične) tradicije in kulture ter, kakopak, (4) pozive k dokončni vzpostavitvi »prave« vladavine prava (pravno državo menda kljub vsemu imamo, a lahko in morali bi jo imeli še bolj in še več).

Torišče te razprave je na dlani: obstaja nedvoumen ideal prava in pravne države, pravna država kot »stvar na sebi«, od katere smo zaradi bolj ali manj znanih vzrokov in dejavnikov čedalje bolj oddaljeni (»najbolj vplivni pravniki« tostran Alp znajo, če je treba, sredi noči na pamet zrecitirati, da smo zašli s »prave poti prava«). Čeprav tovrstne razprave ne kaže enostavno odpisati (določene koristne implikacije vendarle

ima), pravega preboja ne obeta. Agenti in dejavniki »krize« so precej bolj kompleksni in večplastni, kot jih v tej razpravi prikazujejo dežurni pravni strokovnjaki. Ključna težava je po našem videnju v tem, da v tej razpravi pravno državo oziroma vladavino prava dojemamo kot brezčasen imperativ, kot domala nadzgodovinsko (*sub specie aeterni*) kategorijo.¹ Pravne države in tem bolj »krize«, ki jo pesti, ne uspemo umestiti v širši družbeno-zgodovinski kontekst in še manj onkraj vladajoče paradigme/ideologije v refleksiji prava – redkim izjemam navkljub, »erozijo«, »razsulo«, »usihanje« itn. pravne države prepoznavamo in pojasnjujemo v optiki liberalne pravne ideologije na eni, in pravnih anomalij, ki jih naplavi gospodarski in politični vsakdan, na drugi strani. Zanimivo, če ne že kar usodno, pri tem je to, da ob tem, ko iščemo vzroke za sedanje stanje in ponujamo rešitve, ne opazimo, da to, kar sta moderna pravna zgodovina in teorija pripoznali kot ideal pravne države, tostran in onstran Alp neredko (v zadnjem času še posebej) prav v imenu tega ideala in s sklicevanjem nanj *de facto* razgrajujemo.

Na zapisanem lahko zgradimo drugo predpostavko. Ker (pretirana) vera pravnih učenjakov in navsezadnje tudi laikov v ideal pravne države očitno ne prispeva prav dosti k osvetlitvi globljih vzrokov njene »krize« (in še manj k njeni omilitvi), velja poskusiti kondicijo prava in pravne sistema (tostran in onstran Alp) izmeriti brez njenega idealiziranja in malikovanja (da je malikom treba napovedati vojno, je vedel že stari dobri Nietzsche). »Krizne« dejavnike, ki ta čas (pravzaprav že lep čas) pretresajo pravno državo, bomo osvetlili v luči družbenih sprememb, ki se dogajajo v zadnjih desetletjih in narekujejo obsežne preobrazbe v modernem pravu. Spremembe, ki jim je podvrženo sodobno pravo, bomo prikazali v perspektivi kritične družbene in pravne teorije (ta smer v družbeni in pravni refleksiji pravne države ne idealizira). Poskusimo.

¹ V knjigi *Kriza prava: odbleski kritične jurisprudence* (Ljubljana: Fakulteta za varnostne vede, Univerza v Mariboru, 2012) smo v tem kontekstu zapisali, da smo tostran Alp v razpravi o »krizi« pravne države iz slednje napravili »pojmovno mumijo«. To in nekatera druga sporočila knjige bomo skušali v tem zapisu čim bolj zgoščeno prikazati. S tem želimo izostriti izhodišča, ki smo jih podali v prispevku k posvetu »Rehabilitacija demokracije skozi rehabilitacijo prava« (Akademija za demokracijo in Državni svet Republike Slovenije, Ljubljana, 22. maj 2012).

2. Postmodernizacijski procesi

V izhodišče torej postavljamo (hipo)tezo, da obstoječe stanje prava in pravnega sistema globalno in lokalno v bistvenem determinirajo procesi in dejavniki, ki so v zadnjih desetletjih v zahodni družbi povzročili daljnosežne preobrazbe. Čeprav ne gre zanikati pomena lokalnih dejavnikov stanja, v katerem sta se na Slovenskem znašla pravo in pravni sistem, je treba po našem mnenju za boljše razumevanje »krize pravne države« najprej kolikor toliko temeljito raziskati globalne družbene procese. V delu družbene teorije se je za označevanje teh procesov uveljavil pojem »postmodernizacija«. Mnogi postmodernizacijske procese povezujejo zlasti s konstelacijo globalnega družbeno-ekonomskega sistema, ki sliši na ime »pozni« kapitalizem, tj. z globalno družbeno-strukturno preobrazbo, ki naj bi imela v pogledu uveljavljanja modernih/razsvetljenskih civilizacijskih idealov sicer dokaj kontroverzne, a pretežno negativne (»krizne«) implikacije.

Že sredi prejšnjega stoletja so nekateri pisci opozarjali, da se je zahodna družba znašla na prelomu časov, ki naj bi ga zaznamoval kolaps racionalizma in razsvetljenske etike, socialni in kulturni nihilizem ter globalna ekonomska in socialna kriza.² Trdili so, da je v moderni družbi pretirana racionalizacija družbene organizacije (razsvetljenski razum naj bi postal hegemon) institucionalizirala nasilje in zatiranje, da bistveno zožuje individualno in politično svobodo ter da se v moderni družbi privilegiji privilegiranih, različne oblike izkoriščanja, zatiranja, diskriminacije itn., neredko legitimirajo s sklicevanjem na »razum«, »znanost«, »svobodo« in nekatere druge temeljne imperativne razsvetljenstva. Kapitalistična modernost je sicer prinesla nove tehnologije, nove možnosti transporta in komunikacije, svetovni trg, nove dobrine itn., a je za to izstavila visok račun: izkoriščanje in zatiranje pretežne večine človeštva in začaran krog permanentne družbene krize. V moderni »družbi udobja« naj bi vladal režim, ki s svojimi institucionalnimi in ideološko-pro-

² Tako npr. A. Toynbee v knjigi *A Study of History*, ki je izšla leta 1947. Povzeto po S. Best in D. Kellner, *Postmodern Theory: Critical Interrogations* (New York: Guilford Press, 1991), str. 6.

pagandnimi vzvodi preprečuje, da bi množice uvidele izkoriščevalsko logiko kapitalistične modernosti.³

Kritika modernosti (moderne politike, kulture, prava, znanosti, kapitalizma itn.) in tem bolj postmodernizacije je v zmernejši in radikalnejši inačici vztrajala skozi celotno prejšnje stoletje in je prisotna tudi v 21. stoletju. Sodobna kapitalistična družba naj bi se še zlasti temeljito preobrazila v sedemdesetih in osemdesetih letih prejšnjega stoletja, ko naj bi vstopila v fazo »dezorganiziranega kapitalizma«. ⁴ Spremembe naj bi zajele tri ključne segmente družbe: njeno ekonomsko strukturo, strukturo in funkcijo državne organizacije in civilno družbo. Z zatonom industrializacije so rigidno masovno industrijsko produkcijo in velike gospodarske korporacije nadomestile manjše in bolj fleksibilne oblike družbeno-ekonomske organiziranosti, visoko specializirana, toga in enotna delovna sila, se je postopoma preobrazila v mobilne, fleksibilne in razdrobljene (atomizirane) prodajalce delovne sile, delo je postalo negotova družbena dobrina (močno naj bi naraslo število nezaposlenih oziroma brezposelnih in zaposlenih za določen ali krajši delovni čas itn.), prišlo je do redukcije in fragmentacije trga in potrošništva in upočasnitve urbanizacije, zgodila se je tehnološka revolucija in še bi lahko naštevali. S podobnim tempom kot ekonomska sfera se je spreminjala infrastruktura in funkcija države, ki je bila v fazi organiziranega kapitalizma nacionalna država blaginje. Po zatonu organiziranega kapitalizma države bolj ali manj prostovoljno uresničujejo imperative kapitalistične globalizacije, tj. odpravljajo ekonomske in carinske omejitve na področju mednarodne trgovine, odpravljajo omejitve pri dotoku tujega in transnacionalnega kapitala in financ itn. Suverenost nacionalne države se je posledično zožila na vseh področjih, ki so tradicionalno spadala v okvirje njene intervencije. V razmerju med delom in kapitalom je nastalo neravnovesje, ki se med drugim kaže v bistveno zmanjšani organizira-

³ Širše glej M. Horkheimer in T. W. Adorno, *Dialektika razsvetljenstva: filozofski fragmenti* (Ljubljana: Studia humanitatis, 2006). Pomembna, če že ne vodilna pisca neomarksistične kritične družbene teorije (t. i. Frankfurtske šole) sta zavrnila progresivistično ideologijo, po kateri naj bi bila zahodna družba zavezana razvoju in napredku že samo zato, ker naj bi temeljila na razumu.

⁴ Širše glej S. Lasch in J. Urry, *The End of Organized Capitalism* (Oxford: Polity Press, 1988). Glej tudi B. Edgeworth, *Law, Modernity, Postmodernity. Legal Change In the Contracting State* (London: Ashgate, 2003), str. 39–44.

nosti in posledično manjšem vplivu delavcev in sindikatov na politične procese. Tudi sposobnost države, da posamezniku zagotovi socialno varnost oziroma socialno blagostanje, se je izrazito zmanjšala.⁵ Demontaža socialne države naj bi še zlasti oslabil ekonomski in socialni položaj pripadnikov nižjega in srednjega razreda ter vzpostavila srh vzbujajoče ekonomske in socialne neenakosti.

Postmoderni čas naj bi bil čas izmuzljive, lahke, mobilne, nestalne, potrošniške, postindustrijske »tekoče moderne«, ki naj bi nasledila nekdanjo »trdno« moderno.⁶ Tekoča moderna naj bi v družbo vnesla tekoče, minljivo in nestalno, tj. attribute, ki naj bi zamenjali glavne značilnosti trdne moderne, tj. trajno, stabilno in varno. Ker naj bi bila v novem »fluidnem svetu« prihodnost nejasna in negotova, se določanje dolgoročnih razvojnih ciljev in delovanje v prid skupnosti ne dojema več kot smiselno in racionalno. Kakovost skupnosti se je, posledično, začela usodno spreminjati. Javno je postalo prostor projekcij zasebnega (ali bolje: tarča kolonizacije s strani zasebnega), s čimer naj bi izginili pogoji, ki so potrebni za posameznikovo emancipacijo. Delo, ki naj bi bilo potencialna odrešitev od občutka negotovosti in sredstvo emancipacije, je postalo nestalno, prekarno, nepredvidljivo, fleksibilno, kaotično.⁷ V postmoderni »družbi tveganj«⁸ so se negotovosti večinoma porazdelile specifično po družbenih razredih, pri čemer naj bi takšna in drugačna nova tveganja razredno družbo kvečjemu krepila. Še več, tudi možnosti in sposobnosti za ravnanje s tveganji, tj. možnosti za izogibanje in kompenziranje, naj bi bile različne med različnimi družbenimi, dohodkovnimi in izobrazbenimi sloji. V »družbi tveganj« naj bi bil, skratka, vsebovan vzorec porazdelitve tveganj, v katerem naj bi se proletariat te družbe naseljeval pod tovarniškimi dimniki, poleg rafinerij in kemičnih tovarn v industrijskih središčih tretjega sveta (»Stiska je hierarhična, smog je demokratičen ...«).⁹ V nasprotju s klasično moderno družbo, ki naj bi se v svoji razvojni dinamiki (vsaj deklarativno) sklicevala na ideal

⁵ *Ibid.*

⁶ Glej Z. Bauman, *Tekoča moderna* (Ljubljana: Založba I*cf., 2002). Glej tudi B. Tomšič, »Tekoča moderna«. *Teorija in praksa*, 2003/3, str. 584–586.

⁷ Prav tam.

⁸ Glej U. Beck, *Družba tveganja. Na poti v neko drugo moderno* (Ljubljana: Krtina, 2001).

⁹ Prav tam, str. 43.

enakosti, se »družba tveganj« sklicuje predvsem na varnost, pri čemer naj bi se postopno vzpostavljala nov sistem vrednot »ne-varne« družbe. Utopija varnosti naj bi bila negativna in defenzivna: pri njej v osnovi ne gre več za to, da bi dosegli nekaj »dobrega«, temveč samo še za to, da bi preprečili »najhujše«. Družba tveganja naj bi v tem smislu označevala družbeno stanje, v katerem solidarnost temelji na strahu (slednji je postal dejavnik politične mobilizacije).¹⁰

Kritični pisci, ki posebno pozornost namenijo globalizaciji, ugotavljajo, da je aktualni diskurz o družbeni »tranziciji« in »globalizaciji« zavajajoč konstrukt vladajoče ideologije.¹¹ Ta diskurz naj bi dajal napačno in zavajajočo razlago družbeno-zgodovinske krize, v kateri se je znašel svet (obdobje stagnacije, ki je sčasoma preraslo v strukturno krizo, naj bi v globalni kapitalistični ekonomiji nastopilo že ob koncu šestdesetih let). Tranzicija, ki sliši na ime »globalizacija«, ni tranzicija peščice ali morda večine zaostalih držav in regij, ki se trudijo skočiti na drveči vlak razvoja, temveč tranzicija, v kateri se svetovni kapitalistični sistem spreminja v staro-novo različico liberalnega kapitalizma. Globalizacijo naj bi odločilno zaznamovala predvsem ekspanzija specifičnega ekonomskega prostora, tj. dereguliranega neoliberalnega kapitalizma. Uradna neo-liberalna in neo-konservativna ideologija ne le domena desnih političnih idej in opcij, temveč tudi onih na »levici«, in celo t. i. proti-sistemskih gibanj. Način reševanja aktualne finančne krize (ta je medtem prerasla v gospodarsko) naj bi, med drugimi, dajal vedeti, da zanj alternative obstoječi neoliberalni konstelaciji kapitalizma ni.¹²

¹⁰ Prav tam, str. 60. Družbeni dinamiki, ki je zaznamovala klasično moderno družbo, naj bi po Beckovem prepričanju ustrezal stavek *Lačen sem!* Z družbo tveganja naj bi nastopila nova družbena dinamika, ki ji ustreza stavek: *Strah me je!* Na mesto skupnosti stiske stopi skupnost strahu.

¹¹ Glej npr. I. Wallerstein, *Globalisation or The Age of Transition? A Long-Term View of the Trajectory of the World-System*. Dostopno na http://yaleglobal.yale.edu/about/pdfs/globalization_transition.pdf (12.7.2012). Aktualno transformacijo svetovne ekonomije je po Wallersteinu treba razumeti kot politični spopad med dvema taboroma: taborom tistih, ki si na različne načine prizadevajo ohraniti privilegije, ki jim jih daje obstoječ neenakopraven politični sistem, in taborom vseh tistih, ki bi želeli ustvariti nov svetovni red in, po možnosti, nov družbeno-zgodovinski sistem, ki bi bil občutno bolj demokratičen in egalitaren od sedanjega. Takole pravi: »Tisti, ki so v prvem taboru, se bodo po vsej verjetnosti predstavljali kot novi demokrati, zagovorniki svobode in razvoja. Morda celo kot reformatorji ...«.

¹² Prav tam.

Tisti družbeni teoretiki, ki nadaljujejo s tradicijo (neo)marksizma, so do globalizacije in postmodernizacijskih družbenih procesov še precej bolj neizprosno kritični. Ugotavljajo, da je zahodno družbo od industrijske revolucije naprej zaznamoval razredni boj med tistimi, ki upravljajo s »svobodnim trgom« (tj. kapitalistično elito, ki nadzoruje proizvodnjo in distribucijo dobrin) in preostalo družbo (to družbeno zgodovinsko dinamiko naj bi na ideološki ravni opredeljeval antagonizem med ekonomskim liberalizmom in takšnimi ali drugačnimi izpeljavami socializma).¹³ Strukturna »gonja za profitom« naj bi se z globalizacijo, po eni strani, zajedla v domala vse, še tako oddaljene koticke sveta, po drugi strani pa tudi v vse plasti zasebnega in institucionalnega življenja (ta imperativ naj bi obenem postal tudi glavni/ekskluzivni mehanizem družbene kontrole).¹⁴ Ob tem naj bi kapital oziroma njegovi lastniki in upravljavci postajali vse močnejši, nacionalna »pravna in socialna« država, civilna družba, sindikati, družbena gibanja in t. i. navadni ljudje (prodajalci delovne sile) pa čedalje šibkejši. Po drugi strani naj bi v postmoderni »imperialistično-globalizacijski« dobi človeška družba bolj kot kdajkoli prej postala nasičena s krivicami, nasiljem, izkoriščanjem in ideologijo. Aktualna različica ekonomske globalizacije – podkrepljena s slogani o »človekovih pravicah«, »demokraciji«, »vladavini prava«, »politični stabilnosti«, »ekonomski rasti« ipd. – naj bi navadnega človeka in nekatere družbene skupine podvrgla grobem »konsenzualnemu« strukturnemu nasilju in kontinuiranemu sistematičnemu kratenju najbolj temeljnih človekovih vrednot/pravic.¹⁵

Učinki globalizacije in postmodernizacijskih procesov na vrednote, ki jih od svojega nastanka dalje razglašala moderna družba/civilizacija, naj bi bili vse prej kot blagodejni. Opraviti imamo s pravcato ofenzivo na ideal/model moderne nacionalne države in njene pritikline: pravno in socialno državo, človekove pravice, demokracijo, družbeno kohezi-

¹³ Glej T. Fotopoulos, *The Myth of Postmodernity*. Dostopno na: http://www.democracynature.org/dn/vol7/takis_postmodernism.htm (16.8.2012).

¹⁴ Širše o tem glej Z. Kanduč, »Postmoderno stanje in družbeno nadzorstvo«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2004/1, str. 3–20.

¹⁵ Glej Z. Kanduč, »Kriminaliteta, človekove pravice in varnost v po(zno)modernem svetu«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2003/2, str. 159–171.

jo/solidarnost itn.¹⁶ Politična domišljija postmoderne države je postala neodvisna od tega, kdo (katera politična opcija) je na oblasti, pri čemer naj bi k temu prispevalo zlasti dejstvo, da je nacionalna država postala ujetnica železnih imperativov kapitalističnega družbeno-ekonomskega sistema, med katerimi je še posebej izpostavljena zahteva po deregulaciji ekonomije. V razmerah neoliberalnega kapitalizma je družba močno in čedalje bolj oddaljena od načel, kot so meritokracija, socialno ravnotežje in socialna varnost. Razsežnosti družbene ekonomske in socialne neenakosti v dohodkih, premoženju, političnem, ekonomskem in socialnem statusu, stopnji (aktivne) vključenosti na posameznih področjih družbenega delovanja itn. so postale milo rečeno zastrašujoče.¹⁷ Skratka, v postmodernej družbi oziroma državi naj bi po mnenju kritikov učinkovito udejanjanje demokracije ter pravne in socialne države postalo »misija nemogoče«.

Postmodernej neoliberalni kapitalizem naj bi, nadalje, zaznamoval ponoven vzpon socialnega fašizma, desne konservativne politične ideologije in konservativnih političnih projektov. Ta trend naj bi se, med ostalim, kazal v stopnjevanju kaznovalne represije, krepitvi neformalnih in formalnih, tj. represivnih (reaktivnih) in preventivnih (proaktivnih) družbeno-nadzornih mehanizmov, porastu verskega in ideološkega fundamentalizma, patriotizma, nacionalizma, rasizma, ksenofobije, avtoritarnosti itn.¹⁸ Mešanica neoliberalne in neokonservativne ekonomske, politične, socialne, kulturne in moralne »klime« naj bi (so)ustvarjala družbo, v kateri strah postaja *perpetuum mobile* družbenih odnosov. V tej družbi naj bi varnost postala ideološko skonstruirana »vrednota vseh vrednot«, imperativ »zagotavljanja varnosti« pa nadvse priročen argument za krčenje (mukoma) uveljavljenih standardov svobode, vladavine

¹⁶ Glej Z. Kanduč, »Postmodernizacija in njena/naša nelagodja«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2005/3, str. 223–238.

¹⁷ Prav tam. Pisec ugotavlja, da se za videzom predvsem ekonomskega imperativa »omejevanja državne intervencije« na trgu dokaj očitno skriva precej manj »nedolžna« zahteva po ukinjanju socialne države in onemogočanju stvarne oziroma učinkovite demokracije. Neoliberalno grajanje države (denimo zmerjanje njene »neučinkovitosti, birokratske okostenelosti, potratnosti, negotovnosti itd.) je po njegovem videnju v resnici premeten ideološki maneuver, ki je uperjen v nevtralizacijo njenih demokratskih potencialov.

¹⁸ Glej Kanduč, delo cit. v op. 16.

prava in demokracije.¹⁹ Aktualna neoliberalna in neokonservativna ekonomska, politična, moralno-ideološka in kulturna »ofenziva« naj bi na eni strani vodila k vzpostavitvi trajne policijske države »izrednega stanja« in suspenziji politične demokracije, in po drugi strani »tržne družbe«, tj. skupnosti ekonomsko racionalnih, preračunljivih, bodisi prezaposlenih bodisi brezposelnih, prestrašenih in sebičnih individuumov, pogreznjenih v srdite konkurenčne boje in nedovzetnih za socialno solidarnost.²⁰

Vsemu temu navkljub (ali pa prav zaradi tega) se neoliberalni postmoderni kapitalizem predstavlja kot usoda, zoper katero se ni moč boriti – bodisi se ji prilagodimo ali pa nismo več v koraku z zgodovino.²¹ Če (neo)marksistično navdahnjenim piscem sledimo do konca, izvemo, da vrhovnemu sovražniku danes ni več ime kapitalizem, imperij, izkoriščanje itn., temveč kratko malo kar demokracija. »Demokratska iluzija«, sprejemanje demokratskih mehanizmov kot skrajnega okvirja vsake spremembe, je tisto, kar naj bi preprečevalo resnično spremembo obstoječih družbenih razmerij in potemtakem tudi izhod iz »krize« (post) moderne družbe. Globalna kapitalistična družba se zdravljena »zla, ki ga vidi okoli sebe«, večinoma loteva z napačnimi ukrepi (njena zdravila boleznih – na primer revščine – ne zdravijo, ampak jo podaljšujejo, njena zdravila so pravzaprav del te bolezni).²² Do streznitve glede tega, kaj se pravzaprav dogaja, očitno še ni prišlo. »Demokratski« neoliberalni kapitalizem je tako zelo definiral prostor političnega dojetja in imaginacije, da si ne moremo več zamisliti družbe, ki ne bi delovala na njegovih predpostavkah in načelih. S »krizo«, ki smo ji trenutno priča, je

¹⁹ Glej Z. Kanduč, »O sodobnih tveganjih, grožnjah in nevarnostih – postmoderna družba v slogu staromodne 'hiše strahov'«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2003/4, str. 356–371. Podobno ugotavlja tudi Žižek. Esenco današnje demokracije po njegovem opredeljujeta hedonistična permisivnost in novi družbeni apartheid, ki temelji na strahu in nadzoru. V današnji demokraciji prevladuje oblika politike, ki je (»najboljši slovenski izvozni artikel« se ob tem se sklicuje na Giorgio Agambena) postpolitična biopolitika strahu. Opraviti imamo z redukcijo politike na ekspertno upravljanje družbenega življenja, ki se odreka sami konstitutivni razsežnosti političnega, ker se zateka k strahu kot svojem lastnem ultimativnem mobilizacijskemu načelu. 41–45.

²⁰ Glej Kanduč, delo cit. v op. 19. Glej tudi delo istega avtorja: »Kriminološki pogled na svobodo in varnost v postmoderni družbi«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2007/3, str. 231–245.

²¹ Glej Žižek, *Nasilje* (Ljubljana: Društvo za teoretsko psihoanalizo, 2007), str. 18.

²² Prav tam, str. 20–21.

po mnenju kritikov nastopil historični trenutek. Prišli smo do roba in rešitve segajo prek tega roba ...²³

3. Postmodernizacija in »kriza« prava (pogled skozi »očala« kritične teorije prava)

Tudi v pravu in pravnem sistemu so nastopile daljnosežne preobrazbe – večinoma naj bi odsevale »krizne« družbene procese in spremembe, ki smo jih zgoraj zelo na grobo, domala »telegrafsko« prikazali. Zdi se, da se pisci, ki te preobrazbe opazujejo in analizirajo, delijo v dva tabora. Pravo naj bi na prehodu tisočletij po mnenju nekaterih pridobilo novo, postmoderno identiteto oziroma še več – spremembe naj bi bile tako obsežne, da imamo opraviti celo z novim družbeno-zgodovinskim tipom prava. V nasprotju s tem so pisci v drugem taboru prepričani, da je takšna »diagnoza« vendarle pretirana. Po njihovem, sodobno pravo kljub očitnim preobrazbam, ki jih doživlja v zadnjih desetletjih, ohranja bistvene prvine in značilnosti modernega prava. Kakorkoli, dovolj očitno je, da se moderno pravo na prehodu tisočletij sooča s spremembami v domala vseh svojih »domenah« in v vseh svojih najpomembnejših prvinah. Nastajajo novi pravni instituti in koncepti, celo nove pravne panoge, ali pa se tisti, ki so nastali v modernem pravu, temeljiteje spreminjajo. V domala vseh tradicionalnih pravnih panogah smo pričča specializaciji in fragmentaciji, značilnosti modernega prava usihajo,²⁴ spreminja se struktura pravnega sistema, koncepta pravne in tem bolj socialne države naj bi bila v krizi itn. Ker je prostor, ki je namenjen tej

²³ Tako M. Dolar, »Konec neoliberalne paradigme«, *Katedra*, št. 3/2009, str. 18–21.

²⁴ Za moderno pravo oziroma moderni pravni sistem je veljalo, da so njegove bolj ali manj temeljne značilnosti splošnost, abstraktnost, sistematičnost, notranja skladnost in ustaljenost (tj. relativno visoka stopnja predvidljivosti pri njegovem uporabljanju in razlaganju). V procesu pravne postmodernizacije te značilnosti slabijo. Sodobno pravo (spet) postaja čedalje manj splošno, abstraktno in sistematično (in temu ustrezno čedalje bolj neustaljeno, kazuistično, neredko celo kaotično) in vse manj odvisno od posamezne države in njene suverenosti ter tudi čedalje manj predano temeljnemu načelom (lahko bi rekli idealom), ki so prežemala moderno pravo (rušijo se ustaljena hierarhična razmerja med pravnimi akti, čedalje bolj pogoste so zahteve po pravni deregulaciji, po vse manjši zavezanosti pravn(išk)emu formalizmu in njemu zvestemu načinu pravnega vrednotenja in še bi lahko naštevali – vsi ti premiki naj bi prispevali k bolj učinkovitemu, vzdržnemu in kakovostnemu pravnemu sistemu). Širše o tem glej A. Perenič, *Uvod v razumevanje države in prava* (Ljubljana: Fakulteta za varnostne vede, 2005), str. 57–64.

razpravi, omejen, bodo v nadaljevanju izpostavljeni tisti dejavniki sprememb, ki jih lahko označimo kot »krizne« in potemtakem nič kaj blagodejne (postmodernizacija prava sicer nedvomno prinaša tudi nekatere »pozitivne« in gotovo dobrodošle preobrazbe).

Pomemben postmodernizacijski dejavnik z daljnosežnimi učinki na sodobno pravo je brez dvoma vzpon neoliberalna (*laissez-faire*) pravne (in pravno-politične) ideologije. Utilitarizmu in utilitarnim načelom, kot so »učinkovitost«, »ekonomičnost«, »rentabilnost«, »*good governance*«, »deregulacija« itn., je – podobno kot v drugih sferah družbe – tudi v pravu pripadlo posvečeno mesto. Ta oblika racionalnosti je tista, s pomočjo katere naj bi se pravo v postmoderndi dobi uspešno prilagajalo potrebam pravnega urejanja družbenih odnosov in zavarovanju interesov pravnih subjektov pri reševanju pravnih sporov. V domeni pravne politike in v zakonodajni praksi je ta oblika racionalnosti postala nemara celo glavni temelj legitimnosti.²⁵ Tudi v teoriji in filozofiji prava naj bi neoliberalni *laissez-faire* paradigmi postopoma pripadlo čedalje bolj pomembno mesto. Še posebej izpostavljena in prepoznavna je v t. i. ekonomski šoli prava, ki izhaja iz podmene, da so ekonomski koncepti (npr. maksimiziranje in učinkovitost) nadvse ustrezno merilo kakovosti pravnega sistema, tj. pravnih pravil, postopkov, institucij in pravnega sistema kot celote (subjekt prava, na katerem temeljijo analize ekonomske šole prava, sliši na ime *homo oeconomicus*).²⁶ Čeprav ekonomska analiza prava nedvomno lahko postreže z nekaterimi koristnimi in zanimivimi uvidi v delovanje pravnega sistema, se zdi, da primarno ekonomistično načrtovanje pravnih politik in reform v razmerah postmodernega (= kriznega) kapitalizma (glej *supra*) ni »rešitev«, temveč »problem«: neoliberalno/utilitaristično navdahnjena jurisprudenca je v razmerah, ki ta čas vladajo v svetu in pri nas, v mnogih pogledih – ekonomistično rečeno – multiplikator krize prava. Z izključujočim priseganjem na učinkovi-

²⁵ Tako Edgeworth, str. 167–168. Znameniti Lyotardov stavek »Bodite operativni, se pravi kormenzurabilni, ali pa izginite.« ima dovolj očitne implikacije tudi v pravni sferi oziroma v pravnem diskurzu. Glej J.-F. Lyotard, *Postmoderno stanje. Poročilo o vednosti* (Ljubljana: Društvo za teoretsko psihoanalizo, 2002), str. 8–9.

²⁶ Za podrobnejši prikaz ključnih elementov ekonomske šole/analize prava v Sloveniji glej K. Zajc, »Ekonomska analiza prava (opis, zgodovina in aplikacije)«, *Podjetje in delo*, 6–7, 2002, XXVIII. Glej tudi zbornik K. Zajc (ur.), *Ekonomska analiza prava v Sloveniji* (Ljubljana, 2009).

tost in njej sorodne svetle cilje – ob sklicevanju na »vladavino zakona in reda« – prispeva k ne dovolj premišljenim spremembam (njihov skupni imenovalec je, kot se zdi, razgradnja pravnega reda socialne države).

Na delu naj bi bila dva ključna dejavnika, ki socialno državo nado-meščata s pogodbeno državo (*contracting state*): privatizacija in deregulacija. Šlo naj bi za med seboj tesno povezana dejavnika neoliberalne (politične, ekonomske in pravne) paradigme, ki opušča redistribucijske in ostale instrumente države blaginje in namesto njih favorizirata klasične liberalne tržne mehanizme.²⁷ Učinki privatizacije se po ugotovitvah kritikov kažejo, prvič, v spremembah pravnih norm, ki vodijo k zmanjšanju družbene (socialne) odgovornosti korporacij, podjetij, zavodov in drugih subjektov, ki so iz javnega upravljanja prešli v privatne roke, in drugič, v obliki oženja socialnih in ekonomskih pravic državljanov oziroma posameznikov.²⁸ Za postmoderno neoliberalno državo je značilno t. i. »zmanjševanje« države, tj. oženje njenih pristojnosti na področjih, ki so v času socialne države postala domena pravnega urejanja s strani države. Poleg neposredne prodaje državne lastnine zasebnikom in prenosa javnih pristojnosti in pooblastil na nedržavne oziroma zasebne pravne subjekte, naj bi privatizacija potekala tudi z uvajanjem zasebne konkurence na področjih, ki so bila v pravnem redu države blaginje v izključni domeni javne sfere, uvajanjem menedžerskega upravljanja javnih institucij, ki je bilo v preteklosti značilno za zasebni sektor (*managerialism*) in, ne nazadnje, prek občutnega povečanja nabora tistih javnih storitev, ki so državljanom in posameznikom dostopne za plačilo.²⁹ V pogledu strukturnih sprememb pravnega sistema naj bi se privatizacija odražala predvsem v tem, da je zasebno-pravni pogodbeni model postal

²⁷ Glej Edgeworth, str. 135. Precej bolj oster je na primer Kanduč – ta deregulacijo in privatizacijo označi kot zloglasno politiko, ki jo nacionalni državi v imenu »imperativa konkurenčnosti« in »globalizacije« vsiljujejo kapital in njegovi nadnacionalni pravnopolitični organizmi (zlasti Svetovna trgovinska organizacija, Svetovna banka, Mednarodni denarni sklad, Organizacija za ekonomsko sodelovanje in razvoj, in »naša nova širša domovina« Evropska unija). Oba procesa bi po njegovem kazalo v prvi vrsti interpretirati v luči zaostrovanja razrednega boja, v katerem vladajoči razredi (lastniške, upravljavske in druge elite) za enkrat nedvomno zmagujejo. Širše glej Z. Kanduč, »Anthony Giddens: Runaway World – How Globalisation Is Reshaping Our Lives«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2003/54, str. 324–326.

²⁸ Edgeworth, str. 138.

²⁹ Prav tam, str. 135–136.

prevladujoč način pravnega urejanja (nadomestil je javno-pravni model države blaginje).³⁰

Če zapisano še malce izostrimo: v zadnjih nekaterih pravnih redih zakonsko varstvo pravic pogodbenih strank skoraj povsem umaknilo načelu pogodbene svobode.³¹ S ponovno oživitvijo individualistične *laissez-faire* pravne ideologije se pravna jamstva šibkejših strank umikajo klasičnemu (zasebnopravnemu) konceptu pogodbene svobode, formalna enakopravnost pogodbenih strank je izrinila dejansko, v segmentu pravnih sporov so alternativni mehanizmi in načini razreševanja sporov prevladali nad klasičnimi itn. Te spremembe naj bi opozarjale, da so, kot vse kaže, minili časi, ko sta zakonodajalec in sodišče brzdala pogodbeno svobodo v korist šibkejših strank. Pravice so, podobno kot v 19. stoletju, bolj kot javnopravnemu urejanju in varstvu prepuščene pogodbenemu dogovarjanju, s čemer se v sporih pred alternativnimi »sodniki« (arbitri, mediatorji, conciliatorji itn.) utrjuje položaj (ekonomsko in *de facto*) privilegiranih/močnejših strank (glej *infra*).³²

Drugi dejavnik pravne postmodernizacije, ki je tesno povezan s prevlado neoliberalne pravne in politične paradigme in razgradnjo države blaginje, je, kot rečeno, deregulacija. Tudi ta dejavnik naj bi, podobno kot privatizacija, neposredno vplival na opazne preobrazbe v sodobnem pravu. Pravno deregulacijo kaže razumeti predvsem kot rahljanje ali celo ukinjanje mehanizmov pravnega urejanja in nadzora na različnih družbenih področjih, še zlasti v ekonomski/gospodarski sferi, pri čemer velja poudariti, da je zaznati tudi tendence v nasprotno smer (postmoderna država v nekaterih segmentih pravno regulacijo stopnjuje). V sodobnih pravnih sistemih so posledice deregulacije še posebej opazne na področju civilnega prava, čeravno jih opazimo tudi v drugih pravnih panogah. Na tem pravnem področju naj bi se učinki deregulacije kazali zlasti kot odklon od reform, ki so bile značilne za obdobje države blaginje. Pravne

³⁰ Prav tam, str. 137.

³¹ Prav tam, str. 149.

³² Prav tam. Edgeworth (prav tam, str. 149–150) meni, da teh sprememb (značilne naj bi bile za pravne sisteme velike večine zahodnih demokratičnih držav) kljub vsemu ne kaže preceniti. Vrnitve k pred-blaginjskim liberalnim pravnim načelom po njegovi oceni ne moremo označiti kot »sistemске«, ker se v določenih segmentih pravnega urejanja (na primer na področju varstva potrošnikov) pravna jamstva za šibkejšo stranke ohranjajo ali celo stopnjujejo.

doktrine socialne države, ki so, na primer, poudarjale vsebinsko (materialno) pravičnost, naj bi v zasebnem pravu postmoderne neoliberalne države postale postranske ali celo scela opuščene.³³

Ta trend – nekateri ga označujejo z izrazom »dematerializacija prava« – je prisoten na različnih področjih zasebnega prava. Na področju delovnega prava, na primer, naj bi z deregulacijo trga dela delovna sila postala bolj fleksibilna, nekdanji kolektivni pristop k reševanju problemov povezanih z delom (na primer nezaposlenosti in nezaposljivosti, zdravstvenega, socialnega in pokojninskega varstva in zavarovanja, odpuščanja delavcev, zagotavljanja ustreznih pogojev dela itn.) se je individualiziral, politična moč sindikatov je drastično upadla, vse skupaj pa naj bi se odrazilo v izrazitem poslabšanju *de iure* (in *de facto*) položaja zaposlenih. Za postmoderno neoliberalno državo je na splošno značilno, da v njenem pravnem redu na pomenu pridobivajo individualne pravice zaposlenih: ob tem ko, po eni strani, pravice in obveznosti zaposlenih postajajo »manj« kolektivne oziroma »bolj« individualne,³⁴ po drugi strani pogodba o zaposlitvi postaja čedalje bolj podobna klasični pogodbi (pravna jamstva in načela delovnega prava, ki so bila značilna za pravni red države blaginje, se v pravnem redu neoliberalne »pogodbene« države čedalje bolj umikajo klasičnim načelom obligacijskega prava). Ob tem velja opozoriti, da ima na videz večja svoboda zaposlenih pri sklepanju pogodb z delodajalci tudi manj svetle plati: več pogodbene svobode in pogodbениh pravic pomeni manj abstraktnih (zakonskih) in, posledično, dejanskih pravic in pravnih jamstev pri omejevanju najvišjih in najnižjih plač, določanju prepovedi in omejitev pri odpuščanju, določanju pogojev dela, uveljavljanju sindikalne svobode, pravice do stavke itn.³⁵ Spremembe zakonodaje, ki skušajo delovno silo ustvariti

³³ Prav tam, str. 145.

³⁴ Prav tam. Edgeworth kot primer takšne pravice omenja možnost individualnega pogajanja zaposlenega z delodajalcem (brez posredovanja sindikata) glede plače in pogojev dela.

³⁵ Prav tam, str. 146–147. Pisec svoje ugotovitve podkrepi s prikazom nekaterih ključnih sprememb v delovnem pravu Združenega kraljestva, Nove Zelandije, Avstralije, Nemčije in ZDA. V Nemčiji (deželi z bogato tradicijo socialne države in izraziteje reguliranim trgom dela) so po njegovih ugotovitvah reforme v zadnjih desetletjih močno omejile pravico do stavke in okrepile položaj delodajalcev pri sklepanju pogodb o zaposlitvi. Poleg tega naj bi se bistveno zmanjšala pravna jamstva za učinkovito uresničevanje in varstvo pravic v zvezi z delom in, posledično, pravica do pravnega oziroma sodnega varstva v primeru sporov.

bolj fleksibilno in zaposlitev temu ustrezno manj trajno in varno, je znati tudi v Sloveniji (mantra, ki so jo privzele bolj ali manj vse države, tudi Slovenija, je splošno znana: »Ekonomsko stanje v državi kliče po reformah trga dela ...«).

V zvezi s spremembami, ki s pravno postmodernizacijo tostran in onstran Alp nastajajo v družinskem/partnerskem pravu, lahko na splošno rečemo, da s tem, ko se nekatere pravice – podobno kot na ostalih področjih civilnega prava – skoraj v celoti prepuščajo zasebno-pravnemu (pogodbenemu) urejanju, sicer načeloma odмира paternalizem iz časov države blaginje, a imajo ti premiki tudi v tej sferi prava svojo manj svetlo plat. V marsičem jih kaže razumeti kot simptom drastičnega vzpona ekonomske in socialne negotovosti in ne-varnosti posameznika. V tem pogledu splošno razširjeno zavračanje paternalizma socialne države, ki se na pravnem področju, med ostalim, kaže v težnji po (javnopravni) deregulaciji oziroma (zasebnopravnem) pogodbenem urejanju intimnih odnosov med ljudmi, pomeni svojevrsten paradoks: t. i. nova družbena gibanja na čelu s feminizmom ter gejevskim in lezbičnim gibanjem ne hote prispevajo k utrditvi neoliberalne paradigme v sodobnem pravu.³⁶

Eden od simptomov oddaljevanja od modela prava in pravnega sistema, ki je bil značilen za moderno državo blaginje, je tudi (de)regulacija pravice do brezplačne pravne pomoči.³⁷ »Redistributivna« pravna politika države blaginje je stavila na z zakonom široko določene možnosti brezplačne pravne pomoči in zastopanja v postopkih pred sodišči in neposredno financiranje nevladnih organizacij za nudenje brezplačne pravne pomoči posameznikom, ki si zaradi slabega premoženjskega oziroma socialnega statusa pravne pomoči niso mogli privoščiti. To politiko je v pravnem redu neoliberalne države v večini zahodnih držav zamenjala bistveno drugačna retorika, ki je širok dostop do (brezplačne) pravne pomoči podvrгла omejitvam.³⁸ Bolj restriktiven pristop k zagotavljanju

³⁶ Prav tam, str. 148–151. »Dematerializacijo prava« Edgeworth ne nazadnje identificira tudi na področju stanovanjskega prava. Zakonske določbe, ki so v pravnem redu države blaginje javnim/državnim institucijam nalagale »pozitivno dolžnost« ustvarjanja okoliščin, v katerih bi vsak državljan lahko uresničil pravico do primerne stanovanja, naj bi bile v postmodernem pravu čedalje bolj potisnjene ob rob. Urejanje pravnih položajev in pravic v najemnih razmerjih, ki je bilo nekoč določeno z zakonom, je skoraj v celoti prepuščeno pogodbeni svobodi.

³⁷ Prav tam., str. 174.

³⁸ Prav tam.

pravice do brezplačne pravne pomoči v postopkih pred sodišči se po eni strani, kaže v strožjih kriterijih za uveljavljanje pravice, in, po drugi strani, v omejitvah, ki zadevajo področje spora.³⁹ Levji delež proračunskega denarja, ki je namenjen zagotavljanju pravice do brezplačne pravne pomoči, po novem pripade kazenskim zadevam, v civilnih, izvršilnih in ostalih sodnih postopkih pa naj bi se za širok krog posameznikov dostopnost sodišč in pravne pomoči občutno zmanjšala. Posledica te razporeditve naj bi bila izključitev širokega segmenta posameznikov iz kroga potencialnih upravičencev do pravne pomoči.⁴⁰ Ob tem ne gre spregledati, da se je pravica do brezplačne pravne pomoči tudi »na sončni strani Alp« v zadnjih letih zožila: s povišanjem sodnih taks, posredno pa je svoj »lonček« pristavil tudi Zakon o alternativnem reševanju sodnih sporov. Da predpis, ki ureja institut brezplačne pravne pomoči (Zakon o brezplačni pravni pomoči je Državni zbor sprejel leta 2001, v letih 2004 in 2008 pa tudi dve njegovi spremembi in dopolnitvi),⁴¹ ne izpolnjuje svojih svetlih ciljev, je opozoril tudi ombudsman.⁴²

Države odgovornost za učinkovito udejanjanje pravice do dostopa do sodišča čedalje bolj prepuščajo zasebni sferi (tudi v tem segmentu se privatizirajo storitve, ki so bile nekoč domena javne sfere). Neoliberalni prisilni jopič državam narekuje, da problem čedalje težjega dostopa do sodišč in pravne pomoči odpravijo kar z uvajanjem (javnih in zasebnih) mehanizmov za alternativno reševanje sporov in stopnjevanjem tržne konkurence na področju zagotavljanja odvetniških in drugi pravniških storitev (pri tem se dostopnost sodišč in drugih oblik pravnega varstva pravic namesto kot temeljna pravica prikazuje kot problem togih in preveč formaliziranih postopkov pred sodišči). Klasično sodno odločanje naj bi bilo preveč okorno, počasno in zbirokratizirano ter navsezadnje

³⁹ Prav tam.

⁴⁰ Prav tam. V petdesetih letih prejšnjega stoletja je imelo na primer v Veliki Britaniji po podatkih, ki jih navaja Edgeworth (sklicuje se na Rickmana in Graya), dostop do takšne ali drugačne oblike pravne pomoči približno 80 % populacije. Konec osemdesetih naj bi bil delež le še 50 %. Podobna zgodba naj bi se odvijala tudi v Kanadi, na Nizozemskem in celo na Švedskem. Paradoksalno je, da so se v Veliki Britaniji, kljub bistveni zaostritvi možnosti in pogojev za dostop do (brezplačne) pravne pomoči, izdatki, ki jih je država v svojem proračunu namenila tej postavki, bistveno povečali.

⁴¹ Glej Uradni list RS, št. 48/01, 50/04 in 23/08.

⁴² Glej <http://www.varuh-rs.si/publikacije-gradiva-izjave/letna-porocila> (14.3.2011).

tudi predrago. Zasnova in izvajanje formalnih sodnih postopkov naj ne bi odražalo dejanskih želja, potreb in interesov sprtih strank. V nasprotju s tem naj bi bilo alternativno razreševanje sporov pod taktirko zasebnih mediatorjev bolj fleksibilno, hitrejše, cenejše in bolj prilagodljivo, saj naj bi strankam ponujalo bolj »življenjske« možnosti razrešitve njihovega spora. Očitno je, da sta kritika klasičnih oblik sodnega varstva pravic in uvajanje alternativnih oblik reševanja sporov (»privatizacija sodstva«) pojava, ki sta zelo dobro uglasena s siceršnjo neoliberalno kritiko države blaginje. Na videz spontana preusmeritev diskurza od pravnih strank (ter njihovih procesnih in materialnih pravic) k odjemalcem oziroma »potrošnikom« sodnih storitev odraža splošen trend v smeri »množične produkcije pravosodnih odločitev« (*mass production of justice*). Ta naj bi, kot ena ključnih značilnosti pravne postmodernizacije, prispevala k zatonu tiste oblike pravne racionalnosti in avtoritete, ki je prevladala v modernem pravu.⁴³

Čeprav postmodernizacija na področju mednarodnega prava prinaša nekatere blagodejne preobrazbe (denimo internacionalizacijo konstitucionalizma), ima pravna internacionalizacija tudi drug, manj svetel obraz. Na področju trgovine je, na primer, nastal obsežen korpus avtonomnih mednarodnih pravnih aktov in pravil, ki sliši na ime *lex mercatoria*.⁴⁴ Gre za mednarodnopravna načela in pravila, ki ne izvirajo iz mednarodnih konvencij, ki so nastale v pristojnosti mednarodnih medvladnih organizacij, temveč iz aktov, ki so nastali v okviru Mednarodne trgovinske organizacije (WTO), Mednarodne trgovinske zbornice (ICC) in drugih podobnih avtonomnih mednarodnih organizacij (po mnenju neomarksistično navdahnjenih družbenih in pravnih teoretikov naj bi bile te organizacije epicenter liberalnega kapitalizma). Tudi ta trend razvoja sodobnega prava naj bi, podobno kot nekateri drugi pre-

⁴³ Glej Edgeworth, str. 166–167. Pisec (*ibid.*, str. 172) ob tem poudarja, da so se v senci izrazitega povečanja »neformalnega« pravnega korpusa v zadnjih desetletjih še naprej razvijali in širili tudi formalni sodni in ostali »tradicionalni« instrumenti pravnega razreševanja sporov (pravobranilstvo, odvetništvo, zasebno pravno svetovanje itn.), in da se obseg pravnega urejanja tudi na splošno povečuje. Inflacija, se pravi naraščanje obsega pravnega normiranja in množenje pravnih institucij, ki je bilo značilno že za drugi val modernizacije prava (za pravni red države blaginje), se v procesu pravne postmodernizacije ni upočasnilo; nasprotno: s pravno postmodernizacijo je kvečjemu napredovalo.

⁴⁴ Glej: Perenič, str. 102 in Edgeworth, str. 190–192.

miki v modernem pravu, odražal globlje družbene politične in ekonomske preobrazbe. Sodobni *lex mercatoria* naj bi imel bolj malo skupnega s predhodnikom, tj. s predmodernim *common law*, ki je urejalo razmerja na področju trgovanja. Sodobno avtonomno mednarodno trgovinsko pravo ni nabor ustaljenih običajev, ki bi zaradi dolgotrajne splošne uporabe prerasli v obvezno pravo, temveč prej konstrukt pravnih načel, pravil in standardov, ki jih narekujejo neoliberalni aksiomi sodobnega mednarodnega poslovanja. Edgeworth ugotavlja, da je *lex mercatoria* nastal kot reakcija na »intervencionizem« države blaginje, ki naj bi ga ta izvajala z restriktivnimi zakonodajnimi prijemi in pretirano okostenelostjo, zbirokratizirano in počasnostjo postopkov pred sodišči.⁴⁵ Prav tako ne gre spregledati, da je *lex mercatoria* korpus avtonomnega mednarodnega prava, ki svoje legitimnosti ne črpa iz načela ljudske suverenosti (nanjo se, na primer, opira demokratično izvoljeni zakonodajalec). Temelj njegove legitimnosti naj bil pragmatičen: izvira iz tega, da gre za avtonomna, dinamična pravna pravila, ki upoštevajo potrebe udeležencev v sporih. To pravo je posledično bolj ali manj nedovzetno za enakopravnost strank in varstvo pravic šibkejših udeležencev v sporu.⁴⁶ Sklep, ki se ob tem ponuja, je na dlani: ideal socialno občutljivega pravnega urejanja trgovinskih poslov, za katerim je nekoč stala država blaginje s svojimi organi, je zamenjal *lex mercatoria* – korpus prava, ki temelji na ekonomističnih načelih in neoliberalni ideologiji.

V pogledu uresničevanja (ideala) pravne države oziroma njegove izpeljanke, ki v liberalni pravni teoriji in ideologiji sliši na ime »*rule of law*«, so še zlasti problematične spremembe, ki se v zadnjih desetletjih odvijajo v sferi kazenskega pravosodja (*criminal justice*). Mnogi opozarjajo, da je v tem segmentu pravnega sistema že dolgo na pohodu pravnopolitična doktrina »zakona in reda« (*law & order*), ki jo nekateri označujejo kot »neoliberalno/neokonservativno« spačenko načela/ideala vladavine prava.⁴⁷ »Vladavina zakona in reda« se čedalje bolj opira na redukcijo kriminalne politike na (represivno) kaznovalno politiko in vero v moč »klasičnih« oblik nadzora in kazenskopravnih sankcij. V kontek-

⁴⁵ Edgeworth 2003, str. 191.

⁴⁶ Prav tam.

⁴⁷ Prim. npr. N. Peršak, »Discipliniranje v družbi tveganj: panoptikon, sinoptikon in subjekt«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2005/3, str. 239–247.

stu te doktrine temeljni postulati kazenskega materialnega in procesnega prava postajajo kolateralna žrtev »neoklasične« kriminalne politike in menedžerskega upravljanja s kazenskopravnim sistemom.⁴⁸ Jasen pokazatelj tega trenda je zoževanje obsega pravic oziroma procesnih jamstev v kazenskem postopku (glej *infra*) in zaton abolicionizma (tj. prizadevanja za odpravo smrtne kazni in humanizacijo kazenskopravnih sankcij).

V kazenskem materialnem pravu ima v imaginariju doktrine »zakona in reda«, kot se zdi, prav posebno mesto kazen in z njo povezan trend zaostrovanja kaznovanja, ki je kontinuirano prisoten tudi v Sloveniji (simptomi »penalizacije« so se tudi pri nas že dodobra namnožili in prav nič ne kaže, da se utegnejo v kratkem umiriti).⁴⁹ Med procese, ki smo jim priča v kazenskem materialnem pravu, spada tudi kontinuirano stopnjevanje kriminalizacije.⁵⁰ Ravnanja, ki v preteklosti niso bila (vsaj ne eksplicitno) inkriminirana, v novih kazenskih zakonodajah (Slovenija pri tem ni nikakršna izjema) postajajo kazniva ali pa ravnanja, ki so bila v preteklosti »samo« kaznivo ravnanje, ki predstavlja kršitev javnega reda, preraščajo v najhujšo vrsto kazenskih deliktov. Tostran Alp glasniki teh sprememb širjenje obsega inkriminiranih ravnanj utemeljujejo s prepričanjem, da se s spreminjanjem moralne zavesti in naraščanjem družbene občutljivosti in dojemljivosti za različne, tudi tako ali drugače oziroma bolj ali manj prikrite oblike nasilja, spreminja (»na bolje«) tudi kazensko (materialno) pravo.⁵¹ Če parafraziramo Žižka, pridemo do ravno nasprotnega sklepa: današnja kazenskopravna politika je izpeljava značilno postmoderne biopolitike strahu. Kazenskopravna »nova senzibilnost«, »občutljivost« za integriteto Drugega, ki se izraža s širje-

⁴⁸ Glej Z. Kanduč, »Zastraševanje in rehabilitacija: kriminološki pogled«, *Revija za kriminologijo in kriminologijo*, 1996/3, str. 228–240.

⁴⁹ V vseh segmentih pravnega urejanja se v zadnjem času kazni in druge vrste sankcij kontinuirano zastružujejo, zvišujejo in razmnožujejo. Uzakonitev dosmrtnega zapora v novem Kazenskem zakoniku (KZ-1), ki je začel veljati novembra leta 2008, je, kot se zdi, zgolj jagoda na torti penalizacije slovenske družbe.

⁵⁰ Katalog kaznivih dejanj in tem bolj prekrškov je v zadnjih letih, na primer, opazno narasel tudi v Sloveniji. Zato verjetno ni pretirana ugotovitev, da Slovenijo pesti inflacija kazenskih deliktov. Širše o tem glej npr. B. Koritnik, »Inflacija prekrškov«, *Pravna praksa*, 2007/20.

⁵¹ Glej V. Jakulin, »S spremembami moralne zavesti se spreminja tudi kazensko pravo«, *Dnevnikov Objektiv*, 19. april 2008. Ukrep, s katerim nov slovenski Kazenski zakonik stopnjuje »moralno občutljivost« in »dovzetnost« za nasilje, je, nadalje, tudi uvedba razvpitega »seznama pedofilov«.

njem inkriminiranih ravnanj, evidencami storilcev ipd., prosto po Žižku sovpada s svojim nasprotjem: ignoranco in netoleranco do človeka.⁵²

Tudi v kazenskem procesnem pravu zasledimo dokaj podoben trend razvoja (tudi tu je v zadnjem času na pohodu doktrina »zakona in reda«). V tem segmentu pravnega reda smo po prepričanju nekaterih kritikov vstopili v obdobje, ko je postulate, ki so se skozi več kot dve stoletji razvoja oblikovali za omejevanje izvršilne oblasti, praktično in teoretično čedalje težje aplicirati na nove strategije varnostne politike.⁵³ Organom odkrivanja in pregona dandanes ni več treba zlorabiti ali obiti pravnih norm in pooblastil, da bi kršili človekove pravice in kazensko procesno pravo; dovolj je, da te norme in pooblastila »zakonito« uporabijo.⁵⁴ Kazensko procesno pravo naj bi se že desetletja brez neposredne zveze z »vojno proti terorizmu« soočalo s strateškimi premiki.⁵⁵ Ti se (tudi pri nas) kažejo predvsem v čedalje večjem poudarjanju omejevanja in preiskovanja kriminalitete, ki temelji na proaktivnem (*ante delictum*) policijskem delovanju in nadzoru, prikritih preiskovalnih ukrepov, tajnem in obveščevalnem delovanju, ekstenzivni inkriminaciji in, ne nazadnje, v protežiranju strategije v skupnost usmerjenega policijskega dela (*community policing*), ki je oprto na poudarjanje preventive »skozi represijo«, približevanje državnih varnostnih struktur skupnosti in (vse prej kot »neoliberalno«) povečevanje njihove aktivne vloge v vsakdanjem življenju posameznikov. Te premike naj bi spremlja »nova« varnostna politika, ki se opira na tržno, politično in medijsko všečen varnostni menedžment, ki je zamenjal retoriko človekovih pravic.⁵⁶ Številni ustavni in ka-

⁵² Glej Žižek, str. 41–42.

⁵³ Glej G. Klemenčič, »Temeljni postulati kazenskega (procesnega) prava – kolateralna žrtev tehnokracije in boja zoper kriminaliteto«, *Podjetje in delo*, 2008, str. 1410–1419. Ob tem, ko varnostna politika in stroka učinkovito udejanjata vedno nove strategije »varnostnega menedžmenta«, »upravljanja tveganj« in raznovrstnih »posebnih preiskovalnih taktik in ukrepov«, kazensko procesno pravo bolj ali manj stopica na mestu, ujeta v stare doktrinarne bitke.

⁵⁴ Prav tam. Klemenčič se zaveda, da se ta teza marsikomu zdi pretirana, a je po njegovem mnenju ob pozornem spremljanju aktualnih trendov na področju kazenskega pravosodja še kako realna.

⁵⁵ Prav tam. Dejavnika, ki naj bi narekovala novo strategijo na področju kazenskega procesnega prava, sta po mnenju kritikov predvsem (globalna) kriza predstavniške demokracije in njenega sopotnika – kapitalistične ekonomije in razgradnja socialne države.

⁵⁶ Prav tam. Novo strategijo kazenskega procesnega prava, ki jo gotovo lahko umestimo v kontekst (kazensko)pravne postmodernizacije, zaznamujejo tudi premiki, ki jih narekujeja teh-

zensko-procesno pravni mehanizmi, ki jih za varovanje posameznikove svobode in zagotavljanje kolektivne varnosti pozna sodobna družba, v spremenjeni družbeno-pravni realnosti niso več ustrezni.⁵⁷ Posledice naj bi bile daljnosežne: ideal vladavine prava (tudi v procesnem kazenskem pravu ne more več zadovoljivo opraviti ene od svojih ključnih nalog – dejansko varovati posameznikovo avtonomijo, dostojanstvo in svobodo v razmerju do državne (in katerekoli druge) oblasti.

5. »Postmoderna konstelacija legalnosti« (sklep)

Če na kratko sklenemo: hipotezi iz izhodišča te razprave lahko v celoti potrdimo. Razprava o »krizi pravne države«, ki je že lep čas aktualna v Sloveniji, je bolj ali manj v »leru«. »Krizo« prava in pravnega sistema tostran Alp večinoma dojemamo kot nedelovanje, krizo, ravsulo itd. »pravne države«, ki se v imaginariju te razprave prikazuje kot ahistorični koncept oziroma kot ideal, ki se mu iz takšnih ali drugačnih razlogov nikakor ne približamo dovolj. Prepričani smo, da je vse, kar potrebujemo, več demokracije, človekovih pravic in vladavine prava. Ob tem ne opazimo, da nekatere bistvene prvine teh idealov v zadnjem času (pogosto kar na krilih pravne znanosti in stroke) ravno v imenu teh idealov *de facto* razgrajujemo. Ukrepi, ki jih s ciljem »okrepite pravne države« z večjo ali manjšo pomočjo bolj ali manj uglednih pravnih strokovnjakov sprejemajo nosilci oblasti, so z redkimi izjemami natanko tisti, ki so »krizo pravne države« povzročili.

Po mnenju nekaterih kritično pišočin pravnih teoretikov se spričo obsežnih (in daljnosežnih) sprememb, ki jih prinaša postmodernizacija zahodne družbe, soočamo z novo fazo v razvoju prava in pravnega sistema, ki pravno infrastrukturo »socialne pravne države« nadomešča z novo postmoderno konstelacijo legalnosti. V tej konstelaciji je sklicevanje na ideal »pravne države« in druga univerzalna načela modernega prava, zaradi daljnosežne »krizne« preobrazbe teh načel, vse manj produktivno. Problem kot kaže torej ni v premalo zavzetem opozarjanju na pomen pravne države (pozivanje k spoštovanju pravne države, zgolj to in

nološka in genetska revolucija.

⁵⁷ Prav tam.

nič več, v obstoječih družbenih in pravnih razmerah pomeni vztrajanje pri *status quo*), temveč v problematičnem razumevanju tega fenomena. Identiteta modernega prava se po vsej verjetnosti ireverzibilno spreminja. Pravna pokrajina, ki je, kot smo videli, nastala spričo »kriznih« preobrazbenih procesov v postmodernej družbi, narekuje predruženje prevladujočega načina dojetja in reflektiranja prava in pravnega reda (potrebujemo nov tip pravne refleksije) ter kot kaže tudi prenovu nekaterih temeljnih konceptov in prvin moderne pravnosti. V knjigi *Kriza prava: odbleški kritične jurisprudence*⁵⁸ smo pokazali, da je bilo v kritični filozofiji prava v tej smeri že veliko postorjenega.

⁵⁸ Flander, op. cit., str. 171–229.

L i t e r a t u r a i n v i r i

1. U. Beck (2001), *Družba tveganja. Na poti v neko drugo moderno*. Ljubljana, Krtina.
2. S. Best in D. Kellner (1991), *Postmodern Theory: Critical Interrogations*. New York, Guilford Press.
3. M. Dolar, »Konec neoliberalne paradigme«, *Katedra*, št. 3/2009, str. 18–21.
4. B. Edgeworth (2003), *Law, Modernity, Postmodernity. Legal Change In the Contracting State*. London, Ashgate.
5. B. Flander (2012), *Kriza prava: odblēski kritične jurisprudence*. Ljubljana, Fakulteta za varnostne vede, Univerza v Mariboru.
6. T. Fotopoulos, *The Myth of Postmodernity*. [Http://www.democracynature.org/dn/vol7/takis_postmodernism.htm](http://www.democracynature.org/dn/vol7/takis_postmodernism.htm) (16.5.2012).
7. V. Jakulin: »S spremembami moralne zavesti se spreminja tudi kazensko pravo«, *Dnevnikov Objektiv*, 19. april 2008.
8. M. Horkheimer in T. W. Adorno (2006), *Dialektikarazsvetljenstva: filozofski fragmenti*. Ljubljana, Studia humanitatis.
9. S. Lasch in J. Urry (1998), *The End of Organized Capitalism*. Oxford, Polity Press.
10. J.-F. Lyotard, *Postmoderno stanje. Poročilo o vednosti*. Društvo za teoretsko psihoanalizo (zbirka Analecta), Ljubljana 2002.
11. Z. Kanduč: »Postmoderno stanje in družbeno nadzorstvo«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2004/1, str. 3–20.
12. Z. Kanduč: »Kriminaliteta, človekove pravice in varnost v po(zno)modernem svetu«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2003/2, str. 159–171.
13. Z. Kanduč: »Postmodernizacija in njena/naša nelagodja«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2005/3, str. 223–238.
14. Z. Kanduč, »O sodobnih tveganjih, grožnjah in nevarnostih–postmoderna družba v slogu staromodne 'hiše strahov'«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2003/4, str. 356–371.
15. Z. Kanduč, »Anthony Giddens: Runaway World – How Globalisation Is Reshaping Our Lives“, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2003/54, str. 324–326.
16. Z. Kanduč, »Kriminološki pogled na svobodo in varnost v postmoderni družbi«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2007/3, str. 231–245.
17. Z. Kanduč, »Zastraševanje in rehabilitacija: kriminološki pogled«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 1996/3, str. 228–240.
18. G. Klemenčič, »Temeljni postulati kazenskega (procesnega) prava – kolateralna žrtev tehnokracije in boja zoper kriminaliteto«, *Podjetje in delo*, 2008, str. 1410–1419.
19. B. Koritnik, »Inflacija prekrškov«, *Pravna praksa*, 2007/20.

20. N. Peršak, »Discipliniranje v družbi tveganj: panoptikon, sinoptikon in subjekt«, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, 2005/3, str. 239–247.
21. B. Tomšič, »Tekoča moderna«, *Teorija in praksa*, 2003/3, str. 584–586.
22. I. Wallerstein, »Globalisation or The Age of Transition? A Long-Term View of the Trajectory of the World-System« [Http://yaleglobal.yale.edu/about/pdfs/globalization_transition.pdf](http://yaleglobal.yale.edu/about/pdfs/globalization_transition.pdf) (17.9.2012).
23. Žižek, *Nasilje*. Društvo za teoretsko psihoanalizo (zbirka Analecta), Ljubljana 2007.
24. [Http://www.varuh-rs.si/publikacije-gradiva-izjave/letna-porocila](http://www.varuh-rs.si/publikacije-gradiva-izjave/letna-porocila) (14.3.2011).
25. [Http://www.varuh-rs.si/publikacije-gradiva-izjave/letna-porocila](http://www.varuh-rs.si/publikacije-gradiva-izjave/letna-porocila) (14.3.2011).

PRAVIČNOST IN PRAVO V SLOVENSKI DRUŽBI

Jernej Letnar Čerňič

I. Uvod

Zagotavljanje pravičnosti, človekovih pravic in temeljnih svoboščin je eden od stebrov vsake demokratične družbe, ki spoštuje, zagotavlja in izpolnjuje ustavne ali mednarodnopravne obveznosti na področju človekovih pravic. Državljske in politične pravice ter ekonomske, socialne in kulturne pravice so enakopravne in nedeljive in država jih mora obravnavati kot celoto, če želimo doseči celovito uresničevanje vseh človekovih pravic v slovenskem prostoru. Normativno mednarodnopravno in ustavnopravno varstvo človekovih pravic je le ena stran varstva človekovih pravic.¹ Enako oziroma morda še bolj pomembno je učinkovito varstvo pravic, pri čemer bi morala biti v slovenskem prostoru zagotovljena možnost individualnega uveljavljanja kršenja človekovih pravic tako politične in državljanske kot tudi ekonomske, socialne in kulturne narave, ker so tiste, ki so varovane v ustavi na splošni ravni, v večini primerov neiztožljive. Uresničevanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin pa ni odvisno samo od državnih organov, temveč od vseh nas, ki si moramo prizadevati za njihovo uresničevanje v našem vsakodnevnem delovanju. Pravo vsebuje temeljne družbene vrednote in etična načela. Pravičnost je mogoče najdi v vseh družbenih plasteh. Je vrednota, ki naj bi urejala prav vsa družbena razmerja, tako zasebne kot tudi javne narave. Pravičnost tako pogojuje legitimnost preostalih družbenih pravil in utemeljuje nastanek, obstoj in prenehanje pravnih pravil.² Pravičnost je nad pravom.³ Vse pravne norme naj bi smiselno zasledovale pravičnost,

¹ K. Drzewicki, "Internationalization of Human Rights and Their Juridization", v: R. Hanski in M. Suksi (ur.), *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, 2004, str. 25–27.

² J. M. Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon Press, 1980).

³ J. Rawls, *A Theory of Justice*, 1999.

in naj jo ne bi omejevale.⁴ Zakon oziroma postopanje državnih oblasti, ki niti v najmanjši meri ne sledi vsebinski pravičnosti, lahko izgubi pravno veljavnost.⁵ Pričujoči prispevek obravnava izbrane pravnofilozofske in normative odgovore na vprašanje izvora in opredelitve pravičnosti človekovih pravic in njihovega uresničevanja. Prispevek je razdeljen na dva dela. V prvem delu obravnavamo izvor in temelje pojma pravičnosti in ga analiziramo na podlagi treh primerov iz slovenskega pravnega reda. V drugem delu pa obravnavamo izbrane poudarke na podlagi treh primerov iz vsakodnevne ne(uresničevanja) pravičnosti v slovenskem pravnem redu. V naslednjem poglavju se torej najprej posvečamo izvorom in temeljem pravičnosti.

2. Pravičnost in pravo

Nemški pravni filozof Gustav Radbruch je v tretji minuti svojih *Petih minutah filozofije* prava zapisal 'pravo je volja do pravičnosti. Pravičnost pa pomeni: soditi ne glede na osebo, vse meriti z isto mero.'⁶ Radbruch je še dodal, da si moramo 'prizadevati za pravičnost in istočasno upoštevati pravno varnost, saj je del pravičnosti, in (...) zgraditi pravno državo, ki mora po možnosti zadostiti obema idejama.'⁷ Pravna pravila so torej notranje povezana s pravičnostjo. Kljub temu pa se postavlja tehno vprašanje oziroma dilema, kako postopati, ko zakon ali zakonska pravna norma ne sledi pravičnosti oziroma, ko ji neposredno nasprotuje oziroma jo zanika. Radbruch rešuje slednjo dilemo tako, da utemeljuje "če zakoni zavestno zatajijo voljo do pravičnosti, in na primer ljudem samovoljno zagotavljajo ali odrekajo človekove pravice, potem ti zakoni niso veljavni, potem jim narod ne dolguje poslušnosti in v tem primeru morajo tudi pravniki zbrati pogum, da jim odrečejo pravni značaj."⁸

⁴ T. Campbell: *The Legal Theory of Ethical Positivism* (Aldershot: Dartmouth Publishing, 1996). Glej tudi R. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, *Harvard Law Review* 111, 7 (1998), str. 1637–1717 in R. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory* (Cambridge, Mass.: Harvard UP, 1999).

⁵ N. MacCormick, "A Moralistic Case for A-Moralistic Law", *Valparaiso University Law Review* 20, 1 (1985).

⁶ G. Radbruch, *Filozofija prava*. Študijska izd. (Ljubljana: Cankarjeva založba, 2001), str. 267.

⁷ Prav tam. str. 281.

⁸ Prav tam. str. 267.

Zakoni, ki ne sledijo pravičnosti, izgubijo naravo prava. Vsebinsko nepravičen zakon torej ni pravo, temveč zgolj vsebinska nepravičnost v formalnopravni preobleki.⁹

Vendar Radbruchova formula ne razreši dileme, kako postopati, ko zakonu ali zakonski normi ni dorečen pravni značaj. Ali morajo pravni naslovniki še vedno spoštovati takšen zakon ali je mogoče naravo prava odreči zakonu samo na pravno-filozofski ravni? Kako pojasniti oziroma preseči razmere, ko pravni red na sistematični ravni zanika najosnovnejša pravila pravičnosti, oziroma ko pravni red temelji na vsebinsko nepravičnih pravnih virih?¹⁰ Poskusimo opredeliti navzkrižje med vsebinsko pravičnostjo in formalnopravno sprejetimi oziroma predlaganimi zakoni v slovenskem pravnem redu.

2.1 Zakona o žrtvah vojnega nasilja in vojnih grobiščih

Državni zbor RS je v začetku septembra 2009 sprejel novelo vojnih zakonov (zakonov o žrtvah vojnega nasilja in vojnih grobiščih), pri čemer pa oba zakona zanemarjata načelo, da morajo imeti vse žrtve enak status.¹¹

»2.a člen

Na podlagi drugega odstavka 1. člena tega zakona je žrtev vojnega nasilja tudi:

- otrok, katerega starš je umrl, bil ubit ali pogrešan zaradi nasilnih dejanj ali prisilnih ukrepov drugih oboroženih sil, če ni prostovoljno ali poklicno sodeloval z agresorjem,
- oseba, ki je kot begunec morala v času od 6. 4. 1941 do 15. 5. 1945 zapustiti svoj dom zaradi nasilnega dejanja požiga, porušenja ali izropanja njene stano-

⁹ Za bolj poglobljene teoretične študije o tranzicijski pravičnosti glejte R. G. Teitel, *Transitional Justice*, Oxford 2000; N. Roht Arriaza y J. Mariezcurrena (ur.), *Transitional Justice in the Twenty-first Century, Beyond Truth v. Justice* (Cambridge, 2006); J. Elster, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective* (Cambridge 2004).

¹⁰ J. Letnar Černič, Responding to crimes against humanity committed in Slovenia after the Second World War, v: D Svoboda (ur.), C. O'Connor (ur.), J. Liška, *Crimes of the communist regimes: international conference: an assessment by historians and legal experts: proceedings* (Praga 2011), str. 313–328.

¹¹ Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o žrtvah vojnega nasilja (ZZVN-H), UL RS, št. 72/2009; Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o vojnih grobiščih (ZVG-A), UL RS, št. 72/2009.

vanjske hiše ali stanovanja, ki so jo povzročile druge oborožene sile, zaradi česar se ni mogla vrniti na svoj dom neprekinjeno najmanj tri mesece (begunec), če ni prostovoljno ali poklicno sodelovala z agresorjem in oseba, rojena staršem v teh okoliščinah.«

Zdi se, da sprejetje novele vojnih zakonov ni spremenilo ničesar, saj so potomci t. i. "sodelavcev okupatorja" še vedno izvzeti iz zakona, medtem ko otroci storilcev povojnih hudodelstev zoper človečnost lahko uživajo ugodnosti vojnih zakonov. Slednja pozicijska predloga sta v nasprotju z odločitvijo Ustavnega sodišča RS in sta bila podprta s preglasovanjem. Pravna filozofija Gustava Radbrucha nas uči, da formalno pravilno sprejeto pravno pravilo še ni vselej vsebinsko pravilno. Pravno pravilo, ki zanika pravičnost, enako obravnavanje in temeljne človekove pravice, ni pravo – temveč je nepravo – »*Unrecht*«. ¹² Gustav Radbruch je v tretji minuti svojih *Pet minut filozofije prava* iz leta 1945 zapisal:

Pravo je volja do pravičnosti. Pravičnost pa pomeni: soditi ne glede na osebo, vse meriti z istim merilom. Ko se časti ubijanje političnih nasprotnikov in se zapoveduje ubijanje ljudi druge rase, vendar se enako dejanje proti lastnim somišljenikom kaznuje z najbolj grozovitimi in ponižujočimi kaznimi, tedaj to ni niti pravičnost niti pravo.

Kadar zakoni zavestno zanikajo voljo do pravičnosti, ko na primer ljudem samovoljno zagotavljajo ali odrekajo človekove pravice, tedaj ti zakoni nimajo veljave in se jim ljudstvo ni dolžno pokoravati, vendar morajo tedaj tudi pravniki zbrati pogum, da jim odrečejo naravo prava. ¹³

V Državnem zboru je pri sprejemanju novel vojnih zakonov prevladal politični pragmatizem, ki posamezni skupini ljudi odreka temeljne človekove pravice. Pravna narava takšne spremembe vojnih zakonov se zato zdi, milo rečeno, vprašljiva. Gustav Radbruch je še zapisal, da je mogoče, da "obstajajo zakoni, ki so v tolikšni meri nepravični in splošni, da jim moramo odreči veljavo in celo naravo prava" (četrtina minuta iz dela *Pet minut filozofije prava*). Obstajajo namreč "pravna načela, ki so močnejša kot sleherna pravna postava, tako da zakon, ki jim nasprotuje, ne velja". (peta minuta iz dela *Pet minut filozofije prava*) Pridobi-

¹² A. Mavčič, »The Slovenian Constitutional Court and its activities during the period of transition«, *Revue de justice constitutionnelle Est-Européenne*, št. 2/2001, str. 229–251.

¹³ G. Radbruch, »Pet minut filozofije prava, 1945« (prevod M. Pavčnik), v: *Pravnik*, št. 11–12/1988, str. 667–669.

tev statusa žrtve vojnega in povojnega nasilja ne more biti odvisna od strani, kateri naj bi žrtev ali njeni sorodniki vojnega nasilja pripadali ali se bojevali.

2.2 Povojna ukradena umetniška dela

Visoki predstavniki bivšega režima so po koncu druge svetovne vojne uživali vrsto privilegijev in ugodnosti.¹⁴ Ena od takšnih prednosti je bila tudi možnost pridobitve umetniških del najbolj znanih slovenskih slikarjev, ki so bili pred vojno v zasebni lasti. Večina povojnega komunističnega vodstva si je tako nezakonito prisvojila umetniška dela.¹⁵ Slednje izhaja iz inventarne knjige Federalnega zbirnega centra, ki jo hrani Narodna galerija,¹⁶ v kateri so zbrani podatki o nekdanjem lastniku umetniškega dela, podatki o značilnostih umetniškega dela in ponekod tudi ime novega prejemnika.¹⁷ Obstaja še več podobnih knjig, ki dokazujejo, da so bila umetniška dela dodeljena raznim državnim institucijam in komunističnim oblastnikom.¹⁸ Umetniška dela po padcu totalitarnega režima niso bila nikoli vrnjena in še vedno visijo v njihovih stanovanjih in hišah ozirom v stanovanjih in hišah potomcev.¹⁹ Turk poudarja, da si je »osebje zbirnih centrov med letoma 1945 in 1949 (po tem letu so centri prešli v pristojnost tedanjega ministrstva za prosveto) vzporedno zapisovalo potek odtujevanja umetnin in umetniških predmetov. Obstajali so reverzi, lističi, na katere so posamezniki iz vrha partijske hie-

¹⁴ P. Jamnik, »Post-World War Two Crimes on the Territory of Slovenia: Police Investigation and proof regarding criminal offences that do not fall under the statute of limitations«, v: P. Jambrek (ur.), *Crimes committed by totalitarian regimes* (Ljubljana, 2008; dalje *Crimes committed*), str. 207. Glejte tudi J. Dežman, »Communist repression and transitional justice in Slovenia«, v: *Crimes committed*; M. Ferenc, »Topografija evidentiranih grobišč«, v: *Poročilo Komisije Vlade Republike Slovenije za reševanje vprašanj prikritih grobišč 2005–2008* (Ljubljana 2008).

¹⁵ B. M. Turk, »Enciklopedija komunističnih tatvin«, *Revija Reporter*, 17. april 2011, http://www.reporter.si/index.php?option=com_content&task=view&id=5381&Itemid=59.

¹⁶ http://www.reporter.si/images/upload/Inventarna_knjiga.pdf.

¹⁷ Prav tam.

¹⁸ B. M. Turk, »Enciklopedija komunističnih tatvin«, *Revija Reporter*, 17. april 2011, http://www.reporter.si/index.php?option=com_content&task=view&id=5381&Itemid=59.

¹⁹ Glej denimo: B. M. Turk, »Zaplenjeni zakladi družine Kocijančič«, *Revija Reporter*, 19. september 2010. http://www.reporter.si/index.php?option=com_content&task=view&id=4072&Itemid=59.

rarihije s podpisom jamčili, da dragotine prejemaajo v začasno hrambo in ne v last. Številka reverza ustreza knjigovodski zaporedni številki, pod katero je bila umetnina vpisana kot izposojena.«²⁰ Nato zaključuje, da »skoraj nobena od umetnin ni bila vrnjena (izjem je za prste dveh ali treh rok), da lahko z gotovostjo sklepamo, da še danes krasijo stene ali dnevne prostore posameznikov oziroma organizacij, ki so iz povojnega ropa izšle (navedene so družine Borisa Kocijančiča, Edvarda Kardelja in še nekaterih, od institucij pa CK ZKS, Semoličevi sindikati, protokolarni objekti predsednika Tita – Brdo, Mestna skupščina Ljubljana, celjski organi lokalne oblasti in drugi).«²¹ Rozman poudarja, da 'je Akademija likovnih umetnosti dala »svoje« slike na voljo drugim kulturnim institucijam, da so si z njimi okrasili pisarne. Prosvetno ministrstvo je dalo dovoljenje, da so umetnine prevzemali iz skladišč FZC zasebniki in kulturne institucije. »Vozili smo jih kar s cizo,« je pripovedoval prof. Filip Kumbatovič s ps. Filip Kalan (1910–1989), prvi rektor Akademije za igralsko umetnost. »Umetnine so pristale tudi na Akademiji za glasbo, na Akademiji znanosti in umetnosti kar v obilju, vendar bržkone največ iz zaloge Akademije likovnih umetnosti, nadalje na Šoli za oblikovanje, v Narodni in univerzitetni knjižnici, pri Društvu književnikov itn. Začasni prevzemniki so se obvezali, da bodo umetnine skrbno varovali in jih vrnili, ko bo to zahtevano.«²² Iz vseh, sicer redkih zapisov, izhaja, da posamezniki in državne institucije ukradenih nepremičnin še niso vrnile in jih prostovoljno ne nameravajo vrniti.²³ V nadaljevanju obravnavamo ustavnopravno varstvo kulturne dediščine.

²⁰ Prav tam.

²¹ Prav tam.

²² Narodna galerija, <http://www.ng-slo.si/default.asp?id=80>, obiskano 29. 8. 2011.

²³ J. Letnar Černič, »Supreme State Prosecutor v Ribičič, Order on Whether to Open Pre-Trial Criminal Investigation«, Ks 962/2006, *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* 523 (SI 2006) (Oxford 2008).

2.3 Pravica do referendumu kot neusahljivi vir slovenske državnosti

V zadnjih letih so predlagatelj vložili kar nekaj zahtev za razpis zakonodajnih referendumov. V štirih zadevah pa je Ustavno sodišče RS prepovedalo odločanje državljanov na referendumu, saj naj bi z morebitno zavrnitvijo zakonov nastale protiustavne posledice. Ustava RS sicer ne določa pravice do referendumu neposredno, vendar v 3. členu določa, da ima v Sloveniji oblast ljudstvo, ter v 44. členu določa, da imajo državljani pravico do neposrednega in posrednega sodelovanja pri upravljanju javnih zadev.²⁴ Na pravici do referendumu je utemeljena ne samo demokratična slovenska država, ampak tudi njen ustavnopravni red.²⁵ Prebivalci Republike Slovenije smo prav na referendumu 23. decembra 1990 potrdili, da želimo živeti v samostojni in neodvisni državi. Že zaradi tega simboličnega in zgodovinskega dejstva, pravica do referendumu ne uživa samo simboličnega pomena, temveč tudi super-normativno pravno veljavo.²⁶

Ustavno sodišče je v zadevi U-I-172/94 zapisalo, da »teorija demokracije poudarja, da je učinkovitost demokratičnega procesa odvisna zlasti od (a) poštenih volitev na vseh ravneh, ki omogočajo oblikovanje predstavniških organov države in lokalne samouprave v skladu z voljo ljudstva, (b) od javnega nadzora nad zakonodajno, sodno in izvršno vejo oblasti, ter (c) od priznane pravice do politične opozicije vsakokratni oblasti.«²⁷ K takšni formulaciji pravzaprav ni nič dodati, morda le da bi točka (a) lahko vključevala tudi pravico, da oblast izvršujejo neposredno na podlagi referendumu oziroma plebiscita. Ustavno sodišče je v svoji sodni praksi varovalo ustavne vrednote v razmerju do referendumu. V zadevi U-I-III/04 so ustavni sodniki še podrobneje zapisali, da je bistvo demokracije »da lahko vrednote, ki jih varuje Ustava, in med njimi posebej temeljne človekove pravice in svoboščine (Preambula k Ustavi),

²⁴ Ustava Republike Slovenije, Ur. l. 33/91.

²⁵ A. Mavčič, "Slovenia" (International encyclopaedia of laws, Constitutional law, suppl. 27,28) (The Hague / London / Boston: Kluwer Law International, 1998), str. 302.

²⁶ I. Kaučič, F. Grad, S. Zagorc, S. Nerad, S. Bardutzky, *Zakonodajni referendum: pravna ureditev in praksa v Sloveniji*, 1. natis (Ljubljana: Inštitut za primerjalno pravo, GV založba, 2010).

²⁷ U-I-172/94, 1. Odstavek.

prevladajo nad demokratično sprejetimi odločitvami večine.«²⁸ V zadevi U-I-45/09 pa je Ustavno sodišče zapisalo, da »ustava neposrednega odločanja ljudi na referendumu ne postavlja v podrejen položaj.«

Referendum oziroma plebiscit nedvomno predstavljata neusahljivi vir slovenske državnosti, ki sodi med temeljne vrednote slovenske ustavne ureditve. Kljub temu oziroma prav zaradi tega se je potrebno vprašati, ali je mogoče pravico do referendumu tudi omejevati ter pod kakšnimi okoliščinami. Omejevanje pravice do referendumu je nujno samo takrat, kadar trči ob najbolj temeljne vrednote slovenske ustavne ureditve. Še v teh primerih pa je prepoved odločanja državljanov mogoča le na podlagi striktnih kriterijev ter uporabe načela sorazmernosti. Pravica do referendumu bi bilo mogoče omejiti samo tedaj, ko bi bila prepoved primerna in nujna za doseg končnega cilja varovanja temeljnih ustavnih vrednot. Sama prepoved pravice do referendumu je mogoča samo v primerih, ki bi bila prepoved sorazmerna z varovanjem temeljnih ustavnih dobrin, kamor sodijo na primer človekove pravice in temeljne svoboščine.

Prepoved referendumu naj bi bila v skladu s prakso Ustavnega sodišča nekakšno preventivno sredstvo za preprečevanje neposrednega odločanja ljudstva na referendumu o protiustavnih zakonskih predlogih oziroma o že sprejetih zakonih. Ustavno sodišče je takšno utemeljitev obrazložilo, da »ustava in odločbe Ustavnega sodišča ne zavezujejo samo Državnega zbora kot zakonodajalca, temveč tudi državljane, kadar oblast izvršujejo neposredno z odločanjem o posameznem zakonu na referendumu.«²⁹ Tako mora Ustavno sodišče v vsakokratnem primeru opraviti tehtanje ustavnih vrednot ter na njegovi podlagi oceniti, ali je dopustno poseči v človekovo pravico do referendumu, oziroma v drugo ustavno vrednoto.³⁰

Ustavno sodišče mora pri presojanju v pravico do referendumu opraviti test sorazmernosti oziroma prekomernih posegov. Pri tem bi moralo US presoditi, ali je prepoved referendumu v skladu s ciljem, ki ga US želi zavarovati. Prepoved referendumu mora biti utemeljena s ciljem zavarovanja drugih ustavnih dobrin, tako da čim manj vpliva na pravice in interese prizadetih državljanov, ki ne bodo mogli izvrševati svoje, tj. člo-

²⁸ U-I-III/04, 26. odstavek.

²⁹ Sklep Ustavnega sodišča št. U-II-3/03 z dne 22. 12. 2003, OdlUS XII, 101.

³⁰ 1. odstavek 21. člena Zakona o referendumu in ljudski iniciativi (ZRLI).

vekove pravice do odločanja na referendumu. Ustavno sodišče je v svoji sodni praksi že zapisalo, da morajo biti ukrepi za omejevanje ustavnih pravic »primerni za doseg zakonodajalčevih ciljev, potrebni za njihovo implementacijo glede na objektivne interese državljanov ter ne smejo biti izven vsakega razumnega razmerja do družbene oziroma politične vrednosti teh ciljev«. ³¹

Če se pravna argumentacija omejevanja ali celo prepovedi pravice do referenduma v razmerju z drugimi ustavnimi vrednotami zanemari, se postavi vprašanje, ne samo kaj sploh še ostane od institucije referenduma, iz katere izvira in na podlagi katere je utemeljena slovenska državnost, ampak tudi kaj še ostane od legitimnosti slovenske ustavnopravne ureditve. Pravica do referenduma je neusahljivi vir slovenske državnosti in ustavnopravnega reda. Njeno neupravičeno in neustrezno obrazloženo omejevanje pa ne bi pomenilo le prekomerni poseg v pomembno ustavno dobrino, ampak tudi zanikanje izvora slovenske državnosti in pravne države. Omejevanje pravice do odločanja na referendumu je mogoče samo v izjemnih pravnih situacijah zaradi varstva temeljnih človekovih pravicah in svoboščinah. Načelo pravne države zahteva, da gre pravico do odločanja na referendumu omejiti samo na podlagi striktno in obrazložene uporabe načela sorazmernosti. Naslednji pododdelek analizira podane primere omejevanja vsebinske pravičnosti.

2.4 Analiza

Vsi trije primeri vsak zase izražajo vsebinsko nepravilno postopanje oblasti ter vsebinsko nepravilne zakone. Prvi primer prikazuje vsebinsko nepravilno postopanje oblasti, ki posameznikom tudi ob najbolj izjemnih družbenih situacijah odreko pravico, da so enako obravnavani. Drugi primer kaže na izkrivljen odnos prevladujoče družbenointeresne skupine do posameznika, ki je samo izvrševal temeljne človekove pravice. Takšno oblastno postopanje ni samo vsebinsko nepravilno do posameznika, ampak kaže na zavračanje temeljnega koncepta človekovih pravic in pravičnosti na podlagi formalnega spoštovanja kolektivnih vrednot, ki naj bi utemeljevale tradicionalno slovensko družbo. Kljub

³¹ U-I-77/93, 39. odstavek.

temu, da si prebivalci Republike želijo bolj učinkovitega spoštovanja človekovih pravic. Radbruch zapiše, da »pravnega značaja ... nimajo vsi tisti zakoni, ki ljudi obravnavajo kot podljudi in jim odrekajo človekove pravice.« – oziroma ki o tem močijo.³² Tretji primer pa nazorno prikazuje plasti, ko se bo vsebinska pravičnost, ki se kaže v institutu referendumu, morda morala umakniti ustavnemu ne-pravu v obliki omejitve pravice do referendumu.

Smisel pravičnosti ni zgolj v tem, da prikaže in opozori na vsebinsko nepravilnost nekega zakona ali postopanja vsakokratne oblasti, temveč da tudi osvetli pot, ki bo presekala takšno izjemno družbeno situacijo. Dosledno upoštevanje pravičnosti lahko pokaže luč na koncu tunela, ki lahko pripomore odpraviti zakonsko nepravo – vsebinsko nepravilne zakone in vsebinsko nepravilno postopanje oblasti na Slovenskem ali kjerkoli drugod. Prepoznavna vsebinsko nepravilnega zakona oziroma postopanja državnih oblasti, ki jim je potrebno odvzeti veljavnost, je kot povsod, odvisna od pogumnih ljudi s pokončno držo. V naslednjem oddelku analiziramo vlogo pravičnosti in prava za slovenski javni prostor.

3. Pravičnost in pravo v slovenski družbi

3.1 O družbah brez sramu in krivde

Družbe, ki so pred kratkim izšle iz totalitarnega sistema, se pogosto soočajo s ponavljanjem nedemokratskih praks iz polpretekle zgodovine.³³ Še izrazitejše so težave v družbah, ki so genocidna dejanja in hudodelstva zoper človečnost pometla pod preprogo.³⁴ Vsem takšnim družbam je skupna odsotnost sramu in krivde za moralno, etično in pravno sprevržena dejanja v preteklosti. Sram je ključna predpostavka, ki mora obstajati, da neka tranzicijska družba postane zrela. Sram nastane in učinkuje na podzavestni ravni vsakega posameznika. Deluje na moralno etični ravni. Oblikuje se v razmerju do sprijenih hudodelstev zoper človečnost iz polpretekle zgodovine. Občutek sramu lahko nastane le

³² G. Radbruch, *Filozofija prava*, študijska izd. (Ljubljana: Cankarjeva založba, 2001), str. 278.

³³ M. Kundera, "Tragedija Srednje Evrope", *Nova revija*, 30, št. 3 (1984), str. 3456–3468. Glej tudi P. Vodopivec (ur.), *Srednja Evropa* (Ljubljana: Mladinska knjiga, 1991).

³⁴ J. Letnar Černič, »Srednja Evropa Václava Havla«, *Razpotja*, marec 2012.

ob soočenju s polpreteklimi dogodki, tako kot denimo ob t. i. Gacaca lokalnih sodiščih v Ruandi ali na sejah različnih komisij za spravo in pravičnost v različnih nacionalnih kontekstih. Ravnodušnost do polpreteklih hudodelskih dogodkov ne ustvarja odnosa sramu do polpreteklih dogodkov. Sram se v etičnem smislu lahko doseže le, če se posameznik zaveda etične in moralne sprevržnosti njegovih dejanj.

Če se posameznik ne sooči z moralno in etično sprevrženimi dejanji, sram ne more nastati. Enako pomemben kot je občutek sramu na ravni posameznika, je tudi na ravni posamezne družbe. Družba se mora opredeliti do moralno spornih dejanj iz preteklosti in ustvariti občutek sramu, če so bila dejanja nečloveška, ponižujoča in sprevržena.³⁵ Seveda pa je slednje mogoče le, če je večina posameznikov na osebni ravni spoznala sprevrženost, denimo genocida, hudodelstev zoper človečnost ali vojnih hudodelstev.³⁶ Šele tako lahko nastane družbena zavest o moralni sprevrženosti opisanih dejanj in družba razvije svoj odnos do kršitev človekovega dostojanstva v preteklosti.³⁷ Družbe, kjer večina posameznikov ne oblikuje občutja sramu, ne glede na svojo krivdo, ne bodo nikoli prestopile na višjo raven strpnosti in zrelosti. Družba se na ta način ne ozdravi, ampak le potegne črto čez rakotvorne tvorbe svoje duše. Bolezenske rane pa še naprej vlečejo takšne družbe nekaj desetletij nazaj v preteklost. Takšne rane so samo formalno zaprte, v globini pa so še bolj žive kot pred desetimi in več leti. Brez nastanka sramu se ne more vzpostaviti občutek krivde na etični ravni tako za aktivno kot za pasivno sodelovanje pri hudodelskih načrtih nedemokratičnih režimov. Če sramu ni, človek ne vzpostavi občutka krivde. Družba, v kateri se večina posameznikov ne sramuje hudodelskih dejanj, ki so jih storili v preteklosti,

³⁵ L. Šturm, »Svobodna demokratična družba, demokratična pravna država in civilna družba : ustavnopravna in sociološka analiza treh ključnih pojmovnih sintagem«, *Dignitas (Ljubl.)*, št. 1 (1999), str. 52–59.

³⁶ J. Letnar Černič, Sprema beseda : k Pučnikovem vmesnem sporočilu o povojnih pobojih. v : M. Jančar (ur.), J. Letnar Černič (ur.). *Poročilo o pobojih : vmesno poročilo o raziskovanju povojnih množičnih pobojev Preiskovalne komisije Državnega zbora Republike Slovenije o raziskovanju povojnih množičnih pobojev, pravno dvomljivih procesov in drugih tovrstnih nepravilnosti, ki jo je vodil dr. Jože Pučnik* (Ljubljana: Inštitut dr. Jožeta Pučnika, 2010), str. 275–293.

³⁷ L. Šturm, »Fenomen tajne zakonodaje v nekdanji Socialistični federativni republiki Jugoslaviji«, *Vestn. javno upravo*, 27, št. 3/4 (1991), str. 153–158.

stoji na gnilih in majavih temeljih. Temelji se lahko hitro podrejo, in tako vrnejo družbo nazaj v pekel, v katerem je že bila.

Občutek krivde nastane, ko posameznik spozna, da je ravnal napačno, da bi lahko ravnal drugače, kot je, in ga je sram, da je ravnal tako. Posameznik, ki se etično sramuje in sprejema krivdo za svoje ravnanje, si postavlja trdne temelje za svoje prihodnje ravnanje. Enako velja za kolektivno delovanje na družbeni ravni, saj občutek sramu, krivde in obžalovanja vodi do zrelosti družbe. Občutek sramu in krivde imata pomembno vlogo v procesu sprave v tranzicijskih družbah, ki so v zadnjih desetletjih izšle iz totalitarnih režimov, mednarodnih konfliktov in državljskih vojn. Občutek kolektivnega sramu posamezne družbe lahko nastane, če se družba kot celota poskuša opredeliti do grozodejstev tako, da vzpostavi kolektivni odnos do storjenih hudodelstev zoper človečnost in podobnih sprevrženih dejanj.

Občutek sramu na kolektivni ravni ne opredeli samo odnosa družbe do storjenih hudodelstev, temveč pove veliko o moralno-etični zrelosti družbe same. Družba, ki se sama zaveda moralno etične sprevrženosti hudodelstev storjenih v preteklosti na njenem ozemlju, stoji na trdnih temeljih. Povojna Nemčija je šolski primer države, ki se zaveda in sramuje hudodelstev, ki jih je nacionalsocialistična oblast storila v letih pred in med drugo svetovno vojno, in je tako sprejela krivdo v razmerju do žrtev in njihovih sorodnikov. Takšna država stoji na trdnih moralno-etičnih temeljih, ki ji dajejo legitimnost, ne samo v odnosu do svojih prebivalcev, temveč tudi navzven. Nasprotno pa se družba, ki vztrajno zatiska oči pred hudodelstvi, ki so se v preteklosti zgodila na njenem ozemlju, maje kot križarka med tajfunom. Majejo se njeni temelji, saj slonijo na gnilih, kvazi moralnih in etičnih vrednotah, ki se bodo slej ko prej podrli. Takšna družba brez sramu, se uničuje v medsebojnih spopadih različnih svetovnonazorskih polov. V takšni družbi sovražni govor ni na obrobju, ampak v ospredju javnega prostora. V takšni propadli družbi se nihče več ne posluša, ampak vpije eden mimo drugega drugega, ker misli, da ima prav zaradi svojih preteklih vprašljivih zaslug. V takšni družbi posamezniki težko prevzamejo krivdo v etičnem smislu in so nezmožni, da se opravičijo žrvam. Običajni ljudje lahko le sanjajo o kakršnemkoli učinkovitem uveljavljanju odgovornosti posameznikov

za sprevržena dejanja. Sram, krivda in človekovo dostojanstvo v takšni družbi ne pomenijo nič.

Če smo na začetku omenili, da sta vsem tranzicijskim družbam skupna odsotnost občutka sramu in krivde, pa lahko vendarle ugotovimo, da nekaterim evropskim, ameriškim in afriškimi družbam počasi le uspeva, s pomočjo občutkov sramu in krivde, opredeliti svoje razmerje do hudodelstev v preteklosti. Preostale družbe pa se takšnim občutkom izogibajo kot hudič križa in tako skrivajo kraje storjenih hudodelstev, zapirajo vrata rudnikov in jam, in se kolektivno skrivajo v miselnih mišjih luknjah v utopiji, da jih nekega dne, pretekla hudodelstva, ne bodo ponovno razdelila. V naslednjem pododdelku obravnavamo pomen svobode izražanja za uresničevanje pravičnosti v slovenski družbi.

Tranzicijska pravičnost je predpogoj za prehod iz nedemokratskega v demokratični sistem. Tranzicijska pravičnost pogojuje uspešen prehod v demokratični režim z obravnavo hudodelstev, storjenih v totalitarnem režimu. Iskanje normativnih odgovorov na totalitaristična hudodelstva lahko prispeva k sestavljanju mozaika družbene zavesti ter moralne in pravne odgovornosti, da se hudodelstva zoper človečnost ne bodo nikoli več ponovila tako v Rusiji, na Poljskem, v Španiji ter na Slovenskem kot kjer koli po svetu, kar naj prispeva h graditvi dostojanstvene slovenske države. V enem od korakov pri iskanju katarze je Evropsko sodišče za človekove pravice v ponedeljek 16. aprila 2012 podalo zgodovinsko odločitev v zadevi *Janowiec in drugi proti Rusiji*.³⁸ Odločitev je pomembna ne samo za poljsko družbo in sorodnike žrtev hudodelstev zoper človečnost v Katinu, ampak za vse evropske družbe, ki še niso in ne želijo zapreti temnih poglavij hudodelstev zoper človečnost svoje polpretekle zgodovine. Sodišče je zapisalo, da *»soglašča, da množični poboj poljskih vojnih ujetnikov izpolnjuje značilnosti vojnega hudodelstva. Tako haaška konvencija št. 4 iz 1907 in ženevska konvencija iz leta 1929 prepovedujeta nečloveško ravnanje z vojnimi ujetniki, zato lahko poboj vojnih ujetnikov označimo kot vojno hudodelstvo v smislu 6 (b). členu nürnberške listine iz leta 1945. Čeprav Sovjetska zveza ni bila država pogodbenica haaške in ženevske konvencije, sta obveznost do človeškega ravnanja z vojnimi ujetniki*

³⁸ *Janowiec in drugi proti Rusiji* (št. 55508/07 in 29520/09), www.echr.coe.int (zadnjič obiskano 10. oktobra 2012).

*in prepoved njihovega pobijanja izhajala iz mednarodnega običajnega prava, zato jo je bilo treba spoštovati».*³⁹

Pritožniki so bili sorodniki dvanajstih žrtev hudodelstev zoper človečnost v Katinu. V pritožbi so uveljavljali neučinkovitost ruskega preiskovanja hudodelstev zoper človečnost v Katinu, pri čemer so se sklicevali na 2. člen (pravica do življenja) in 3. člen (prepoved mučenja, nečloveškega in ponižujočega ravnanja) Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP), saj je rusko sodišče 21. septembra 2004 ustavilo preiskavo pobojev v Katinu. Evropsko sodišče za človekove pravice je najprej odločilo, da je Rusija kršila obveznost iz 38. člena EKČP, ki države pogodbenice obvezuje, da sodelujejo s sodiščem, saj mu ni predložila sklepa o zavrnitvi predloga za preiskavo pobojev.

Sodišče je v zadevi *Janowiec in drugi proti Rusiji* presodilo, da ruske oblasti niso storile ničesar, da bi pojasnile, kje so pobite žrtve medvojnih pobojev (163. odstavek). Sodišče je v 163. odstavku zapisalo, da je *»obseg državne obveznosti na podlagi 3. člena bistveno širši od golega priznanja smrti. Kljub temu, da država ni pravno odgovorna za smrt ali izginotja, jo 3. člen zavezuje, da sorodnike umrlih ali izginulih obravnava sočutno in spoštljivo ter jim pomaga pri pridobivanju podatkov»*. Sodišče je nato storilo še korak dlje, ko je zapisalo, da *»lahko molk državnih organov ob stiski sorodnikov opredelimo kot nečloveško ravnanje«* ter *»da je odbor Združenih narodov že večkrat ugotovil kršitev 7. člena Mednarodnega pakta o državljanskih in političnih pravicah zaradi psihološkega trpljenja družin, ki niso vedele, kako so umrli njihovi sorodniki in kje so pokopani»*.⁴⁰ Sodišče je zato menilo, da enake obveznosti izhajajo tudi iz 3. člena EKČP.

Sodišče je tudi ugotovilo, da so se sorodniki žrtev v komunističnem sistemu soočali s poleni, ki so jim jih pod noge metale sovjetske in ruske oblasti. Tudi po letu 1990 so bili pritožniki soočeni z uradnim zanikanjem in brezbržnostjo ruskih državnih organov (164. odstavek). Še več, sodišče je poudarilo, da sorodniki *»niso imeli dostopa do dokumentacije. /.../ Sodne ugotovitve niso bile le protislovne in dvoumne, ampak tudi v nasprotju z zgodovinskimi dejstvi, ki so bila uradno potrjena na najvišji politični ravni. /.../ Ruske oblasti niso pojasnile dogodkov povezanih s*

³⁹ Prav tam, 140. odstavek.

⁴⁰ Prav tam, 163. odstavek.

smrtjo njihovih sorodnikov ter niso nikoli resneje poskusile odkriti njihovih grobišč« (164. odstavek).

Sodišče je tudi potrdilo, da je »zanikanje hudodelstev zoper človečnost /.../ v nasprotju s temeljnimi vrednotami EKČP in demokracije, kot sta pravičnost in mir, pri čemer enako velja tudi za izjave, ki upravičujejo vojna hudodelstva. /.../ S priznanjem, da so bili sorodniki pritožnikov zaporniki v sovjetskih taboriščih, ter ob istočasnem zatrjevanju, da njihova nadaljnja usoda ne more biti pojasnjena, so ruska sodišča zanikala resničnost zunajsodnih pobojev, ki so bili izvedeni v katinskem gozdu in na drugih lokacijah množičnih pobojev«. ⁴¹ Sodišče se je tako močno oddaljilo od stališča ruskih sodišč, ki ga je označilo kot »v nasprotju s temeljnimi vrednotami konvencije, saj je poglobilo trpljenje pritožnikov«. ⁴² Ob koncu pa je zaključilo, da so pritožniki »nosili največje breme prizadevanj pri iskanju pobitih sorodnikov, pri čemer so ruske oblasti pokazale nespoštovanje do njihovega trpljenja«. ⁴³ Zato je po mnenju sedemčlanskega senata ravnanje ruskih oblasti preseglo »minimalno raven resnosti in surovosti trpljenja, zaradi česar ga lahko označimo kot nečloveško ravnanje v smislu 3. člena EKČP«. ⁴⁴

Odločitev Evropskega sodišča za človekove pravice je zgodovinska, ne samo za poljski odnos do medvojnih in povojnih pobojev, saj vzporednice med nekdanjimi totalitarnimi režimi ni težko potegniti. Odločitev je pomembna tudi za slovensko družbo in njeno filozofsko-etično podstat, saj nekaj tisoč Slovencev in drugih posameznikov še vedno ne ve, kje so pokopani njihovi sorodniki in kako so bili pokončani. Razen nekaterih pogumnih posameznikov, ki so pred leti začeli odkrivati množična medvojna in povojna grobišča, je bilo storjeno malo.

Uveljavljanje kakršnekoli kazenskopravne odgovornosti za medvojne in povojne poboje španskega, slovenskega in drugega civilnega prebivalstva je danes morda *prima facie* utopično, vendar prav spoštovanje do mrtvih na vseh straneh in sorodnikov zunajsodnih pobojev obvezuje, da raziščemo deželo mrtvih in vsaki kosti dodamo tudi ime in priimek. Si res želimo živeti v deželi, kjer še vedno v zaprtih rudniških jaških in jamah samevajo okostja deset tisočih žrtev zunajsodnih povojnih pobojev?

⁴¹ Prav tam, 165. odstavek.

⁴² Prav tam.

⁴³ Prav tam, 166. odstavek.

⁴⁴ Prav tam.

Zadeva *Janowiec in drugi proti Rusiji* jasno sporoča, da EKČP zavezuje države, naj preiščejo, kako in kje so bile pobite žrtve zunajsodnih pobjev. Molk državnih organov o zunajsodnih pobjih civilnega prebivalstva je nečloveško ravnanje, ki ga prepovedujejo temeljna načela sodobne in demokratične družbe.

Veliko osnovnih pomanjkljivosti pri uveljavljanju pravice v srednje-evropskih pravnih redih je povezanih s pravno naravo normativnih okvirov pri uveljavljanju pravne odgovornosti za hudodelstva. Na Slovenskem osnovni problem predstavlja pomanjkanje znanja in nerazumevanje med politiki, državnimi uradniki in pravnimi strokovnjaki, pri čemer primanjkuje predvsem znanje o tem, kako pravno obravnavati hudodelstva zoper človečnost iz preteklosti. Odgovornost za vojna in povojna hudodelstva na Slovenskem ali kjerkoli drugod se ne sme presojati na podlagi strani, za katero se je domnevni storilec bojeval. Šele ko bo slovenski pravni red sprejel moralno stališče, da se morajo vse žrtve obravnavati enakopravno, bomo stopili na pravo pot pri iskanju odgovornosti za totalitaristična hudodelstva in za katarzo slovenske družbe. Več kot šeststo do zdaj najdenih množičnih grobišč priča, da je nekdanji totalitarni režim že arbitrarno presodil, da mu ni šlo za enako obravnavanje posameznikov pred zakonom. Iz odločitve Evropskega sodišča za človekove pravice v zadevi *Janowiec in drugi proti Rusiji* jasno izhaja, da je molk države pri preiskovanju in obravnavanju medvojnih in povojnih hudodelstev nečloveško ravnanje, zaradi česar ima država pozitivno obveznost, da poboje razišče ter poišče in kazensko preganja storilce.

3.2 Svoboda izražanja kot predpogoj za pravičnost

V slovenskem prostoru je že dolgo jasno, da se težko zedinimo glede česarkoli. Razdeljenost Slovenije na dve ali več Slovenij je že pregovorna in dologočasna. Srednosredinski prostor, ki je izšel iz protikomunističnega upora, težko verjame in zapaupa levičarskih svetovnonazorskim pogledu, ki nasprotno ne želi zaupati pomladni Sloveniji. Zakaj je tako? Kako preseči takšno nezaupanje?

Dialektično razdeljenost poznajo tudi iz drugih evropskih držav. Razdeljenost, denimo, španske družbe je morda še globlja kot razdeljenost

slovenske.⁴⁵ Obema družbama je skupnost to, da se ta razdeljenost vleče kot jara kača iz obeh državljanskih vojn.⁴⁶ Pomanjkanje medsebojnega sočutja, pravzaprav pomanjkanje besed, zaznamuje razdeljenost obeh svetovnonazorskih polov. V slovenski družbi ni soglasja o najosnovnejših zgodovinskih dejstvih, o tem, ali je komunistična partija izrabila narodnoosvobodilno gibanje za prevzem oblasti, ter celo tem, da je samostojna in neodvisna slovenska država nastala s plebiscitno odločitvijo slovenskega naroda? Če pa o tem temeljnih zadevah ne moremo najti soglasja, potem plane na dan vse tisto, kar po negativni plasti zanamuje zadnjih enaindvajset let slovenske države: neenakost, boj za partikularne interese in neodgovornost. Združevalni element slovenskega naroda je zagotovo bila plebiscitarna podpora samostojnemu in neodvisnemu narodu ter kasnejša razglasitev samostojnosti v juniju 1991. Enako nas je vse, mlade in stare, leve in desne, združila vojna za domovino, ki smo jo dobili združeni. Od zime 1990 in poletja 1991 pa na slednje zgodovinske trenutke pozabljamo, trenutni dijaki in študenti pozabljajo na zgodovinske trenutke združevanja, večino zgodb slišijo doma, ker jih zgodovinski učbeniki zanemarjajo, in jim namenjajo pozornost le v zadnjem mesecu pred maturo. Za dogodke, ki so nas pred dvajsetimi leti in več združevali, se zdi, da nas znova delijo oziroma določeni mnenjski voditelji in interesne koalicije želijo, da nas delijo in omalovažujejo. Če je tako, je vprašanje kaj nam še ostane? Ali res, da slovenskega naroda ne povezuje prav nič več, kot bi nas želeli nekateri prepričati?

Povezuje nas več, kot se morda opazi na prvi pogled. Povezuje naš prelepi slovenski jezik, kultura in navsezadnje zgodovina, s svojimi temačnimi poglavji. Povezuje nas tudi slovenski prostor, skozi celotno zgodovino odprt navzen, povezujejo nas naši rojaki na vseh koncih sveta, ki marsikdaj bolj ljubijo Slovenijo, kot doma živeti. Povezuje nas narava, njena raznolikost in bogastvo, prelepa jezera, morja, reke, vršaci in do-

⁴⁵ J. Casanova, *Morir, Matar, Sobrevivir: La Violencia en la Dictadura de Franco* (Crítica, 2004); P. Preston, *The Spanish Holocaust* (London 2012); J. Luis Ledesma, J. Rodrigo, »Caídos por España, mártires de la libertad: Víctimas y conmemoración de la Guerra Civil en la España post-bélica (1939–2006)«, *Ayer*, 63/2006.

⁴⁶ P. Preston, *The Crimes of Franco* (The 2005 Len Crome Memorial Lecture, delivered at the Imperial War Museum on 12 March 2005), <http://www.altafilms.com/las13rosas/descargas/FrancoCrimesCrome.pdf>, 2. Glejte tudi P. Aguilar, *Políticas de la memoria y memorias de la política: el caso español en perspectiva comparada* (Madrid 2008).

line. Povezujejo nas naši gozdovi, če tudi skrivajo marsikatero temačno zgodbo. Kar je še več, povezuje nas naša skupna prihodnost. Prihodnost naših otrok in vnukov, ki mora biti boljša kot sedanjost.

Združena Slovenija se morda komu zdi utopična ideja, vendar če pogledamo globlje, najdemo več, kar nas združuje, od tistega, kar nas ločuje. Samo pogledati je treba natančneje in stran od samooklicanih mnenjskih voditeljev. Tisti posamezniki, ki pa še vedno živijo na svojem svetovnonazorskem polu, se bodo morali civilizirano, strpno in dostojno pogovarjati s posamezniki z drugega svetovnonazorskega pola. Drugega nam pravzaprav ne preostane, če želimo živeti v združeni Sloveniji.

Čas je že, da nekaj začutimo za to našo Slovenijo in njeno stvar, ne samo za partikularne interese tega ali druge svetovnonazorskega pola. Samo tako bomo lahko ustvarili slovensko stvar, ki ne bo odvisna od partikularnih interesov. Šele medčloveško sočutje in spoštovanje lahko ustvari družbo, ki bo temeljila na osnovnih vrednotah, slovenskem javnem prostoru. Strokovnjaki pogosto navajajajo pomanjkanje pogovora kot razlog za razpad zasebnih in prijateljskih odnosov med posamezniki. Besede pa so enako in če ne še pomembnejše za ustvarjanje zrele in odrasle slovenske družbe.⁴⁷ Dokler bo med različnimi svetovnonazorskimi poli slovenske družbe primanjkovalo besed ali pa bodo še naprej šle neposlušane in nerazumljene v pozabo, lahko pričakujemo nadaljevanje zgodb, ki jih spremljamo v zadnjem tednu. Besede lahko pravilno uporabljajo in usmerjajo samo ljudje. Če so ljudje brezvoljni, ravnodušni ali celo sovražno nastrojeni zoper soljudi, potem se v družbi nekaj iskri na poti v propad, ter ne v neko boljšo prihodnost.

Šele z besedami se krešejo različna stališča, mnenja in pristopi. Šele s soočenjem različnih stališč in mnenj lahko družba postane strpna in dozori. Šele s soočenjem različnih mnenj odpadejo tista, ki jih ne utemeljujejo resnični in prepričljivi argumenti, temveč izmišljeni.⁴⁸ Zapiranje za štiri zidove in izključevanje drugih argumentov vodi samo tja, kjer smo ne tako dolgo nazaj že bili, v enoumje, kjer je pravilno in sprejemljivo

⁴⁷ J. Letnar Černič „Cesarjeva stara oblačila: svoboda medijev in umetniškega ustvarjanja na Slovenskem«, *Nova revija*, jan.-feb.-mar. 2008, letn. 27, št. 309/311, str. 360–389.

⁴⁸ M. Macovei, „Freedom of expression, A guide to the implementation of Article 10 of the European Convention on Human Rights«, *Human rights handbooks*, No. 2, Council of Europe, 2004.

samo eno stališče, en odgovor in ena perspektiva. Zato je čas, da damo priložnost besedam. Zato razpravljamo in pišimo, saj bomo preko napisanih in izgovorjenih besed prišli do zrele družbe, kjer nestrpna stališča ne bodo več pristala v njenem središču, temveč na njem obrobju, kot v razvitih demokracijah.⁴⁹ Priložnost, ki je dajemo besedam, pa bo le izkoriščena, če bomo skupaj zbrali pogum, in drug drugemu prisluhnilo oziroma se prebirali. Le tako bomo prišli do družbe, ki bo zgrajena na trdnih medčloveških odnosih. Če pa se odločimo nasprotno in besedam ne damo priložnosti, je prihodnost slovenske družbe več kot jasna. Pomanjkanje besed bo tako dokončno pogubilo slovensko družbo.

3.3 Pravična in svobodna družba

Slovenska stvar pomeni prizadevanje za pravično, širokosrčno, svobodno, pluralno, strpno in demokratično družbo, ki bi spodbujala ustvarjalnost, odprtost in samoinicativnost na vseh področjih življenja. Namesto tega se slovenska stvar izgublja v občutkih nezadovoljstva, negotovosti, brezizhodnosti in utopije.

Nezadovoljstvo. Nekaj zadnjih mednarodnih raziskav kaže na nezadovoljstvo prebivalstva s stanjem v slovenski državi. Iste raziskave sporočajo, da prebivalstvo ne pričakuje nič boljšega, le še kaj slabšega. Takšni izidi niso presenečenje, saj ljudje v zasebnih pogovorih že dolgo sporočajo enako, pri čemer nezadovoljstva ne želijo javno izražati, ampak se zatekajo v domačnost družinskega življenja.

Negotovost. Negotovost ni povezana le s prihodnostjo, saj sta v slovenskem prostoru negotovi tudi sedanost in preteklost. Pravzaprav nič ni z gotovostjo jasno, kar ustvarja negotovost o razvoju in preobrazbi slovenskega javnega prostora v svobodno demokratično družbo s tržnim gospodarstvom. Občutje negotovosti lahko presežemo le s soglasjem o najmanjšem skupnem imenovalcu na vseh področjih družbenega življenja.

Brezizhodnost. Brezizhodnost položaja pogloblja tudi pregovorna razdeljenost več Slovenij. Soglasja o temeljnih točkah slovenskega držav-

⁴⁹ M. Avbelj, J. Letnar Černič, »Slovenia«, v: L. M. Hammer (ur.), F. Emmert (ur.). *The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms in Central and Eastern Europe* (The Hague: Eleven International Publishing, cop. 2012), str. 527–556.

nega, duhovnega in družbenega razvoja ni. Iz slovenske danosti izhaja samo soglasje o ohranjanju *statusa quo*, nadaljevanju več Slovenij ter predvsem o enostavnem hlastanju po hitrem zaslužku iz javnofinančnih virov. Kar pa je morda najhujše, da se teh več Slovenij ne zna medsebojno pogovarjati. Vse skupaj morda ustvarja zunanji videz brezizhodnosti, a takšno prepričanje je preveč enostransko, saj je vsaj nekaj lastovk, ki naznanjajo možnost izhoda iz težkega položaja.

Utopija. Slovenski javni prostor preveva utopija, da so slabe razmere v slovenski družbi le nočne more ter da se bomo kmalu zbudili v lepšo prihodnost. Takšna pričakovanja so utopična, saj se razmere ne morejo spremeniti brez dejavnega in ustvarjalnega delovanja vsakogar. Nema-lokrat se pozablja, da je država le abstraktna forma, ki jo svojimi dejanji napolnjujemo ljudje. Država kot taka pa lahko izpuhti, če nikomur ni več mar zanjo. Utopija, da bo vse boljše brez dejavnega udejstvovanja za boljši jutri, je enako slepljiva, kot pretirano črnogledi pogledi v prihodnost.

Marca 2012 bi Jože Pučnik, če bi še živel, praznoval osemdeseti rojstni dan. Kalvarija njegovega življenja živo priča, bolje kot katerakoli druga, da mu je šlo za stvar – za slovensko stvar.⁵⁰ Zanj je tvegaj svoje življenje, preživel dolga leta v zaporu zaradi objavljenega članka o agrarni reformi ter verjetno tudi zaradi vsega skupaj mnogo prezgodaj končal življenjsko pot. Kako močno ga slovenski javni prostor pogrēša, je razvidno iz melanholičnosti, brezizhodnosti ter negotovosti slovenske družbe. Njegovo zavzemanje za slovensko stvar, svobodno in demokratično slovensko družbo, je v težkih časih lahko vodilo za naše vsakdanje življenje. Vsakdo se lahko v svojem vsakdanjem življenju bori za slovensko stvar.

Slovenski javni prostor lahko postane zrejši le v strpnem dialogu, kjer se krešejo in poslušajo različna mnenja in stališča. Vnaprejšnje izkjučevanje ene ali več Slovenij vodi nazaj v totalitarizme. Napačno bi bilo pričakovati, da nam bo država prinesla vse sama, saj jo oblikujemo predvsem njeni ljudje. Če se za slovensko stvar ne bomo potrudili in bomo še naprej skrbeli le za zasebne interese, potem država ne bo dokončno propadla čez nekaj let, ampak je že. Ključno vprašanje je, ali imamo pogum, da se končno odločimo za slovensko stvar in se zanjo

⁵⁰ J. Pučnik, *Izbrano delo* (Ljubljana 2003).

tudi dnevno trudimo. V naslednjem pododdelku obravnavamo pravičnost v slovenski družbi.

3.4 Čakajoč na pravičnost v slovenski družbi

Ko se neka družba znajde v kriznih razmerah in pred ključnimi odločitvami, je odločilno vprašanje, ali njene različne interesne skupine soglašajo o poti iz prepada. Če je soglasje težko doseči in vsak vleče na svojo stran, je iz prepada težko izplezati oziroma lahko družba ostane tam za vselej ujeta.

Kritični trenutek je tisti, ki tlakuje prihodnost vsakokratne družbe. Najtežje je priti do spoznanja, da je posamezna družba dosegla prelomnico, ko bo odločeno, ali bo strmoglavila v prepad ali pa se bo uspešno izognila vsem preprekam. O ključnih kritičnih trenutkih za neko družbo je seveda najlažje pisati iz zgodovinske oddaljenosti, za vnaprej pa jih vselej težko napovedati. V polpretekli slovenski zgodovini lahko, denimo, slovensko osamosvojitve označimo kot ključni trenutek, ko sta različna pola presešla zgodovinsko razdeljenost, se zedinili in se odločili za skupno pot. Ne kdaj prej, ne kdaj kasneje, nista različna svetovnonazorska pola našla soglasja o temeljnih stebrih za razvoj slovenskega javnega prostora. Do takšnega soglasja pa ni mogoče priti z lepimi besedami, izrečenimi na kakšni tiskovni konferenci. Besede ne zadoščajo več, potrebna so dejanja predstavnikov vseh svetovnonazorskih polov, da se bomo lahko izvlekli iz kritičnih razmer, ki ogrožajo našo prihodnost in življenje v samostojni in neodvisni državi. Gre za nič drugega kot za ponovno plebiscitarno odločanje o temeljnih izhodiščih za razvoj naše države. Odločanje, ki bo verjetno še bolj odločilno, kot je bilo tisto pred skoraj dvaindvajsetimi leti.

Vendar trenutno samo soglasje o nesoglasju. Še več, različna svetovnonazorska pola ne soglašata niti o gospodarskih kazalnikih in ocenah bonitetnih hiš, ki so same po sebi že dovolj nazorne. Kljub slabim, vendar ne breizhodnim gospodarskim razmeram, soglasja še ni na obzorju. Zato se lahko vsi skupaj vprašajmo, kaj moramo storiti, da bi soglasje o temeljnih ciljih vendarle našli? Iz tragičnih izkušenj sorodnih narodov se lahko naučimo, da se narod zedini šele v času najhujših naravnih katastrof, kot so potresi, poplave in podobne nesreče, ki upajmo, ne bodo

nikoli več obiskale naše dežele. V takšnih kritičnih trenutkih različni svetovnonazorski poli praviloma stopijo skupaj, saj so vrednote sočutja, solidarnosti in reševanja človeških življenj pomembnejše od vsakodnevne razdeljenosti. Apokaliptične razmere pa nikakor ne morejo biti rešitev za izhod iz krize v slovenski družbi. Najdejo se lahko različni drugi načini. Res je, da soglasja ni mogoče doseči na vseh družbenih področjih, še zlasti na vrednostnem in moralno-etičnem, kjer so nesoglasja trenutno pregloboka.⁵¹ Vsaj na gospodarskem področju pa bi ga le lahko dosegli. Tudi zunanji opazovalci lahko hitro spoznajo, da v slovenskem prostoru ni harmonije med različnimi skupinami. Še natančnejši opazovalci zagovarjajo tezo, da Slovincem manjka zavest o skupni identiteti, zgodovini in navsezadnje prihodnosti.

Nekatere interesne koalicije načrtno delujejo zoper cilje, kjer bi lahko našli soglasje, saj jim gre za lastne partikularne interese.⁵² Kam nas lahko pripelje nesoglasje o temeljnih razvojnih ciljih, pričajo zgodbe držav podsaharske Afrike. Te države zaznamujejo sistematične kršitve človekovih pravic, slabo upravljanje javnih zadev in neučinkovito delovanje institucij pravne države. Nesoglasje povzroča še hujše posledice, ki dolgoročno uničujejo človeško podplast slovenske družbe. Nikomur ni mar, da se vse več mladih izobraženih Slovencev seli v tujino in tam išče priložnosti. Večina je tega celo vesela, saj je tako doma ostaja vse manj posameznikov, ki zagovarjajo konkurenco in kritično ocenjujejo tiste posameznike, ki so delovna mesta pridobili s pomočjo sorodstvenih ali prijateljskih vezi. Slovenski narod tako spet postaja narodov emigrantov. Podobno, kot so naši pradedi in prababice pred stoletjem zapuščali domovino s trebuchom za kruhom in kot so zaradi totalitarnega preganjanja odhajali ljudje po drugi svetovni vojni. Dandanes razmere niso nič drugačne. Kar je najhujše, v tujino odhajajo tisti, ki so najbolj ambiciozni in so pripravljeni nekaj tudi tvegati. Slovenski javni prostor tako zastruplja podoben sindrom, kot ostale južnoevropske države. Človeški dejavnik je toliko bolj pomemben, ker je od ljudi, ne od računalnikov, odvisno učinkovito delovanje demokratičnih institucij pravne države in zaupanje

⁵¹ L. Šturm, *Omejitev oblasti: ustavna izhodišča javnega prava* (Ljubljana, 1999).

⁵² L. Šturm, »Svobodna demokratična družba, demokratična pravna država in civilna družba: ustavnopravna in sociološka analiza treh ključnih pojmovnih sintagem«, *Dignitas (Ljubl.)*, 1999, št. 1, str. 52–59.

vanje.⁵³ Samo ljudje lahko izboljšamo delovanje temeljnih institucij in uresničujemo temeljna ustavna načela v svojem vsakdanjem življenju.

Čakanje na soglasje v slovenskem javnem prostoru je morda kot Vladimirjevo in Estragonovo čakanje na Godota, ki ni nikoli prišel. Če nas zgodovina zadnjih dvajset in nekaj let kaj uči, je to, da soglasje ne bo prišlo samo od sebe, ampak ga bo potrebno izboriti. Morda so spet potrebni drzni posamezniki, da bodo trmasto zagovarjali stališče o temeljnih vrednotah, podobno kot leta 1990.⁵⁴ Do soglasja je mogoče priti samo s trezno, in ne s čezmerno pesimistično ali optimistično oceno danih razmer. Sama ocena bo dovolj zastrašujoča, da soglasje ne bi smelo izostatati.⁵⁵ Vrata, da se izognemo prepadu, so še vedno priprta, zato soglasja, vsaj o temeljnih smernicah gospodarskega razvoja, ne bi bilo nemogoče doseči. Prihodnji meseci bodo pokazali, ali je že prišel čas za soglasje ali pa ga nikoli več ne bomo mogli doseči.

4. Namesto zaključka: pravičnost, pravo in pravniki

Pričujoči prispevek je obravnaval razmerje med pravičnostjo in pravom v slovenski družbi, pri čemer je analiziral tri normativne in sociološke primere, ki kažejo na navzkrižje med formalno in vsebinsko pravičnostjo. Pri uresničevanju igrajo pomembno vlogo pravo in pravniki. Pravo in pravniški poklic sta od začetkov človeške civilizacije notranje povezana z delovanjem državnega oblastvenega aparata. Pravo in pravnike so v preteklosti pogosto zlorabljali za opravičevanje hudodelstev in drugih moralno sprevrženih dejanj oblasti, ki niso imela in nimajo nič skupnega z delovanjem pravne države in spoštovanjem temeljnih pravic. Pravo je področje družbenega življenja, ki je najprej tarča nadzora in sprememb vsakokratnih novih oblastnikov, ki javnosti pogosto razlagajo pravna pravila v nasprotju z njihovim pomenom. Poglavitni namen uporabljanja prava je iskati drugje, predvsem v smeri upravljanja v javno korist in dobrobit celotne družbe.

⁵³ J. Letnar Černič, »Od izvorov človekovih pravic k njihovem uresničevanju«, *Phainomena*, št. 76–77–78/2011, str. 279–291.

⁵⁴ J. Letnar Černič, »Vizija slovenske prihodnosti«, *Dignitas (Ljublj.)*, 2011, [Št.] 51/52, str. 102–104.

⁵⁵ J. Letnar Černič, "Slovenija 2025", *Ampak (Ljublj.)*, jan/feb. 2010, letn. 11, št. 1/2, str. 10–12.

V preteklosti se je pomen prava v slovenski kot tudi drugih družbah res v marsičem izrodil zaradi njegove uporabe pri opravičevanju nepravičnega, arbitrarnega in nemoralnega delovanja oblasti. Z drugimi besedami, pravo je postalo nepravo, čeprav se je formalnopravno kazalo kot pravo. Pravniki deluje v javnem interesu, če si prizadeva uporabljati pravo v skladu z njegovim namenom, pri čemer se mora pri uporabi pravnih pravil izogibati omejevanju načel pravne države in spoštovanju človekovih pravic. Pravo vsekakor ni le skupek pravil, ki urejajo družbena razmerja, ampak smo pravo predvsem ljudje, ki ga vsakodnevno uporabljamo.

Dolžnost pravnika je, da deluje v javnem interesu in uporablja pravo na način, da predstavlja svoje teze in pravne argumente skladno s temeljnimi načeli pravne države in spoštovanja temeljnih človekovih pravic. Slednja načela so primarno naravna, moralna in religiozna ter so šele kasneje postala pravna. Pravniki, ki uporabljajo pravo, ki ne sledi tem temeljnim načelom, postane samo apologetično sredstvo svojega delovanja, saj tako ne uporablja več prava, temveč »nepravo«, ki je lastnim interesom prirojena različica prava, ki pa ga navzven predstavlja kot pravo.

Naloga pravnika ni samo slepo zaupati in slediti črki zakona ali sodne odločitve, ampak ima precej večjo odgovornost. Pravniki mora vsakokratno sodno odločbo, zakon ali mednarodni sporazum kritično ovrednotiti in oceniti, če izpolnjuje minimalne pogoje, ki jih sporočata načelo pravne države in spoštovanje temeljnih človekovih pravic. V sodobni družbi se dvomi v pravno udejstvovanje pravnih strokovnjakov, ki so v preteklosti zagovarjali in morebiti še vedno zagovarjajo uporabljanje in razlaganje pravnih pravil v korist interesov vsakokratne interesne koalicije. Realnost sodobnih družb nam sporoča, da se nekatere razlage in uporabe prava še vedno dopuščajo, kljub temu da so v nasprotju s temelji jedra prava, ki naj bi delovalo v javno korist. Takšni pristopi zamegljujejo sicer jasne poti demokratičnih družb v prihodnost.

Pravo in biti pravniki je bilo in je še dandanes vse prevečkrat povezano s hitrimi zasluškami. Sprejemljiva je le takšna pravniška drža, ki sledi načelom pravne države, spoštovanju temeljnih človekovih pravic in svobostim in istočasno dopušča pluralnost javnega prostora. Pravo, pravniki in pravna znanost niso nekaj, kar bi lahko bilo prepuščeno zlorabi vsakokratne oblasti, takšnih in drugačnih, levih in desnih, trenutnih in

bivših politikov. Zamegljevanje in opravičevanje političnih zablod s pravom lahko vodi demokratične družbe v propad.

SPOŠTOVANJE PRAVA IN SPOŠTOVANJE AVTORITETE SODSTVA

Erik Kerševan

I. Uvod

V sedanjem času praktično ne poznamo sodobne demokratične države, ki ne bi med temelji svojega ustavnega sistema, pa tudi med temeljnimi vidiki legitimiranja državne oblasti, vključevala načela pravne države oziroma vladavine prava. Tudi v Republiki Sloveniji temeljni pravni opredelitvi, da je Slovenija demokratična republika, takoj sledi opredelitev Slovenije kot pravne (in socialne) države.¹ Na deklarativni ravni je torej tudi v našem prostoru povsem nesporno priznано isto načelo, lahko rečemo celo paradigma, kot tudi v vseh ustavnih ureditvah evropskih držav. Ne med nosilci oblasti, ne med strokovnimi in drugimi javnostmi obstoj in veljavnost tega načela nista bila nikoli problematizirana, še več, v splošni retoriki je to postal cilj sam po sebi oziroma se uporablja kot jezikovna figura kritičnega vrednotenja političnega, socialnega ali celo ekonomskega dogajanja: »Slovenija je/ni pravna država ...« Po drugi strani pa se pogosto pojavi za naš prostor relativno specifično razumevanje spoštovanja prava: ustavo, zakone, meddržavne pogodbe, predpise Evropske unije je treba nedvomno spoštovati, odločitve sodišč, upravnih organov in drugih izvrševalcev prava pa so problematizirane ne samo z vidika njihove pravilnosti, temveč tudi z vidika njihove veljavnosti.²

Na tem mestu se torej zastavi vprašanje, kako razumeti spoštovanje prava – ali celo redefinirati to razumevanje – preko spoštovanja avtoritete izvrševalcev prava, kar bo tudi osrednje vprašanje predložene razpra-

¹ Člena 1 in 2 Ustave Republike Slovenije.

² Kot primer v strokovni reviji objavljenega stališča, glej npr. I. Kristan, »Nauk iz ankaranske zgodbe: spoštovati načelo delitve oblasti«, *Pravna praksa*, 2011/7, str. 9.

ve. Pri tem se torej postavi izziv, kako v sodobni pravni državi razumeti vlogo sodstva kot tiste veje oblasti, ki deluje prav s pravom in na podlagi prava, ki ji torej že načelno pripada vloga zagotavljanja pravnosti in vladavine prava in kako preko sprejemanja in krepitve te vloge krepiti tudi legitimnost celotnega sistema državne oblasti in njenih institucij – seveda ob ohranjanju tako dojemanja oblasti kot zmotljive kot tudi ob sprejemanju njene demokratične odgovornosti v delih, ki so temu sistemsko ustrezni. Ta izziv je treba obravnavati z dveh medsebojno povezanih vidikov: iz obravnavanja razmerja med sodstvom in drugimi nosilci oblasti v zvezi z vprašanjem vzpostavljanja avtoritete sodstva kot tudi iz vprašanja načina ohranjanja avtoritete sodstva z vidika notranjih razmerij sodnega sistema. Na ta način bodo obravnavana določena vprašanja, ki bodo morda lahko služila kot podlaga za nadaljnjo razpravo, razmislek ali pa (tudi) kot podlaga za spremembo delovanja samih nosilcev oblasti.

2. Nekaj misli o vlogi sodišč v sodobni državi

Sodišča so v sodobni državni ureditvi tiste institucije, katerih vloga je sprejemanje najpomembnejših pravnih odločitev v konkretnih primerih. Sodišča se s svojim zasledovanjem pravnega postavljajo v bistveno drugačen položaj v primerjavi s tistimi institucijami, ki na podlagi demokratičnega mandata izvršujejo zakonodajno in izvršilno oblast in katerih naloga je zagotavljanje javnega interesa. Temelj izvrševanja sodne oblasti namreč ni v njeni demokratični odgovornosti pri zagotavljanju uresničevanja politik na določenih področjih. Njen temelj je v zaupanju, da bodo svojo funkcijo uresničevala strokovno, neodvisno in pravično.³ Tako je vselej strokovno občutljivo vprašanje, v kakšni meri se lahko tudi odgovornost sodstva uveljavlja prek klasičnih demokratičnih mehanizmov – npr. prek periodičnih imenovanj sodnikov z omejenim mandatom, ki bi bili za nepopularno odločanje lahko kaznovani v postopku novega imenovanja ali celo na neposrednih volitvah, kar bi seveda že vnaprej drugače definiralo standarde njihovega dela, ali prek odpoklica sodnikov s strani parlamenta v primeru, če bi ta – neomejen

³ O pravičnosti kot sredstvu za legitimacijo glej E. Carolan, *The New Separation of Powers: A Theory for The Modern State* (New York: Oxford University Press, 2009), str. 79 in nasl.

v svoji politični presoji – odločil, da svoje funkcije ne izvajajo ustrezno. Odločanje sodišč se torej po svojem cilju in vsebini odmika od političnega in je zato tudi v sistemu demokratične oblasti utemeljeno na drugačni legitimaciji in drugačni obliki odgovornosti. Pri tem se (lahko) izhaja (tudi) iz načela vladavine prava: pravo je tista najvišja oblast, na kateri temelji sodobna država («For as in absolute governments the King is law, so in free countries the law ought to be King; and there ought to be no other.»).⁴ Vladavina prava je tako temeljni organizacijski in funkcionalni princip vsake sodobne državne ureditve, ki ji daje tudi legitimnost njenega delovanja.⁵ Pravo nudi podlago za javno oblast, za razmerja med posamezniki, za uresničevanje javnega interesa ter za zaščito avtonomije posameznikove svobodne volje. Mogoče je postaviti trditev, da je ena od temeljnih razlik med sodobno državo in različnimi režimi preteklega stoletja prav v uveljavljanju vladavine prava. Vladavina prava tako pomeni načelo,⁶ da so vse pravne odločitve izdane na podlagi sprejetih pravil, ki so vsem poznana in ki se objektivno in konsistentno uporabljajo.⁷ Pri vladavini prava torej ne gre zgolj za obstoj abstraktnih pravnih pravil in za njihovo formalno in vsebinsko kvaliteto, pri vladavini prava je pomemben tudi (ali celo predvsem) vidik uporabe teh pravnih pravil. Pri slednjem pa je ključna vloga sodne veje oblasti, saj je prav ta tista, ki zagotavlja objektivno in konsistentno uporabo prava, še več, na tej podlagi se vzpostavlja vloga sodstva kot omejevalca drugih vej oblasti, tudi v okviru demokratične pravne ureditve.

Zgodovinske izkušnje, ne le teoretske domneve, so pokazale, da je neučinkovito, celo naivno zagotavljanje vladavine prava v celoti zaupati političnim nosilcem oblasti, če naj le-ta deluje tudi kot omejevanje

⁴ Več v Paine, T., *Common Sense*, ur. Isaac Kramnick, (New York: Penguin Books, 1986).

⁵ Glej K. Hesse, *Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. izdaja, (Heidelberg: Mueller, 1995), str. 85.

⁶ Vladavina prava (Rule of Law) in pravna država (Rechtsstaat) se v sodobni pravni teoriji sprejemata brez bistvenih razločkov. O temeljnih značilnostih sodobnega razumevanja vladavine prava glej M. Pavčnik, Narava pravne države in njene prvine, v: Pavčnik M. (ur.). *Pravna država* (Ljubljana: GV Založba, 2009), str. 29 in nasl.

⁷ »This is the principle that all legal decisions are taken according to an accepted set of rules that are known to everyone and are objectively and consistently applied«, zapisano še danes kot izhodišče za delovanje Supreme Court of the United Kingdom, glej npr. The Supreme Court Annual Report 2010–2011, Stationary Office, London.

oblasti. Ob združevanju izvršne in zakonodajne veje oblasti v skupaj delujočo politično celoto znotraj parlamentarne demokracije je tudi malo verjetno, da bi lahko zgolj njuno medsebojno uravnoteženje lahko privedlo do zaželenega cilja. Zato se je zagotavljanje vladavine prava od tradicionalnih, pa do sodobnih pravnih ureditev položilo v roke tretji veji oblasti, sodstvu,⁸ ki ga opredeljujejo druge značilnosti kot politične veje oblasti. Ta rešitev je privedla do položaja, ko je sodstvo, ki nima za seboj ne splošne demokratične legitimacije, javnomnenjske ali popularne podpore in ne klasičnih mehanizmov moči v smislu obvladovanja fizične ali finančne (pri)sile, postalo temeljni garant vladavine prava ob omejevanju drugih vej oblasti. Odločilno je, da sodišča delujejo kot najvišji varuhi ustavnosti in zakonitosti in da se jim ta avtoriteta prizna kot nesporna prav v vsakem sistemu, ki temelji na vladavini prava.⁹

Uporaba prava, torej prenos predhodno postavljenih pravnih pravil v resničnost, je torej sestavni del zagotavljanja vladavine prava. Sodna, pa tudi izvršna veja oblasti, sta s tem pristojni za konkretizacijo prava, za njegov prenos v resničnost, v realno življenje in okolje. Za vsako uporabo prava pa je potrebna njegova razlaga.¹⁰ Vsebina pravne norme je tako spoznana in tudi določena šele preko pristojnega oziroma pooblaščenega razlagalca, saj drugega načina za pravno opredelitev njene vsebine ne poznamo. O pomenu določene zapisane pravne norme so lahko seveda mnenja različna, vendar pa je upošteveno le mnenje tistega, ki je v pravnem sistemu pooblaščen za uporabo te norme: kakšna

⁸ »Načelo pravne države je tako okvir za delovanje sodstva, hkrati pa je ustrezno delovanje sodstva pogoj za obstoj, delovanje in razvoj pravne države«, tako F. Testen, »Sodstvo in pravna država«, v: Pavčnik, M. (ur.). *Pravna država* (Ljubljana: GV Založba, 2009), str. 169.

⁹ Povsem drugačno ureditev je poznala nekdanja Socialistična federativna republika Jugoslavija, ki je temeljila na elementih ljudske demokracije, kamor poleg ljudske suverenosti (»to je demokracija za delovno ljudstvo, ni pa demokracija za ostanke kapitalizma in za tiste, ki rovarijo zoper novo ljudsko oblast«) sodi tudi enotnost oblasti; tako Kristan I., »Načela ustave FLRJ«, v: Strobl, M., Kristan, I., Ribičič, C., *Ustavno pravo SFR Jugoslavije* (Ljubljana: ČZ Uradni list SRS, 1986), str. 52. in nasl., ter Kristan: »Razvoj socialistične demokracije do sprejema ustave iz leta 1974«, op. cit., str. 84 in nasl. Vsebinsko enaki poudarki avtorja tudi v nekaterih delih danes, glej npr. Kristan: »Nauk iz ankaranske zgodbe: spoštovati načelo delitve oblasti«, *Pravna praksa*, 2011/7, str. 9.

¹⁰ O razlikovanju med določnostjo pravnih norm in potrebo po njihovi razlagi zelo jasno Pavčnik: »Pravna pravila, pa naj bodo še tako dognano in izklesano zapisana, so šele sad razumevanja zakona«, glej Pavčnik, »Narava pravne države in njene prvine« v: *Pravna država* (Ljubljana: GV Založba, 2009), str. 42. in nasl.

je vsebina ustavnega načela demokratičnosti je odvisno od Ustavnega sodišča, ki to načelo uporabi kot temelj svoje presoje v določeni zadevi, kakšen je pomen pravnega pojma »razžalitev« iz Kazenskega zakonika je odvisno od sodnika, ki bo o določeni kazenski zadevi odločil, kakšen je pomen pojma »neprekinjeno bivanje« je odvisno od uradnika, ki bo odločal o presoji pogojev za podelitev državljanstva, itd. Samo tisti, ki je kot instančni ali nadzorstveni organ pristojen za drugačno uporabo iste pravne norme, ji bo lahko dal drugačno vsebino – če tak organ v pravnem sistemu sploh obstaja, kar bo posebej obravnavano kot pomemben vidik v nadaljevanju te razprave. To velja za vse pravne norme, tudi morda najbolj jasne in podrobne med njimi – razlikuje se le obseg presoje, ki je v posameznem primeru glede na preciznost in podrobnost norme prepuščen tistemu, ki v zadevi dokončno odloči. Prav zaradi te moči sta izvršna in sodna veja oblasti lahko opredeljeni kot »oblast« v pravem pomenu besede.¹¹ Ker je tudi na področju upravnih zadev končna presoja pomena pravnih norm praviloma prepuščena sodišču, navedeno poudarja pravotvornost prav sodne veje oblasti: *pravo je tisto, kar sodišča pravijo, da je*.¹² V sodobni pravni državi je torej sodstvo prevzelo sistemsko vlogo končnega razsodnika o pomenu prava, ki jo mora vselej nekdo prevzeti, da lahko sistem sploh deluje;¹³ s tem se je v okviru vladavine prava vzpostavilo novo ravnovesje moči ter s tem povezanih zavor in ravnovesij med nosilci oblasti.¹⁴ Temelj tovrstne sodne oblasti je

¹¹ To seveda ne pomeni, da so sodišča nezmotljiva in da zaradi tega ne bi mogla biti podvržena kritični javni in strokovni presoji. Seveda pa kritika ne zmanjšuje dejstva, da lahko ta ali oni strokovnjak sicer (tudi popolnoma prepričan) meni, da se je sodišče zmotilo, a odločitev sodišča ostaja v veljavi, prav tako pa tudi pomen uporabe prava.

¹² Tako predsednik Vrhovnega sodišča ZDA Marshall v zgodovinski odločitvi *Marbury v. Madison*, ki je vzpostavila temelje ustavnosodne presoje v sodobnih demokracijah: »*It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule.*«. Glej William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States, Supreme Court of the United States, 5 U.S. 137 February, 1803 Term. Tako tudi eden vodilnih teoretikov Hart, H. L. A., *The Concept of Law* (2nd edn), Clarendon Press, Oxford 1997.

¹³ Naloga ustavnega sodišča je, da zavezujoče interpretira ustavo, tako za stranke kot tudi za druge državne organe. S tem pa ustavno sodišče kljub svojemu pooblastilu ni nad ustavo samo, zato je prav vprašanje načina in postopka razlage ustave ključnega pomena. Glej Hesse, op. cit., str. 20–21.

¹⁴ »Sistem zavor in ravnovesij je ohromljen, če se drugi dve veji oblasti ne podrejata odločitvam sodstva, ki ju zadevajo, ali če sodstvo sploh nima tolikšne podpore in moči, da se njegove

lahko seveda tudi problematiziran z očitkom, da sodišče ne sme ustvarjati prava, saj mu za to manjka demokratične legitimacije.¹⁵ Vendar pa demokratična legitimacija zakonodajalca tudi v sodobnih demokracijah ne izključuje sama po sebi obstoja oblastvene legitimacije sodišč, izvira joče iz drugih temeljev, predvsem neodvisnosti, pravne strokovnosti in konsistentnosti odločanja.¹⁶ Sodiščem in sodnikom namreč oblast ni podeljena za to, da bi zasledovali določeno politiko in javni interes, temveč da na podlagi znanstvenih spoznanj prava, svojega strokovnega znanja in osebne etične in moralne držbe odločajo v sporih med posamezniki, pravnimi osebami ter med navedenimi subjekti in državo. Sodišča imajo torej podeljen mandat zato, da iščejo pravico in da odločajo pravično. Morda to zveni preveč preprosto, morda celo do neke mere idealistično, vendar pa mimo tega jasnega izhodišča ne moremo stopiti.¹⁷

Navedeno razmišljanje morda deluje kot poskus legitimirati avtoriteto sodstva preko zgolj formalnih in abstraktnih argumentov: sodišče mora imeti avtoriteto zgolj zaradi njegove sistemske vloge pri konkretizaciji pravnih norm, vendar bi bila taka trditev seveda pomanjkljiva. Sodiščem je sicer oblast podeljena na podlagi zaupanja, da bodo s svojimi odločitvami zagotavljala vladavino prava ter čim hitreje razreševala spore, ki jim bodo predloženi v odločanje, vendar pa se to zaupanje ne izčrpa v abstraktnih pojmi, temveč tudi v pričakovanju ustreznih odločitev v konkretnih primerih. To zaupanje lahko označimo tudi z beseda-

odločitve praviloma spoštuje«, glej Pavčnik M., »Sodstvo, delitev oblasti in ustava«, *Podjetje in delo* 2006/7, str. 1513.

¹⁵ Tudi ta trditev sicer ne drži, še posebej v ustavni ureditvi Republike Slovenije, saj vse sodnike (tudi ustavne sodnike) voli Državni zbor in imajo zato ustrezno podeljen mandat za izvrševanje te oblasti tudi s strani neposredno voljenega zakonodajnega telesa.

¹⁶ Nižjo stopnjo demokratične legitimacije se da upravičiti tudi z argumenti, da so za mnoge namene strokovnost, profesionalnost, konsistentnost in neodvisnost bolj pomembni od podvrženosti klasičnim demokratičnim principom, da gre torej za novo vrsto odgovornosti, ki je utemeljena na transparentnosti, odprtosti in učinkovitosti. Prav kot tipični primer se navaja denimo neodvisno sodstvo ter centralne banke, glej Majone G., »Temporal Consistency and Policy Credibility: Why Democracies Need Non-Majoritarian Institutions«, *Working Paper RSC No 96/57* (Florence: European University Institute, 1996), in Elgie, R., *Agent Centred, Principal-Centred and Mixed Accounts of Delegation: An Application to the French Case*, (Dublin: Mimeo, Dublin City University, 1999).

¹⁷ Ob tem pa je zanimivo, da se pri nas na (vsebinsko) pravičnost tudi sama sodišča izjemno redko sklicujejo v svojih sodbah, glej F. Testen, »Sodstvo in pravna država«, v: Pavčnik M. (ur.), *Pravna država*, (Ljubljana: GV Založba, 2009, str. 172 in nasl.

mi, ki jim tako teorija kot zgodovinski razvoj sicer dajeta najrazličnejše pomene in vidike, pa so pravzaprav ne glede na to prisotni v splošnem javnem razumevanju kot temeljna vodila podeljenega mandata izvrševanja oblasti: da bodo sodišča odločala pravno, pravilno, pravično.¹⁸ Pri tem pa je seveda navedeno razumevanje in občutenje relativno in njegova težavnost izhaja prav iz dejstva, da pravne norme niso enopomenske in da se s svojo vsebino napolnijo šele ob razlagi v konkretnih primerih odločanja. Pravo za svoje udejanjanje potrebuje postopek, ki omogoči njegovo uporabo v določenem sporu in v okviru tega postopka tudi pristojnost sodišča, da sprejme končno odločitev in s tem da pravni normi določeno vsebino.¹⁹ Ta pristojnost za avtoritativno razlago prava in odločitev v konkretni zadevi je samo jedro sodne oblasti.²⁰ Pomembno pri tem pa je, da se ta avtoriteta sprejme in da – se ob vsej kompleksnosti pravnih vprašanj – prek te avtoritete sprejme tudi pravilnost (pravnost, pravičnost) odločitve sodišča: torej spoštovanje prava preko spoštovanje avtoritete sodišča. Na mestu je potrebno dodati opozorilo, da je vzpostavljanje in zagotavljanje avtoritete sodišča kot institucije, ki sprejema pravilne (pravne, pravične) odločitve posledično tudi zagotavljanje vladavine prava v očeh demokratične javnosti, s tem pa nastopijo torej širši sistemski učinki.²¹ Če zaupanje javnosti v pravilnost odločitev zaradi zahtevnosti (pravnih in dejanskih) vprašanj temelji na zaupanju v samo institucijo, ki te odločitve sprejema, potem je logična posledica pomanjkanja tega zaupanja tudi dvom v pravilnost sprejetih odločitev, ki ga ni mogoče odpraviti.²² Povedano na preprostem primeru: če je obtoženi oproščen izvršitve kaznivega dejanja, je ob spoštovanju in ugledu sodišča oziroma sodnika, ki je to odločitev sprejel, v javnosti ta odločitev

¹⁸ Carolan, op. cit. daje poudarek proceduralni pravičnosti, torej sprejemanju legitimnosti postopka odločanja nosilcev oblasti, str. 80.

¹⁹ Glede pomena razlage pravnih aktov glej M. Pavčnik, *Teorija prava*, 2. dopolnjena in pregledana izdaja (Ljubljana: Cankarjeva založba, 2001, str. 363 in nasl.

²⁰ Razpravo, ki ob poudarkih aktualnega časa zanika enopomenskost prava in pasivno vlogo sodnika, glej v R. Svetlič, »Teza enega pravnega odgovora – med R. Dworkinom in G. W. F. Heglom«, *Dignitas* 49–50 (Ljubljana: Nova revija, 2011), str. 105–117.

²¹ Carolan, op. cit., str. 80 in 81.

²² O pomenu zaupanja v institucije kot izhodiščnem delu pravne kulture glej A. Igličar, »Pravna kultura kot sestavina pravne države«, v: Pavčnik M. (ur.). *Pravna država* (Ljubljana: GV Založba, 2009, str. 110 in nasl.

razumljena kot pravilna, pa čeprav morda nihče ni seznanjen s podrobnostmi postopka in podlagami za tako odločitev. In seveda obratno, če sodišče nima ugleda in potrebnega spoštovanja, se bo taka odločitev v javnosti štela za dvomljivo, morda celo politično ali koruptivno motivirano, česar ne bo mogoče spremeniti z nobenimi nadaljnjimi ukrepi.

3. Sprejemanje avtoritete sodišč s strani drugih nosilcev oblasti

Seveda je celovita obravnava vprašanja, kako zagotavljati avtoriteto sodišč kot izvrševalcev prava preko vzpostavljanja spoštovanja in ugleda sodišč v javnosti nekaj, kar presega okvir in domet tega prispevka, ki se omejuje le na obravnavo nekaterih vprašanj razumevanja vloge sodišč v sistemu vladavine prava. Vsekakor pa je to nekaj, kar bo treba imeti pred očmi pri nadaljnji izgradnji našega demokratičnega sistema, tako z vidika pravosistemskih rešitev kot tudi z vidika vsakdanje pravne in politične prakse. Nedvomno je pri tem treba kot neustrezna in sistemsko neprimerna zavrtni vrednotenja posameznih odločitev sodišč s strani drugih nosilcev oblasti, kar je postalo že skoraj stalnica v slovenskem javnem diskurzu: kritični izraz predsednika, ministra, župana ali drugega nosilca oblastvene funkcije do dela sodišč ima sistemsko povsem drugačen pomen in posledice, kot kritično mnenje strokovne javnosti. Odzivi nosilcev politične oblasti na sodne odločitve lahko vplivajo na razvrednotenje sistemske vloge sodišč, saj se politični akterji postavljajo s svoje pozicije demokratično pridobljene oblasti kot upravičeni razsojdniki o pravnih vprašanjih, seveda z vidika (lastno razumljenega) javnega interesa. To pa vzpostavlja napačne standarde vrednotenja pravnih odločitev tudi v širši javnosti, s tem pa tudi nerazumevanje vloge sodišč pri izvajanju državne oblasti in s tem zmanjševanje njihove avtoritete.²³

Zanimivo pa je, da popolna nezadržanost politične kritike sodnega odločanja, pa tudi sama merila vrednotenja sodnih odločitev v sedanjem času in prostoru – morda ustrezna stopnji razvoja slovenske državnosti

²³ O učinkih neustrezne informiranosti o pravnih institucijah v Sloveniji glej A. Igličar, *Sociologija prava* (Ljubljana: Cankarjeva založba, 2004). Tako je leta 1999 samo tretjina respondentov pravilno odgovorila na vprašanje o organu, ki je pristojen za dokončno presojo skladnosti zakona z ustavo, pred Ustavnim sodiščem pa se je celo znašel Državni zbor (35,6 % odgovorov), glej str. 489 in nasl.

– niso skoraj nikdar kritično ovrednotena ne v političnih, ne v splošnih javnih, včasih pa tudi ne v strokovnih razpravah. Tako je presenetljivo, kako pogosto se sodišča vrednoti preko kriterijev, ki nimajo z njihovo pravno in družbeno vlogo nič skupnega, temveč so ustrezni le za vrednotenje delovanja političnih vej oblasti. Tako se ob različnih razpravah občasno celo zdi, da je poslanstvo sodišč v tem, da so čim bolj popularna in da njihove odločitve naletijo na kar se da široko obravnavanje ter da sodišče svojo vlogo opravi slabo in neustrezno, če je npr. odločitev o zaščiti pravnega položaja posameznika ali skupine kasneje podvržena širokim javnim kritikam. Tako je tudi pogosto javno predstavljena slika sodišč, da morajo skrbeti za uresničevanje javnega interesa, kot ga seveda razume in definira politika, da omejevanje tovrstne politične moči nasprotuje demokraciji in da je (ne)odobravanje politikov in najvišjih nosilcev državnih funkcij pravzaprav lakmusov papir kvalitete opravljanje sodne funkcije. Seveda ne kaže nasprotovati ali omejevati strokovne kritike in razprave o pravilnosti odločitev sodišč, saj morajo biti tudi ta spoznana kot zmotljiva ter podvržena strokovnim in širšim javnim kritičnim pogledom, ki jih mora kot pomemben vir informacij tudi sodnik uporabiti pri oceni svojega dela. Vendar pa gre za pojav, ki ga je treba povsem resno in z zaskrbljenostjo obravnavati, saj se pri nas, ob nestrižanju z odločitvijo posameznega sodišča pojavljajo tudi pozivi po omejitvi njegove pristojnosti, nespoštovanju njegovih odločitev, spremembi njegovih pooblastil in rušenje ugleda institucije z vrednotenji, ki nimajo z ustavno in pravno znanostjo pač nič skupnega.

Tu se kaže zanimivo razlikovanje v odnosu med postavljenim – pri nas pretežno kodificiranim, zakonskim – pravom, pravom v knjigah (law in books) in udejanjenim pravom (law in action).²⁴ Spoštovanje zakonov in abstraktnih pravnih norm je kaj lahko deklarirati na splošni ravni, vendar prava presoja učinkov prava nastopi šele pri odločanju v konkretnih primerih: ko sodišče rzsodi v sporu, obsodi ali oprosti obtoženega kaznivega dejanja, ko Ustavno sodišče ugotovi kršitev ustave, pa tudi ko upravni organ dodeli ali zavrne pravico in prepove določeno ravnanje ali naloži obveznost. Šele pri spoštovanju uporabe prava v konkretnih pri-

²⁴ O tem zanimiva razprava v J-L., Halpérin, »Law in Books and Law in Action: The Problem of Legal Change«, *Maine Law Review*, Vol. 64:1, 2011.

merih in s tem spoštovanju avtoritete institucij, ki pravo uporabijo pri svojem odločanju – ki torej pravo iz knjig prenašajo v dejanskost –, se pokažejo vse razsežnosti resničnega in dejanskega spoštovanja pravnega reda.²⁵ Spontani ali celo usmerjeni odzivi nosilcev politične moči proti konkretnim primerom odločitev, ki so nepopularne in/ali politično neprijetne, rušijo tako vladavino prava kot tudi institucije, ki skrbijo za to, da pravna država v resnici deluje, da se torej udejanja v vsakodnev- nem življenju. Če temu sledijo še poskusi razvrednotenja avtoritete teh institucij v javnosti, poseganje v njihovo samostojnost ter v položaj in delo strokovnih nosilcev pravnega odločanja, potem se razgrajujejo tudi sami temelji naše državnosti.²⁶

Prav zato je za razvoj tako državnosti kot tudi skupnega sprejema- nja družbenih in pravnih vrednot temeljnega pomena, da se zagotavlja spoštovanje pravnosti v vseh primerih konkretnega odločanja, kar pa je mogoče le preko spoštovanja avtoritete institucij, ki so pristojne, da te konkretne odločitve sprejemajo na temelju vladavine prava, strokov- ne integritete in zavezanosti iskanju pravilnega in pravičnega v vsakem obravnavanem primeru odločanja. S tem pa se tudi razumevanje »prav- nega« širi ter vključuje tudi konkretne primerov odločitev in s tem pre- sega vrednotenje, da pravnost sicer abstraktno o(b)staja, vendar ne najde poti v našo dejanskost, naše resnično življenje.

Politično vrednotenje pravnih odločitev pa ima tudi dodatni vidik, ki se pojavlja kot poseben problem delovanja sistema delitve oblasti v so- doadni državi, saj se z zmanjševanjem avtoritete sodnih odločitev zmanj- šuje tudi moč sodstva kot omejevalca delovanja drugih vej oblasti. V sodobnih državnopravnih teorijah se namreč vse bolj trdno uveljavlja spoznanje, da je sodstvo kot tretja veja oblasti trenutno edina dejanska garancija ideje o delitvi oblasti, predvsem prek vzpostavitve ustavnega in

²⁵ Tako jasno Carolan, op. cit., ki poudari, da je soglasje o abstraktnih normah (npr. pravič- nosti in drugih) bistveno lažje dosegljivo kot sprejemanje njihove konkretizacije, ki je za posa- meznika lahko neugodna, pa tudi nerazumljiva, str. 80.

²⁶ O širšem pomenu spoštovanja institucij in njihovega delovanja za ohranjanje (insitucional- ne) legitimnosti glej Carolan, op. cit. str. 76 in nasl. Pri tem je seveda mogoče pritrditi stališču, ki se je tudi zgodovinsko potrjeval »A system of government must continue to be seen as a good, if it is to retain the support of the majority of its citizens«, str. 77.

upravnega sodstva, kateremu je podvržen vsak državni oblastni akt,²⁷ pa tudi drugih vej sodstva, ki so garancija, da zakonodajna in izvršna oblast ne moreta poseči v dostojanstvo, svobodo, lastnino in druge temeljne vrednote posameznika brez spoštovanja temeljev pravne ureditve.²⁸ Seveda pri tem omejevanju oblasti ne ustavno in ne drugo sodišče ne more razveljaviti določenega pravnega akta zgolj zato, ker bi bil politično ali drugače neprimeren, temveč le, če je ta akt nezdržljiv z veljavnim ustavnim in pravnim redom – sodna veja oblasti torej ne vzpostavlja prek svojih odločitev tudi politične delitve moči. Vendar, če se tak poseg sodišča v akte drugih vej oblasti (ali opustitev takega posega) vrednoti s strani najvišjih predstavnikov politično legitimiranih vej oblasti kot neprimeren in neustrezen, se relativizira tudi moč takega oblastvenega omejevanja, kar je še posebej problematično, če se s tem odreka tudi pravna moč in vezanost na vsebino take odločitve²⁹ ter ob tem slabi razumevanje javnosti o dolžnosti in pomenu spoštovanja odločitev sodišč.³⁰

Za sodno oblastjo ne stoji noben pomembnejši faktor politične moči, ki bi jo lahko nasproti drugim oblastem pripeljal v enakovreden položaj,³¹ njena moč je v samem spoštovanju vladavine prava kot temeljnem načelu, ki ob načelu delitve oblasti v sodobni demokraciji preprečuje zlorabo oblasti. Tako je prav na načelu vladavine prava oziroma načelu pravne države treba utemeljevati nadaljnji razvoj vloge sodstva

²⁷ Velika politična teža, ki jo ima v ZRN sodna veja oblasti izvira prav iz teh močnih nadzorstvenih pooblastil nasproti izvršilni in postopno tudi vse bolj nasproti zakonodajni oblasti, ki preko pravnih sredstev skladno z ustavnim redom nadzorujeta vse sprejete odločitve drugih vej oblasti (t. i. *Rechtsweggarantien*). Navedena pooblastila predstavljajo sestavni del samega ustavnega načela delitve oblasti, več Herzog, R., Grzeszick, B., Artikel 20, v G. Durig (ur.): *Grundgesetz Kommentar*, Band III, (Muenchen: Beck, 2011), Rn 77 in nasl.

²⁸ »Velik del kritik na račun sodstva izvira prav iz tiste njegove vloge, zaradi katere postaja (sodno) pravo nekaj, kar se postavlja po robo monopolu izvršilne in zakonodajne državne oblasti – in s tem zmanjšuje njuno »učinkovitost«, tako Testen, »Sodstvo in pravna država«, v: *Pravna država* (Ljubljana: GV Založba, 2009), str. 164.

²⁹ Primer predstavlja nepripravljenost Državnega zbora, da bi spremenil zakon, ki bi skladno z odločbo Ustavnega sodišča ustanovil občino Ankaran, glej odločbo št. U-I-137/10 z dne 26. 11. 2010 (Uradni list RS, št. 99/10).

³⁰ O podobnih vidikih in zgodovinskih izkušnjah pri uveljavljanju spoštovanja sodnih odločitev glej W. Brugger, »Kampf um die Verfassungsgerichtsbarkeit: 200 Jahre Marbury v. Madison«, *JuS* 2003, str. 320–326.

³¹ Herzog, op. cit., str. 151–152 (36), Hesse, K., *Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Heidelberg: Mueller, 1995), str. 208 (480).

v sistemu delitve oblasti, torej v njenem omejevanju in preprečevanju popolne dominacije drugih vej oblasti, ki bi ob neomejenosti uporabe oblastvene moči in pod latentno grožnjo njene zlorabe lahko ogrožale temeljne vrednote, iz katerih izhaja ureditev sodobne demokratične družbe ter spoštovanje človekovega dostojanstva.

4. Sprejemanje avtoritete sodišč znotraj sodnega sistema

Vprašanje zagotavljanja avtoritete sodišč se pojavi kot pomembno tudi z vidika značilnosti delovanja samega sodnega sistema in posledic, ki ob tem nastanejo. V našem pravnem redu trenutno namreč poteka na stotine sodnih in upravnih postopkov, kar po statistični izjemnosti celo presega povprečne ravni mnogih drugih držav. Mnogi vidiki trenutnega stanja niso zaželeni, so celo problematični, in velik prepad zadev je prejel eden od simptomov tega stanja kot njegova nepričakovana posledica.³² Negotovost, ki jo povzroča takšno neizmerno število zadev, ki čakajo na rešitev, vpliva na dojetje pravnega reda, načelo pravne varnosti in legitimna pričakovanja državljanov. Poleg tega so odnosi med različnimi stopnjami državnih in sodnih organov (pa tudi med nacionalnimi in mednarodnimi sodišči, med njimi tudi s Sodiščem Evropske unije) pri skupnih prizadevanjih za uveljavljanja prava nejasni in v določeni meri negotovi celo za pravnike, kaj šele za povprečne državljane. Na tem mestu se je smiselno zaustaviti in omeniti le nekaj težav, ki se danes pojavljajo v praksi in ne samo v teoriji, ob tem pa poudariti potrebo po sprejemu nekaterih temeljnih sprememb, da se sedanje stanje izboljša, saj bi imele malenkostne, lapidarne spremembe posameznih pravnih postopkov le majhen ali zanemarljiv učinek za reševanje tega stanja.

Potreba, da upravni organi in sodišča varujejo pravni red in v tem okviru zagotavljajo tudi varovanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin državljanek in državljanov, je brez dvoma predstavljena v vseh temeljnih pravnih in strateških dokumentih, vključno z Ustavo in temeljnimi ustavnimi akti, ki so bili podlaga za nastanek naše države. Vendar pa je poudarjanje potrebe po vseobsežnem zagotavljanju prav-

³² M. Bobek, M., Quantity or Quality? »Reassessing the Role of Supreme Jurisdictions in Central Europe«, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 57, Num. 1, 2009l, str. 33–66.

nih sredstev in različnih, večstopenjskih oblik sodnega varstva, ki je pri nas bilo prisotno v tistem času – in ga je odsevala tako nova slovenska zakonodaja kot tudi ustavnosodna praksa – vsaj posredno posredovalo strokovni in širši javnosti sporočilo, da državnim organom ne kaže podeljevati veliko zaupanja in da brez dane možnosti pravnega preverjanja njihovih odločitev prek vrste različnih oblik pravnih sredstev, vključno z dostopom do najvišjih sodišč, pravice in pravni interesi posameznikov ne bodo ustrezno zaščiteni oziroma varovani. Glede na to, da se je mnoge od navedenih rešitev vzpostavljalo in varovalo kot človekove pravice, so bile tudi razumljene kot take in v izjemnem obsegu – tako rednih, kot izrednih pravnih sredstev. Gre torej za dvojnost navedenega vidika: pravna sredstva zoper odločitve upravnih organov in sodišč so varovane z Ustavo kot človekove pravice,³³ hkrati pa so varovane prav zato, ker brez njih ne bi bilo učinkovitega varstva človekovih in drugih pravic, ki jih zagotavljata ustavni in pravni red. To seveda ni bilo zahtevano z vstopanjem v mednarodne povezave tistega časa, saj ne Evropska konvencija o človekovih pravicah, ne pravni red Evropske unije ne zahtevata in nista zahtevala drugega kot ene stopnje sodnega varstva – torej varstva pravic po sodniku in nadzor sodnika nad upravo, ne pa tudi nadzor sodnika nad sodnikom. Zato je entuziazem tedanjega časa s sporočilom »več pravnih sredstev je več pravne države« izviral iz drugih predstav in prepričanj, ki pa jih je na tem mestu težje analizirati.

Ne glede na izvor navedenega vzpostavljanja različnih oblik pravni sredstev znotraj upravnega in sodnega sistema pa je njihova izjemno obsežna uporaba v dvajsetih letih slovenske samostojnosti delovala kot samouresničujoča se prerokba (»self-fulfilling prophecy«), saj je ob vsakokratni (še posebej pa uspešni) uporabi potrjevala prepričanje, da so pravice do pritožbe in do drugih pravnih sredstev temelj ustavnega reda in učinkovitega varstva pravic posameznikov. Iz tega precej jasno izhaja, da se je na podlagi tega razvoja utrdilo prepričanje, da – *a contrario* – brez zagotovitve pravice do pritožbe in drugih rednih in izrednih pravnih sredstev na najvišja sodišča v državi (in v evropskem prostoru)

³³ Npr. pravica do pritožbe, pravica do sodnega varstva in druge z njimi povezane človekove pravice, o tem in aktualni ustavnosodni praksi pri posameznih ustavnih določbah obsežno v L. Šturm (ur.), *Komentar Ustave Republike Slovenije* (Ljubljana: FPDEŠ, 2002).

upravni organi in sodišča na prvi oziroma nižji stopnji odločanja kršitev pravic posameznikov sami ne bi učinkovito in vsebinsko ustrezno obravnavali. To pomeni, da je bilo v sam pravni sistem prek pravnih sredstev vgrajeno medinstitucionalno nezaupanje, da bodo zadeve prav(il)no rešene, kar pa se seveda odraža tudi v razmerju strank in javnosti do samih institucij.³⁴ Pri tem je seveda zanimivo, da se (morda nezavedno) v sistem sodnega odločanja vgrajuje kar nekaj predpostavk. Prvič, da je prvostopenjski sodnik manj ali slabše kvalificiran za odločanje v konkretni zadevi kot sodniki na višjih stopnjah odločanja, kljub temu, da je bil glede na rešitve različnih sodnih postopkov (praviloma) bolj neposredno soočen z dejanskimi vidiki obravnavanega primera kot instančno sodišče – kot da sta pravilnost presoje dejanskih in pravnih vprašanj pri pravnem odločanju medsebojno povsem ločena.³⁵ Drugič, tak sistem pravnih sredstev temelji na predpostavki, da je mogoča le ena pravilna interpretacija in uporaba pravne norme v danem primeru³⁶ in da je s ciljem poenotenja pravne prakse mogoče (in potrebno) vselej povsem poenotiti uporabo prava v različnih primerih odločanja na en sam pravni pomen oziroma pravilno rešitev pravnega vprašanja – torej višje sodišče ne presoja zgolj vprašanja, ali je bila uporaba prava pred nižjim sodiščem (očitno) napačna, temveč, ali je bila (povsem) pravilna.³⁷ In tretjič, da je varstvo vseh pravic posameznikov na prvi stopnji že v presumpciji tako pomanjkljivo, da terja večstopenjsko sodno presojo ne glede na težo in pomen danega primera, najmanj prek pritožbenega postopka. Ta sporočila seveda niso brez učinka na avtoriteto sodnega odločanja. Tako že pogledi in stališča iz prakse povedo, da same stranke že v prvostopenjskih

³⁴ Glej A. Igličar, »Pravna kultura kot sestavina pravne države«, v M. Pavčnik, op. cit., str. 110 in nasl.

³⁵ O tej temi in problematiki ločevanja obeh vidikov v L. Ude, »Dejstva in pravo – razlikovanje dejanskih in pravnih vprašanj«, III. Dnevi civilnega prava, Zbornik Inštituta za primerjalno pravo pri PF v Ljubljani, Ljubljana 2005.

³⁶ O tem, da je neizogibno, da sodniki tudi v istih primerih odločajo različno in da enopomenskost prava ne zdrži (niti) kot teoretska predpostavka, glej Svetlič, op. cit.

³⁷ Čeprav se pojavljajo v razpravah pogosto krične misli o dopustnosti (kreativnega) ustvarjanja prava s strani sodnikov, pa je vendarle sprejeto, da sodno odločanje ni mehanična uporaba vselej povsem jasnih pravnih pravil, glej npr. razpravo v R. Masterman, *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), o vprašanju vpliva sprejemanja EKČP v pravni red Združenega kraljestva na delitev oblasti in poudarjeno vlogo sodišč, še posebej pod vplivom prakse ESČP str. 146 in nasl.

vlogah v primeru neuspeha napovedujejo uporabo vseh razpoložljivih pravnih sredstev in s tem sodniku ali drugemu nosilcu avtoritete odločanja napovedujejo »nadzor« in »sankcioniranje«, v javnih razpravah pa se po izidu prvostopenjske sodbe le-to šteje le za »začasno dejstvo« v dolgem postopku, ki jo bodo morali drugi, višji organi, šele potrditi kot upoštevno in pravilno.

Najbolj ilustrativen primer odnosa našega prostora, časa in samega pravnega sistema v zvezi s pravnimi sredstvi in njihovim vplivom na avtoriteto izvrševalcev prava, ki ga prav zato postavljam v osrednji del predložene razprave, je razviden prav iz razprav o razbremenitvi Ustavnega sodišča v povezavi z omejitvijo možnosti dostopa posameznikov do tega najvišjega organa sodne oblasti prek ustavne pritožbe.³⁸

Ustavna pritožba je namreč po veljavni pravni ureditvi pravica posameznika, ki ima odraz v tem, da jo Ustavno sodišče mora obravnavati in o njej odločiti, to pa vodi do izjemnega števila zadev in absolutne preobremenjenosti samega Ustavnega sodišča. Vendar so odgovori na prizadevanja po spremembi sedanje ureditve kljub podpori (večine) pravne stroke, v politični in širši javnosti jasni: ustavna pritožba posameznika na Ustavno sodišče je nujna in je ni mogoče primerno nadomestiti z obstoječimi mehanizmi pravnega in sodnega sistema, če želimo ohraniti (ustrezno) varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin – vsako zoževanje ali izključevanje možnosti, da posameznik dostopi do Ustavnega sodišča, bi ta cilj nepopravljivo prizadelo.³⁹ Glede na to, da se posameznik lahko za zaščito svojih ustavnih pravic obrne na Ustavno sodišče šele *po tem*, ko so bila izčrpana vsa razpoložljiva pravna sredstva, to seveda implicitno pomeni, da čeprav so upravni organi in sodišča Ustavo uporabili kot pravno in postopkovno podlago za svoje odločanje, še vedno obstaja možnost, da pravice in svoboščine, zagotovljene z Ustavo,

³⁸ O večletnih razpravah in prizadevanjih o reformi Kaučič, I., Pavlin, P., Bardutzky S. (ur.), *Ustavna reforma ustavnega sodstva*: zbornik gradiv: 2008–2011, Ministrstvo za pravosodje, 2011.

³⁹ Podobno kot tudi razprave v zvezi s položajem Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) kot najvišjega sodišča za zaščito pravic, ki jih zagotavlja EKČP. Tako glede preobremenitev ESČP in njegovo vlogo v razmerju do držav članic P. Mahoney, »New Challenges for the European Court of Human Rights Resulting from the Expanding Case Load and Membership«, 21 *Penn St. Int'l L. Rev.* 101 2002–2003.

niso bile primerno zaščitene. Iz te ugotovitve izhaja kar nekaj težav, ki se jih da analogno ugotoviti tudi pri drugih primerih odločanja sodišč.

Ustavno sodišče sicer lahko ugotovi kršitve Ustave, ki so nastale, ker upravni organi ali sodišče delno ali v celoti sploh niso upoštevali določb Ustave in je niso uporabili pri svojem odločanju na nobeni stopnji pravnega postopka – tako je Ustavno sodišče prvo, ki odloča o njeni pravilni uporabi v taki zadevi, in če ne bi bilo Ustavnega sodišča, določbe Ustave ne bi bile spoštovane in uporabljene. Res je, taki primeri so možni in vloga Ustavnega sodišča v njih je vsekakor pomembna, ker poudarja obveznost državnih organov, da udejanjajo določbe Ustave ter spoštujejo pravice in svoboščine, ki jih podeljuje tako Ustava, kot drugi mednarodnopravni viri človekovih pravic. Vendar pa je na podlagi sodne prakse tako Ustavnega sodišča kot tudi sodišč in upravnih organov mogoče zagovarjati tudi stališče, da je popolno nepoznavanje Ustave ter vsebinsko neupoštevanje pravic in svoboščin, ki jih vsebuje, redko. Ustava je del pravnega reda in poznavanje njenih norm, ki vse državne organe zavezuje pri njihovem odločanju, je sestavni del tako sistemov izobraževanja kot usposabljanj vseh, ki so pooblaščen in pristojni za izvrševanje sodne, pa tudi upravne funkcije oziroma podpornih strokovnih služb pri izvrševanju zakonodajne funkcije in drugih funkcij, katerih zasedba ni povezana s strokovnimi kvalifikacijami (politični funkcionarji – npr. ministri, predsednik republike, župan itd.). Tako je nesporna dolžnost vseh teh organov, ne glede na to, ali so del zakonodajne, upravne ali sodne oblasti, da spoštujejo človekove pravice in jih varujejo, kadarkoli je treba – hkrati pa je (bona fidei) nesporno tudi poznavanje vsebine navedenih pravic in njihovih ustavnih vidikov s strani izvrševalcev navedene oblasti.

Večina zadev, ki pride pred Ustavno sodišče, ko so izčrpana vsa pravna sredstva, se torej ne ukvarja z vprašanjem, ali so bile pravice in svoboščine, varovane z Ustavo, sploh uporabljene ali ne, temveč ali so jih sodišča in drugi državni organi ustrezno zaščitili. Z drugimi besedami, to pomeni, da je glavno vprašanje, ali so sodišča in drugi organi odločanja pravilno razlagali in uporabili določbe Ustave v obravnavani zadevi.⁴⁰ Po

⁴⁰ Glede podobnega pristopa k nadzoru nad delom drugih sodišč ob avtoritativnem ustvarjanju prava s strani ESČP glej A. Mowbrey, »The Creativity of the European Court of Human Rights«, 5 *Hum. Rts. Rev* 58., 2005.

mnenju ustavnega pritožnika temu seveda ni bilo zadoščeno, saj prav v tej vlogi (še vedno) zatrjuje, da so bile njegove človekove pravice kršene in od Ustavnega sodišča zahteva odpravo teh kršitev. To nas pripelje do zaključka, da so v (veliki) večini primerov sodni in drugi državni organi v svojih postopkih uporabili določbe Ustave in da je vprašanje, ki ga vsebuje pritožnikova pritožba na Ustavno sodišča, pravno in ne dejansko vprašanje, povezano s pravilno uporabo Ustave. Na kratko povedano, vprašanje je, ali se Ustavno sodišče strinja z razlago Ustave, ki so jo podala sodišča in drugi državni organi. Pristojnost Ustavnega sodišča glede zadev, povezanih z Ustavo, ni izključna, saj so jo dolžna razlagati in uporabljati vsa sodišča in vsi upravni organi, vendar pa položaj ustavnega sodišča na koncu možnosti uporabe pravnih sredstev na vrhu pravnega sistema pomeni, da so mu drugi izvrševalci pravnega odločanja *de facto* in *de iure* podrejeni.⁴¹

Posvetimo se še nekoliko bolj razširjenim vprašanjem, ki v tem kontekstu vplivajo na avtoriteto sodstva, pa tudi samega Ustavnega sodišča. Pristojnost Ustavnega sodišča, da poda končno razlago Ustave,⁴² ki se lahko razlikuje od razlage drugih najvišjih sodišč v državi, vodi do naslednje ugotovitve: odločba Ustavnega sodišča temelji na razliki med pravnimi mnenji (sodišč) in ne med uporabljenimi pravnimi normami ali voljo, da se te izvršijo. V takem primeru je težko meriti kakovost in avtoriteto argumentov pravnega razlogovanja. To je zato precej bližje argumentom avtoritete in moči. Položaj sodišča v sodnem sistemu sicer v načelu odraža njegovo stopnjo strokovne sposobnosti in specializacije: višje, kot je sodišče postavljeno v hierarhiji sodne oblasti, višje so zahteve po splošnem ali specializiranem pravnem znanju, veščinah in poznavanju področij za sodnike, ki zasedajo ustrezna mesta na takem sodišču. To daje tudi strokovno podlago in legitimnost pravnim sredstvom, ki se lahko uporabijo proti odločbam nižjih sodišč. Vendar pa postane to načelo zapleteno že pri prvih višjih stopnjah sodnega odločanja, še težje

⁴¹ Glede vprašanja varstva človekovih pravic iz EKČP je končna avtoriteta pravilnosti pravne presoje v enakem smislu v rokah Evropskega sodišča za človekove pravice v Strasbourg; o tem vprašanju seveda tudi z določenimi zadržki glej Masterman, op. cit. »Operating in the shadow of Strasbourg«, str. 54 in nasl.

⁴² Glej M. Pavčnik, A. Mavčič, *Ustavno sodstvo* (Ljubljana: Cankarjeva založba, 2000), str. 391 in nasl.

pa je določiti razliko v strokovnosti utemeljevati kot odločujočo za upravičenost drugačne presoje, višje, kot se premikamo znotraj hierarhije (npr. razlikovanje v strokovnosti med okrožnimi in višjimi, vrhovnimi in ustavnimi sodniki itd). Vprašljivo je brez vsakih pomislekov trditi, da je razlikovanje v ravni znanja med samimi sodišči vedno tista pomenljiva razlika, ki opravičuje poseganje višjega v odločitve drugega (nižjega) sodišča, saj se s tem ponovno bližamo sprejemanju enopomenskosti prava preko strokovne oziroma pravno znanstvene metode, ki se uporabi pri določanju v posamičnem primeru⁴³ – višje sodišče bolj »strokovno« pozna pravo in pravilno odločitev v obravnavani zadevi kot nižje sodišče, ki je bilo torej pri svojem odločanju manj strokovno. Še posebej je problematično, če se takšno razlogovanje prenese v razumevanje splošne javnosti, ki torej poseg višjega sodišča v odločitev nižjega razume kot sankcioniranje nestrokovnosti odločitve, s tem pa vzbuja dvom v kompetentnost nižjega sodišča, da ustrezno opravlja svojo funkcijo. Prav zato je bistveno bolje sprejeti razumevanje vloge višjega sodišča, da drugače – in glede na svojo umestitev v sodnem sistemu tudi legitimno – razlaga pravo in da je po njegovi presoji v danem primeru pravilna (pravna, pravična) drugačna odločitev. Tako torej poseg v odločitev nižjega sodišča ni rezultat nestrokovnosti odločanja, temveč (predvsem) drugačnega pravnega naziranja oziroma presoje dejanskih vprašanj v sporni zadevi. To pa avtoriteto sodstva kot izvrševalca prava sistemsko ohranja in vzdržuje tudi v očeh splošne javnosti.

Iz navedenih dilem v zvezi z razumevanjem vloge instančnega odločanja sodišč pa izhaja tudi protislovje, ki ga je mogoče opredeliti kot eno od težav, ki vodi v preveliko obremenitev Ustavnega sodišča (in smiselno tudi sodnega sistema v celoti): naloga Ustavnega sodišča ni popraviti napake sodnega odločanja, ki bi nastale zaradi pomanjkanja pravnega znanja ali nepoznavanja Ustave, temveč da kot zavezujočega določi svoj lasten pogled glede pravilne razlage in izvrševanja Ustave. To pomeni, da je težko zatrjevati, da je temeljna vloga Ustavnega sodišča obravnavati individualne pritožbe, zgolj zato, ker varstvo pravic in svoboščin, ki jih zagotavlja Ustava, ni bilo primerno, temveč tudi zato,

⁴³ O tem kritično Svetlič, op. cit. supra, M. Pavčnik, *Teorija prava*, str. 357.

ker ima Ustavno sodišče svoj lasten legitimen pogled na to, kako bi to moralo biti opravljeno.

Vendar, če je vloga Ustavnega sodišča (predvsem) v tem, da zagotavlja, da se njegov pogled glede pravilne razlage in izvrševanja Ustave spoštuje pri odločanju sodišč in drugih državnih organov, je njegov pristop k obravnavi individualnih pritožb lahko v nasprotju s tem ciljem, saj bo njegova neizogibna posledica vedno preobremenitev s posamičnimi zadevami. Število pritožb, ki se vložijo na Ustavno sodišče, je posledica odločitev pritožnikov. V sistemu, ki pravna sredstva določa kot ustavne pravice, se ne more prepričati stranki, da se pritoži proti sodbi, ki je za stranko neugodna; ukrepi, ki so lahko uvedeni znotraj pravnega reda, so samo tisti, ki na stranko posredno vplivajo, da se odloči, da ne uporabi pravnega sredstva, vendar so taki vplivi v najboljšem primeru lahko samo delno učinkoviti. Na podlagi statističnih podatkov in različnih izkušenj drugih držav je mogoče trditi, da se število pritožb na Ustavno sodišče ne bo zmanjšalo ne glede na to, koliko novih pravnih sredstev se vzpostavi za dostop posameznikov do drugih sodišč v sistemu. Vloga Ustavnega sodišča je lahko in bi morala biti v tem, da postane eno od sodišč, ki so odgovorna za reševanje ključnih tem glede najbolj zahtevnih oziroma temeljnih vprašanj zaščite človekovih pravic, ki preidejo meje posameznega primera in so zato pomembna za harmonično delovanje pravnega in državnega sistema kot celote. To pa se pri reševanju na tisoče individualnih pritožb proti odločbam sodišč in drugih državnih organov ne more zgoditi.

Ta pristop podpira neizbežno ugotovitev, da učinkovito zaščito ustavnega in pravnega reda lahko zagotovi le celoten pravni sistem, v prvi vrsti sodišča, ki odločajo v postopkih na prvi in drugi stopnji, preden sodbe postanejo pravnomočne. Vendar bi to terjalo spremembo paradigme, tako da bi bila osnovna predpostavka sistema zaščite (človekovih) pravic in pravnih interesov posameznikov, da ima država delujoč pravni, pa tudi institucionalni sistem, ki že na prvih stopnjah nudi učinkovito in ustrezno pravno varstvo, in da višja sodišča znotraj sodnega sistema – pa tudi Ustavno sodišče – sodelujejo, delujejo skupaj z drugimi sodišči in državnimi organi za doseg istega cilja zagotavljanja vladavine prava – vsak glede na svojo sistemsko vlogo –, ne pa da je temeljna naloga višjih sodišč v sodnem sistemu, da nadzorujejo nižja sodišča ter jim kažejo nji-

hove napake in pomanjkljivosti.⁴⁴ V tej perspektivi, če to ponazorimo na primeru, Ustavno sodišče tako ne bi bilo videti kot institucija, primarno vzpostavljena za zaščito pravic posameznikov, temveč bi varovalo delovanje celotnega sistema zaščite človekovih pravic. Ustavno sodišče, pa tudi druga (naj)višja sodišča v državi, mora zagotavljati sistematično zaščito človekovih pravic na način, ki je tako pravočasen kot tudi učinkovit za to zaščito; to pomeni, da mora odločati o omejenem številu najtežjih zadev, ki so nujne, da se odloči o upoštevnih vprašanjih zakonitosti v povezavi z ugotovljenimi kršitvami človekovih pravic in da se ta vprašanja predstavijo s prepričljivo in jasno obrazložitvijo, ki jo lahko in ki jo bodo druga sodišča in organi pri odločanju uporabljala kot podlago za navidezen ali zavezujoč pravni precedens.⁴⁵

To vodi v določenem delu tudi v podporo tezi, da Ustavno sodišče, pa tudi druga najvišja sodišča v pravnem redu lahko učinkovito zaščitijo pravnost odločanja (vključno s človekovimi pravicami) z vzpostavitvijo jasnih in odločnih pravnih precedensov ter s podajanjem mnenj o najbolj pomembnih pravnih vprašanjih glede zaščite človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ne pa z izdajanjem nepreglednega obsega tisočev sodb na podlagi pravnih sredstev vsako leto, ki obravnavajo vse od manjših kršitev do pomembnih vprašanj prava. To pomeni, da bi morala glavna načela in postopkovne rešitve v zvezi z delom (naj)višjih sodišč v sistemu sodne oblasti, torej tudi Ustavnega sodišča samega, podpirati osnovno predpostavko, da je varstvo pravic in svoboščin, ki jih zagotavljata Ustava in pravni red, v državi primerno in učinkovito že na nižjih ravneh sodnega odločanja, kar bo povečalo zaupanje v pravni sistem in njegove organe. Seveda pa mora temu zaupanju ustrezati tudi skrb ter etična in pravna odgovornost same sodne veje oblasti, da si s svojim delovanjem prizadeva prav za to, da navedeno zaupanje ne bo razočarano.

⁴⁴ V pravni zavesti so procesna pravila bistvena za spoštovanje sodstva; hitro reševanje sodnih primerov, neodvisnost sodnikov in njihova visoka strokovna kompetentnost zato hitro odmevajo v javnem mnenju in obči pravni kulturi. Glej A. Igličar, op. cit. str. 484.

⁴⁵ O tem obsežno tudi z vidika primerjav med pravnimi ureditvami Bobek, op. cit. Pri nas o tej temi pri vprašanju omejevanja dostopa do Vrhovnega sodišča glej A. Galič, »Dostop do vrhovnega sodišča v pravnem postopku«, 8. dnevi evropskega prava: Kranjska Gora, [18.–19.] novembra 2010 (Ljubljana: Planet GV, 2010), str. 50–67.

A to je že predmet druge, nič manj pomembne razprave, ki pa presega predloženi okvir.

5. Sklep

Na podlagi navedene razprave je mogoče postaviti trditev, da je treba ohranjati avtoriteto sodišč tako v razmerjih do drugih državnih organov ko tudi z varstvom avtoritete sodišča znotraj sodnega sistema, saj to zagotavlja legitimnost celotne državne oblasti in zaupanje javnosti v vladavino prava. Politično vrednotenje pravnih odločitev sodišč daje napačno sporočilo o pomenu spoštovanja sodstva in vzpostavlja napačne kriterije za presojo (ne)ustreznosti delovanja sodne veje oblasti. Ob tem pa tudi vzpostavljanje preobsežnega sistema pravnih sredstev lahko nepotrebno zmanjšuje avtoriteto sodnikovega odločanja na nižjih stopnjah, hkrati pa zmanjšuje zaupanje v delovanje celotnega sodnega sistema, saj daje splošni in strokovni javnosti sporočilo, da je preverjanje sprejete sodne odločitve preko vrste rednih in izrednih pravnih sredstev nujno za ustrezno varstvo pravic državljanek in državljanov, ki ob pomanjkanju dostopa (celo) do najvišjih sodišč v državi ne bo zagotovljeno. Odgovor na potrebi po več pravnosti in bolj prezentni vladavini prava je torej lahko tudi v tem, da je pravnih sredstev in pravnih postopkov manj, kar sicer predstavlja nov pristop k iskanju rešitve na starejši problem, ki pa je – tako kot drugi – rezultat izzivov današnjega časa.

Literatura

1. Bobek, M. (2009), »Quantity or Quality? Reassessing the Role of Supreme Jurisdictions in Central Europe«, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 57, Num.1, str. 33–66.
2. Brugger, W. (2003), »Kampf um die Verfassungsgerichtsbarkeit: 200 Jahre Marbury v. Madison«, *JuS* 2003, str. 320–326.
3. Carolan, E. (2009), *The New Separation of Powers: A Theory for The Modern State*, New York, Oxford University Press.
4. Cerar, M. et. al.; Pavčnik M. (ur.) (2009), *Pravna država*, Ljubljana, GV Založba.
5. Elgie, R. (2001), *Agent Centred, Principal-Centred and Mixed Accounts of Delegation: An Application to the French Case*, Dublin, Mimeo, Dublin City University.
6. De Smith, Woolf and Jowell (1999), *Principles of Judicial Review*, London, Sweet&Maxwell.
7. Galič, A. (2003), »Ustavnosodna pravotvornost: 'Argument precedensa' ali Stališča Ustavnega sodišča RS o prepovedi samovoljnega odstopa od sodne prakse«, *Revus* 1–2003, str. 44–56.
8. Galič, A. (2010), »Dostop do vrhovnega sodišča v pravnem postopku«, 8. dnevi evropskega prava : Kranjska Gora, [18.–19.] novembra 2010, Planet GV, Ljubljana 2010, str. 50–67.
9. Gibson, J. L., Caldeira, G. A. (1996), »The Legal Cultures of Europe«, *Law&Society Review*, Vol. 30, Num. 1.
10. Gerangelos, P. (2010), *The Separation of Powers and Legislative Interference in Judicial Process*, Oxford, Hart Publishing.
11. Greer, S. (2004), »'Balancing' And the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate«, 63 *Cambridge L.J.* 413 2004.
12. Herzog, R., Grzeszick, B., »Artikel 19 und Artikel 20«, G. Dürig (ur.) (2011), *Grundgesetz Kommentar*, Band III, Art. 16–22, München, Verlag C. H. Beck.
13. Halpérin, J-L., (2011), »Law in Books and Law in Action: The Problem of Legal Change«, *Maine Law Review* Vol. 64:1.
14. Hart, H. L. A. (1997), *The Concept of Law* (2nd edn), Oxford, Clarendon Press.
15. Hesse, K. (1995), *Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Auflage, Heidelberg, Mueller.
16. Hioureas, C. G. (2006), »Behind the Scenes of Protocol No.14: Politics in Reforming the European Court of Human Rights«, 24 *Berkeley J. Int'l L.* 718.
17. Igljučar, A. (2004): *Sociologija prava*, Ljubljana, Cankarjeva založba.
18. Kaučič, I., Grad F. (2000), *Ustavna ureditev Slovenije*, Druga izdaja, Ljubljana, Gospodarski vestnik.

19. Kaučič, I., Pavlin, P., Bardutzky S. (ur.), *Ustavna reforma ustavnega sodstva: zbornik gradiv: 2008–2011*, Ljubljana, Ministrstvo za pravosodje.
20. Kluth, W. (2003), »Zehn Jahre Verfassungsentwicklung in Sachsen Anhalt«, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Neue Folge, Band 51., Tuebingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).
21. Kristan I. (2011), »Nauk iz ankaranske zgodbe: spoštovati načelo delitve oblasti«, *Pravna praksa*, 2011 7, str. 9.
22. Majone, G. (1996), »Temporal Consistency and Policy Credibility: Why Democracies Need Non-Majoritarian Institutions«, *Working Paper RSC No 96/57*, Florence, European University Institute.
23. Mahoney, P. (2003), »New Challenges for the European Court of Human Rights Resulting from the Expanding Case Load and Membership«, *21 Penn St. Int'l L. Rev.* 101 2002–2003.
24. Masterman, R. (2011), *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution*, Cambridge, University Press.
25. Mowbrey, A. (2005), »The Creativity of the European Court of Human Rights«, *5 Hum. Rts. L. Rev.* 58.
26. Novak, M. (2003), »Delitev oblasti in sodstvo«, *Pravna praksa* 30 (2003), str. 31.
27. Strobl, M., Kristan, I., Ribičič, C. (1986), *Ustavno pravo SFR Jugoslavije*, Ljubljana, ČZ Uradni list SRS.
28. Paine, T. (1986), *Common Sense*, Ed. Isaac Kramnick, New York, Penguin Books.
29. Pavčnik, M. (2008), »Vladavina prava kot pravno načelo«, *Podjetje in delo* 6–7 2008, str. 1106.
30. Pavčnik, M. (2001), *Teorija prava*, 2. dopolnjena in pregledana izdaja, Ljubljana, Cankarjeva založba.
31. Pavčnik, M. (1998), *Argumentacija v pravu*, Ljubljana, Cankarjeva založba.
32. Pavčnik, M., Mavčič, A. (2000), *Ustavno sodstvo*, Ljubljana, Cankarjeva založba.
33. Pound, R. (1910), »Law in Books and Law in Action«, *44. AM. L. Rev.*
34. Radbruch, G. (2001), *Filozofija prava*, Ljubljana, Cankarjeva založba.
35. Svetlič, R. (2011), »Teza enega pravnega odgovora – med R. Dworkinom in G. W. F. Heglom«, *Dignitas* 49–50, Vol. 2011, Ljubljana, Nova revija, str. 105–117.
36. Šturm, L. (ur.) (2002), *Komentar Ustave Republike Slovenije*, Ljubljana, FPDEŠ.
37. Šturm, L. (ur.) (2011), *Komentar Ustave Republike Slovenije*, – dopolnitev komentarja – A, Kranj, FPDEŠ.
38. Tomuschat, C., Kötz, H., Von Maydell, B. (eds.) (1995): *Europäische Integration und nationale Rechtskulturen*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG.

39. Ude L. (2005), »Dejstva in pravo – razlikovanje dejanskih in pravnih vprašanj«, III. Dnevi civilnega prava, Ljubljana, *Zbornik Inštituta za primerjalno pravo pri PF v Ljubljani*.
40. Wolfrum R., Deutsch, U. (eds.) (2009), *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, Heidelberg, Springer.
41. Zobec, J. (2011), »Vprašanje enotne sodne prakse«, *Podjetje in delo*, št. 6–7 (2011).
42. Zupančič, B. M. (2003), »Constitutional Law and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: an Attempt at a Synthesis«, *Revus* 2003, p. 57–61.

SLOVENSKA PRAVNA DRŽAVA V LUČI INTEGRALNE TEORIJE PRAVA

M a r k o N o v a k

I. Uvod

Sintagma pravna država je sicer izrecni proizvod moderne pravne misli, a v svoji ideji in smislu se zdi, da tli v človeku že od samega začetka države in prava. Čim se npr. v zibelki zahodne civilizacije razcepi oz. izkristalizira pomen *nomos* tudi v zakon,¹ že imamo določen pojem, ki terja svoj obstoj in svoje upravičenje. Še toliko jasnejša sta latinska pojma *lex in ius*. Ko se torej 'pravo' kot posebna abstraktna kategorija človekovega mišljenja dokončno izoblikuje, ni več poti nazaj, saj je s tem formalnim pojmom nujno zvezana tudi posebna *diferentia specifica*, ki se loči od drugih, četudi sorodnih pojmov (npr. politike). Nekaj podobnega se zgodi tudi s pojmom 'države'.²

Končno se porodi tudi posebna sintagma 'pravna država' kot poseben tip države, kajti četudi je v sodobnem pravu država najpogostejša proizvajalka pravnih norm, ni nujno, da je tudi pravna. S pravno državo danes bržkone razumemo pravo kot celoto, tj. pravni sistem in vso njegovo piramidalno strukturo, katere zlato kapico pomeni ravno načelo pravne države, ki je eno izmed vodilnih ustavnih pravnih načel. Pravna država ali vladavina prava je v resnici rdeča nit celotnega prava.

Država kot takšna je od nekdanj suverena – tako navzven kot navznoter. Ima torej attribute prisilnosti in moči; navznoter predvsem do svojih podanikov oz. svojega prebivalstva. Toda ta suverenost je že od nekdanj tudi relativna. Če je nekoč to relativnost pomenilo naravno pravo, npr.

¹ J. Kelly, *A Short History of Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 1994), str. 8.

² Čeprav o obstoju prava pred državo lahko sklepamo iz raznih posrednih virov, npr. leposlovnih del in drugih opisov, je prvi delno ohranjeni in tako zanesljivi zapis prava iz obdobja sumerskih mestnih držav (Urnammujev zakonik iz 21. st. pr. n. š.). S. Vilfan, *Uvod v pravno zgodovino* (Ljubljana: ČZ Uradni list RS, 1991), str. 25.

Boga, ki je omejevalo absolutno suverenost *imperiuma* v smislu preprečevanja njegove arbitrarnosti, pomeni pri moderni sekularni državi takšno omejevanje njen pridevnik »pravna«. Pravna država pomeni poslej državo, ki jo omejuje njeno lastno pravo. To ne le prisiljuje njegove naslovljence, temveč jih tudi varuje pred državo. Vendar deluje v sodobnih državah koncept pravne države predvsem kot pravno načelo, ki nikakor ni binarni pojem, temveč kot večino pravnih načel deluje po sistemu bolj ali manj (t. i. drsna lestvica).

Zgoraj smo na kratko povzeli bistveno glede geneze koncepta pravne države. Kako pa je s trenutnim stanjem pravne države pri nas, v Sloveniji, po dobrih dvajsetih letih samostojnosti? Kje so torej problemi? Zakaj pravna država oz. pravni sistem ne deluje tako, kot bi lahko ali moral? Smo mar z novo, lastno državo stopili v prevelike škornje, saj se zdi, da se je dojemanje oz. zavedanje lastne države in prava le komaj kaj spremenilo v primerjavi s socialističnimi časi, ko je bila skupna zvezna država vsaj deloma tuja našemu narodu?

Če torej želimo vedeti, kaj je z našo pravno državo narobe, moramo torej poznati njeno idealno stanje in ugotoviti njen odklon, kar naj bi pomenilo njeno stanje v naši državi. Ideal v realnosti sicer ne more biti čisti pojem, saj je kot takšen nujno utopičen. Torej lahko ugotavljamo le približke ideala – tako tudi v primeru pravne države. Vzor tudi za nas so v tem primeru bržkone t. i. zahodne demokracije – npr. tiste na severozahodu Evrope in čez lužo v severni Ameriki.³

2. Pravna država in integralna teorija prava

Eden izmed možnih pravnoteoretičnih pogledov na izpostavljeno problematiko je gotovo tudi pogled tridimenzionalne integralne teorije prava.⁴ Ta jemlje sestavine prava, kot so pravne norme, družbene vre-

³ Sem bi lahko prišteli morda še Avstralijo, Novo Zelandijo, Japonsko.

⁴ Začetnik te teorije naj bi bil že Kantorowicz, ki naj bi že v prvi polovici 20. stoletja razvil trializem: filozofija prava, pravna dogmatika in pravna sociologija. H. Kantorowicz, *Staatsauffassungen: Eine Skizze*, Braun 1925; Z. Pokrovac, Hermann U. Kantorowicz i trializam, neobjavljeni referat na simpoziju ob 70. letnici N. Viskovića, Rijeka (2009). Teorijo je v svetovnem merilu najbolj propagiral M. Reale v *Teoria Tridimensional do Direito* (Sao Paulo: Saraiva, 1968). O tem glej npr. A. C. Moreira Lima, »A Brazilian Perspective On Jurisprudence: Migule Reale's Tridimensional Theory of Law«, *Oregon Review of Int'l Law*, Vol. 10 (2008), str. 77–148. Pri nas

dnote in družbena dejstva ali odnose, kot integralno celoto. To pomeni, da ni moč razumeti posameznega od teh elementov samostojno – temveč jih lahko razumemo le kot celoto: vsako dejstvo v enem od teh pravnih svetov (tj. pravnih norm, pravnih vrednot in pravnih odnosov) samo po sebi vpliva na druga dva svetova.⁵ Vsak vidik te teorije: torej pravne norme, pravni odnosi (oz. pravna dejstva) in pravne vrednote, zadeva celoto pravo in obratno – celota se (potencialno) nahaja v vsakem od navedenih elementov.

Naj to pojasnimo na primeru. Če npr. država v pravno-normativnem smislu s spremembo zakonodaje ali z novim zakonom uvede t. i. protikrizni davek, s katerim obdavči nepremičnine, vredne več kot milijon evrov, bo to pozitivno vplivalo na vrednostno dožemanje socialne pravičnosti družbe, vpliv pa bo imelo seveda tudi na pravna dejstva oz. pravne odnose ali razmerja med državo in davkoplačevalci. Na eni strani bo takšna normativna sprememba aktivirala aksiološko dimenzijo v človeški družbi, obenem pa tudi sociološko-interesno v smislu npr. tega, da se bodo nekateri želeli izogniti temu davku in bodo iskali pravne praznine v njegovi pravni ureditvi.

Tudi sam pojem pravne države je moč razumeti v smislu integralne teorije prava. Pod normativno-dogmatsko komponento vsekakor razumemo skupek pravnih načel in pravnih pravil (tj. pravnih norm), ki so vkomponirana v pravni sistem, pri čemer gre bodisi za splošne pravne akte (npr. ustava, zakoni, podzakonski akti), ki nastajajo pretežno kot rezultat ustvarjanja prava, ali za posamične pravne akte (npr. sodbe, sklepi, odločbe) kot pretežni rezultat procesa uporabljanja prava. Kot sociološko komponento pravne države bi lahko šteli pravno kulturo v neki družbi, v kateri se pojavlja pravna država kot normativno-dogmatski pojem, ter zavest o pravni državi ali pravno zavest kot stanje normativne integracije glede pomena pravne države v tej družbi. Pri tem vidiku

o tem A. Žun v »Problem razmerja med filozofijo prava, pravno znanostjo in sociologijo prava«, *Pravnik*, št. 7–8 (1968), str. 225–232. Od sodobnih pravnih teoretikov pa glej npr. M. Pavčnik, »Teorija prava«, (Ljubljana: GV Založba, 2007), str. 709–717. Seveda pa ne moremo mimo najvplivnejšega dela o tej teoriji v bivši Jugoslaviji: N. Visković, *Pojam prava: prilog integralnoj teoriji prava* (Split: Biblioteka Pravnog fakulteta u Splitu, 1976). Tridimenzionalna teorija prava pa živi še dalje – glej predvsem delo M. J. Falcón y Tella, *A Three-Dimensional Theory of Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

⁵ N. Visković, *Teorija države i prava* (Zagreb: CDO Birotehnika, 2006), str. 112.

pravne države nas zanima, kako njen normativno-dogmatski koncept deluje v dejanskem oz. stvarnem svetu – kako se odraža kot dejstvo ter tudi, kako se odraža v (dejanskih) pravnih odnosih. K aksiološko-vrednostni dimenziji pravne države pa bržkone spadajo vodilne pravne vrednote, kot so pravna varnost in pravičnost. Tu se sprašujemo npr. o tem, ali normativno-dogmatski koncept pravne države odgovarja njenemu aksiološko-deontološkemu. Ta vidik pravne države zastavlja enako vprašanje tudi delovanju tega normativno-dogmatskega koncepta v stvarnem svetu.

V nadaljevanju obravnavamo zgoraj omenjene vidike pravne države v smislu njenega integralnega pojmovanja, najprej pa obravnavamo njen normativno-dogmatski vidik.

a. Normativno-dogmatska komponenta pravne države

Prava komponenta pojma pravne države je torej normativno-dogmatska in zadeva pravne norme, ki so vkomponirane v pravni sistem kot celoto. Tu gre predvsem za tiste elemente tega sistema, ki jih navadno obravnava teorija prava.⁶ Mišljene so pravne norme (pravna pravila in pravna načela), pravna razmerja, pravni akti, pravni viri. Ti se pojavljajo v postopkih ustvarjanja in uporabljanja prava. Sem bi spadala še področja pravne razlage, zapolnjevanja pravnih praznin ter preučevanje sistemizacije prava.⁷

Če bi podrobneje analizirali navedene elemente, ki jih navadno preučuje normativno-dogmatski (ali pravno-teoretični) vidik integralne teorije prava, bi v Sloveniji gotovo našli številne odklone od idealnega (normativno-dogmatskega) koncepta pravne države. Tako na nivoju ustvarjanja kot uporabljanja pravnih aktov. V prvem primeru se tako zdi, da so splošni pravni akti (predvsem zakoni in podzakonski akti)

⁶ Po Barberisu je naloga teorije prava predvsem ugotavljanje, kaj *je* veljavno ali pozitivno pravo, pravna filozofija pa preučuje, kakšno *naj* bi bilo to veljavno pozitivno pravo. M. Barberis, »Pravo in morala«, *Revus*, št. 16, 2012, str. 15–16.

⁷ Glej npr. M. Novak, *Uvod v pravo* (Nova Gorica: Evropska pravna fakulteta v Novi Gorici, 2010), str. 6–11.

preveč na hitro sestavljeni, prehitro se spreminjajo,⁸ njihovo besedilo je prepogosto prepodrobno, včasih jih je težko zdravorazumsko razlagati. Pravni formalizem je namreč še preveč zajedkan v naši pravni profesiji. V drugem primeru pa bi lahko rekli, da so posamični pravni akti (tj. sodbe, odločbe) pogosto prepočasi sprejemajo kot tudi njihov jezikovni slog je pogosto boren.

Toda menimo, da področje, ki ga sicer preučuje normativno-dogmatični vidik integralne teorije prava, ni največji problem slovenskega prava. Tu nismo kakšna izjema v evropskem merilu. Tako je ena izmed tez tega prispevka namreč ta, da naš slovenski problem glede pravne države ni toliko normativno-dogmatične narave. Naš pravni sistem v normativnem smislu sicer ni idealen, kot vsak sistem ima realno določene pomanjkljivosti, je pa povsem primerljiv z nekakšnim tipičnim evropskim kontinentalnim pravnim sistemom – najmanj s tistim, ki je z našim primerljiv glede na prevladujoče zgodovinske in geografske okoliščine.

b. Aksiološko-deontološka komponenta pravne države

Aksiologija v pravu zadeva pravne vrednote, deontologija pa etiko v pravu. Tako se aksiološko-deontološka komponenta integralne teorije prava ukvarja predvsem s tovrstnim normativnim vidikom prava – torej s pravom, kot naj bi bilo.⁹ Tako so temeljne vrednote, ki so imanentne pravu, npr. pravna varnost, pravičnost, ustavnost, zakonitost, jasnost in določnost pravnih norm itd. Veliko od teh se nahaja ravno v skupnem ustavnem načelu pravne države, ki je rdeča nit prava. V pravu so pa tudi druge vrednote, ki jih pravo regulira (npr. načelo človeškega dostojanstva, spoštovanja človeških bitij itd.).¹⁰

⁸ Tu ciljamo predvsem na t. i. politično spreminjanje zakonodaje. Tako sta plen bodisi leve ali desne politike prepogosto Zakon o RTV Slovenije in Zakon o visokem šolstvu, pri čemer bi kazalo postaviti zahtevo po kvalificirani večini za njihov sprejem oz. spreminjanje, saj se v nasprotnem primeru to pomembno družbeno področje ne bo nikoli stabiliziralo, kar pa na žalost edino omogoča razvoj.

⁹ Opozarjamo na dvojno pojmovanje normativnosti: (1) v dogmatičnem (pravnoteoretskem) pomenu je to v primerjavi s stvarnim, kar so tu dejstva oz. življenjski primeri; (2) v aksiološko-deontološkem (pravnofilozofskem pomenu) pa gre za primerjavo s pozitivnim, torej dogmatskim pravom. Normativnost se torej v pravu vzpostavlja na dveh nivojih.

¹⁰ N. Visković 1976, *op. cit.*, str. 105–145.

Če to komponento (torej aksiološko-normativno oz. deontološko-normativno) povežemo z dogmatično-normativno, potem lahko ugotovimo, da tudi tu slovenski pravni sistem ni kakšna izjema. Tu bi lahko govorili o formalnem pravnem redu, kot prepletenosti pravnih norm in pravnih vrednot. V tem formalnem smislu pravne države tako Slovenija nikakor ne zaostaja za drugimi primerljivimi državami. Imamo sodobno ustavo z modernim katalogom človekovih pravic, ki jih varuje Ustavno sodišče kot poseben organ, ki v družbi uživa precejšnjo, morda celo najvišjo stopnjo legitimnosti, če vzamemo v ozir državne organe. Človekove pravice kot pomembna moralna dimenzija v pravu se vedno bolj uporabljajo kot pravna podlaga tudi v postopkih rednih sodišč. Poleg tega imamo v naši Ustavi zapisana tudi pomembna ustavna načela, kot so enakost pred zakonom, pravna država, socialna država, delitev oblasti. Ta načela vsakodnevno kot svoje pravne podlage uporablja Ustavno sodišče, ki tako zagotavlja deontološko-normativno komponento v pravnem sistemu. To vse bolj počno tudi redna sodišča.

Toda če je vse tako lepo in prav, saj celo dve komponenti integralnega pogleda na pravo izkazujeta njegovo solidno delovanje v Sloveniji, kje so potem problemi? Čemu sploh to pisanje?

Problem se torej prične pojavljati, ko se iz določenega formalnega vidika pravne države pričnemo spuščati v njen dejanski oz. stvarni vidik. Če sta normativni dogmatični ter normativni aksiološko-deontološki vidik pravne države, ki vključujeta tako formalni kot materialni vidik, v tem smislu zadovoljiva, je treba kaj spregovoriti tudi o njenem stvarnem ali dejanskem vidiku. Zanima nas torej stvarni ali realni vidik normativnosti. S tem pa se najbolj ukvarja sociološka dimenzija prava kot pravna sociologija. Tu njene izsledke pojmuje v okviru integralne teorije prava.

c. Sociološka komponenta pravne države

V pravnosociološkem smislu gre za tretje vrste pojmovanja normativnosti. Tako bi zgoraj omenjeni normativnosti (torej pravnoteoretsko kot tudi pravnofilozofsko) lahko imenovali kot formalno normativnost, pravnosociološko normativnost pa bi lahko imenovali stvarna ali dejanska normativnost – torej materialna normativnost. Tu gre namreč

za diskrepanco med formalno pravnostjo in dejansko ali stvarno pravnostjo – ali formalno pravno državo in materialno pravno državo. Na eni strani imamo formalni pravni sistem, na drugi strani pa materialni pravni sistem ali stvarni, dejansko delujoči pravni sistem.

Glavna teza tega prispevka je, da v Sloveniji tu srečamo največje hibe. To področje bomo analizirali skozi različne koncepte, ki se pojavljajo kot standardni v sociologiji prava: normativna integracija, pravna zavest, pravna učinkovitost, pravna kultura.¹¹ Na koncu bomo videli, da so vsi nekako med seboj povezani. Da gre za tisti element prava, ki se nanaša na njegovo učinkovitost oz. stvarno delovanje.

Najprej je treba tu omeniti teorijo normativne integracije. Ta uči, da je učinkovitost prava odvisna predvsem od tega, kako so pravne norme ponotranjenje, kar pomeni, da se ljudje nekako samoumevno ravnaajo po njih. Ljudje pravne norme ponotranjimo, če jih štejemo za legitimne in svoje oz. smiselne, potrebne.¹² S pojmom normativne integracije je gotovo povezan pojem (osebne in kolektivne) pravne zavesti. Ross je razlikoval formalno pravno zavest, ki pomeni, da se je prava pač treba držati, od materialne pravne zavesti, ki pomeni sledenje legitimnemu pravu.¹³ Če so pravne norme pravilno integrirane, seveda ob predpostavki, da so legitimne, potem bo kolektivna pravna zavest na višjem nivoju, saj bo narekovala njihovo pretežno spoštovanje. Tako normativna integracija kot pravna zavest pa imata za posledico večjo ali manjšo učinkovitost pravnega sistema. Povezava je tu očitno vzročno-posledična: večja normativna integracija in višja pravna zavest privede do večje učinkovitosti pravnega sistema. Tudi učinkovitost prava lahko pojmujeemo v formalni obliki, ki pomeni pravno delovanje s strani pravnih organov, ali v materialni različici, ki pomeni uporabljanje prava v dejanskem ali stvarnem življenju.¹⁴

¹¹ Glej A. Igličar, *Sociologija prava* (Ljubljana: Pravna fakulteta in Cankarjeva založba, 2004).

¹² Tu ni pomembno le stanje v družbi, kar nas tu zanima, temveč tudi družinska vzgoja in proces ponotranjenja družbenih norm, s čimer se ukvarjata predvsem psihologija ter psihoanaliza, kar pa tu ni naš namen. Glej npr. K. Olivecrona, *Law as Fact*, (London: Stevens&Sons, 1971), str. 246–260.

¹³ A. Ross, *On Law and Justice* (New Jersey: The Lawbook Exchange, 2004), str. 54–56.

¹⁴ *Ibid.*

Če je ta slaba, se ljudje ne bodo bolj ali manj samoumevno ravnali po pravnih normah, tako da ne bo k večji učinkovitosti pravnega sistema pomagal še ne vem kako velik nadzor in sankcioniranje. Normativna integracija je pri nas gotovo na nižjem nivoju kot npr. v nekih starih zahodnih demokracijah. Ker je bila ta v Sloveniji, skupaj z nivojem pravne kulture, na višjem nivoju v času Avstro-Ogrske monarhije ter celo tudi v času stare Jugoslavije,¹⁵ je enega od vzrokov za to treba pripisati ravno komunističnemu eksperimentu z odmiranjem države in prava in (pre)počasni stvarni revitalizaciji koncepta pravne države.¹⁶ Če je bila tu morda kolektivna zavest o pomenu ekonomskih in socialnih pravic (oz. socialni državi) na precej visokem nivoju, tega ne moremo trditi za formalni vidik pravne države in avtoriteto prava.

Do večje diskrepance med normativnostjo in stvarnostjo pravnega sistema v sociološkopravnem smislu in s tem do njegove manjše učinkovitosti pride tedaj, če sta si ti dve dimenziji preveč odtujeni. Slovenecem je bil pravni sistem SFRJ (in tudi SRS) odtujen predvsem iz dveh razlogov: (a) ker ni bil demokratičen, temveč izrazito rezultat politične elite; ter (b) ker ni bil avtonomen v nacionalnem smislu. Da pa bi današnji pravni sistem bolj učinkovito deloval – ob tem, da sta oba gornja razloga iz preteklosti vsaj formalno odpravljena – bi bilo treba povečati njegovo normativno integracijo oz. dvigniti kolektivno pravno zavest.

K trenutno manjši stopnji pravne zavesti od neke zaželene gotovo prispevajo tudi negativne tranzicijske zgodbe, ki le počasi dobivajo svoje epilogue. Vstop v EU je gotovo prispeval k dvigovanju nivoja pravna zavesti med prebivalstvom predvsem glede preganjanja korupcije na najrazličnejših področjih, dostopa javnosti do informacij javnega značaja, reforme sodstva in javne uprave itd. Vzpostavil se je evropski pravni okvir, ki je prispeval predvsem k določenemu nivoju dogmatske ter aksiološke komponente pravnega sistema. Kot že rečeno, pa bo treba še precej storiti na nivoju njegove sociološke dimenzije.

Toda kako bi tovrstno situacijo izboljšali? Stanje glede zavedanja ljudi o pravni državi je nemara vendarle nekoliko boljše, kot je bilo v socializ-

¹⁵ N. Pavlin, *Pravna kultura slovenskega sodstva*, magistrska naloga, Evropska pravna fakulteta v Novi Gorici, Nova Gorica (2012).

¹⁶ Podobne težave imajo najbrž vse bivše komunistične države.

mu, četudi je resnici na ljubo ekonomsko-socialna kriza za večino ljudi bolj boleča od politične, a zdi se, da smo še vedno na pol poti v primerjavi z nekimi zahodnimi civilizacijskimi standardi. Tudi pravna kultura se zdi spremenljiva, kar pomeni, da se lahko izboljša.

3. Pravna kultura kot integralni pogled na pravo

Pravno kulturo¹⁷ lahko sicer delimo na splošno pravno kulturo, ki zadeva vse člane neke skupnosti, ter profesionalno pravno kulturo, ki jo predstavljajo oz. gojijo posamezni pravni poklici.¹⁸

Iz pravne sociologije namreč vemo, da je za učinkovitost pravnega sistema pomembnejša od pravnega nadzora v smislu prisilnega izvrševanja pravnih pravil t. i. pravna kultura, ki spodbuja samodejno ravnanje po predpisih – seveda če obstaja nek konsenz, nekakšno pravilo o pripoznanju pravnega sistema kot demokratičnega oz. legitimnega.

Pravna kultura je sicer pravnosociološki pojem, vendar se zdi, da s svojo kompleksnostjo presega same okvire pravne sociologije. Gre namreč za kolektivno pravno zavest, ki vsebuje vse tri vidike integralnega pojma pravo (torej pravne norme, pravne vrednote ter pravne odnose – med ljudmi ter tudi ljudi do pravnih norm).

V tem smislu je eden izmed nepogrešljivih temeljev pravne kulture pravna država v integralnem smislu, kajti v njeni definiciji, ko je to skupek formalnih pravnih norm in pravnih vrednot, ki morajo veljati tudi v materialnem smislu, ne sme manjkati noben del za njeno pravilno pojmovanje.

4. (Pravne) elite kot generatorji pravne kulture

Kot že zgoraj rečeno, se zdi, da pri nas normativni obstoj prava, saj imamo relativno pravno urejeno državo, prehiteva zavedanje njegovega pomena, namreč njegovo ponotranjenje ali normativno integracijo, kot bi dejali pravni sociologi. Pravna zavest državljanov je na prenizki rav-

¹⁷ Kultura iz lat *cultura, colere* gojiti. Kulturo lahko pojmuje kot skupek dosežkov in vrednot neke človeške družbe.

¹⁸ N. Pavlin, *op. cit.*, str. 16–26.

ni – to pa na žalost *a fortiori* še bolj velja za elite. Ni čudno, da se med ljudmi gleda na že samo sodelovanje v nekih elitnih združenjih kot na konspiracijo. Če so predvsem elite v komunizmu prispevale k slabi normativni integraciji v družbi, bi lahko v določenem smislu to rekli tudi za tranzicijsko obdobje. Elite namreč lahko odločilno vplivajo na stanje v družbi. Vedno so in vedno bodo vlekli lastni zgledi, dejanja. Vse to, ta diskrepanca pa seveda vpliva na učinkovitost prava kot njegovo družbeno dimenzijo, ki zaostaja za svojo normativno osnovo.

Tu nas zanima predvsem poklicna vloga pravnikov¹⁹ (in politikov) kot nekakšnih upravljavcev javne družbene sfere. Ker zgledi vlečejo, lahko pravne elite pomenijo pomemben most med formalno pravno zaveštjo in učinkovitostjo in njenima materialnima ustreznicama.

Seveda moramo (pravniške) poklice kot sociološki pojem spet nujno povezati z njihovo aksiološko-deontološko vsebino,²⁰ kar pomeni, da se spet vračamo tudi k integralnemu pojmovanju prava. Tako se v plasti kolektivne družbene zavesti zarisuje (tudi) vrednostno ali etično vprašanje, ki zadeva predvsem nosilce vodilnih funkcij v družbi – tako v politiki kot v pravu oz. sodstvu kot poslednjemu arbitru o dobrem in zlem na nivoju tkiva družbene zunanosti. Da morajo biti nosilci političnih funkcij moralno »brezmadežni«, je standard zahodnih družb in tu Slovenci še nimamo dovolj državljskega poguma,²¹ da bi kot odgovorni državljani dosledno sankcionirali njihove odklone. Raje smo pasivni ali sarkastični – pač politična »vzgoja« iz prejšnjega sistema.

Kaj pa nosilci najvišjih pravnih oz. sodnih funkcij, ki so poslednji arbitri družbene sprejemljivosti? O njih npr. 8. člen Zakon o sodniški službi (ZSS)²² poleg vseh strokovnih kvalifikacij zahteva še osebno primernost. Kot izključitveni razlog za izpolnjevanje tega poslednjega pogoja pa se šteje, da: »Ni osebno primeren za opravljanje sodniške funkcije tisti, za katerega je na podlagi dosedanjega dela, ravnanja ali obnašanja utemeljeno sklepati, da sodniške funkcije ne bo opravljal strokovno, pošteno ali vestno ali da kot sodnik ne bo varoval sodniškega

¹⁹ Tudi to je standardna tema iz sociologije prava.

²⁰ In deloma tudi z normativno komponento v smislu pravnih norm.

²¹ Kranjc govori o civilnem pogumu. J. Kranjc, »Ideal pravnika«, *Podjetje in delo* 6–7, 2003, str. 1704–1722.

²² Uradni list RS, št. 19/94 in nasl.

ugleda, nepristranskosti in neodvisnosti sojenja ...» Čisto pravno-tehnično so vsi pogoji za sodnika oz. sodnico določeni kumulativno, kar pomeni, da imajo vsaj v normativnem smislu povsem enako vrednost, a v simbolnem smislu je gotovo pomemben tudi vrstni red. Še huje je v primeru Zakona o Ustavnem sodišču (v nadaljevanju ZUstS),²³ ki za sodnico oz. sodnika Ustavnega sodišča zahteva (le) državljanstvo Republike Slovenije, »status« pravnega strokovnjaka in starost najmanj 40 let. Ne duha ne sluha v pravno-normativnem smislu o nekakšni osebnostni primernosti, čeprav ustavni sodniki odločajo o najpomembnejših družbenih vprašanjih, pri čemer pa se zgoraj omenjeni člen ZSS ne uporablja subsidiarno pri ZUstS. Že notorno dejstvo je danes v pravni teoriji, vsaj tja od Dworkinovih pionirskih del dalje, da pri težkih primerih gre tudi za pomembno moralno odločanje.

Tudi v primeru ZSS ta sankcionira le odklone od nekega moralnega povprečja, prav gotovo pa ne išče najbolj moralnih osebnosti. Tu pa nas lahko zaskrbi, da je denimo študija glede moralnega razvoja po Kohlbergovem testu, ki je bila že pred leti opravljena na ljubljanski univerzi, pokazala, da so se študentje prava zelo slabo odrezali.²⁴ Poleg tega tudi ameriška profesorica prava in psihologije Susan Daicoff v svojem znanim delu *Lawyer, Know Thyself*²⁵ ugotavlja, da smo po meritvah moralnega razvoja po Kohlbergu pravniki statistično nekje na (srednji) institucionalni fazi tovrstnega razvoja.

Toda, ali se nismo tu ujeli v nekakšno pravno pozitivistično zvijačo, po kateri naj bi bilo vsakršno pravno odločanje objektivno, nevtrarno, zato je za strokovnjaka potrebno le pravno znanje, ki je edini garant dobrih (in pravičnih) pravnih odločitev. Modrost in etičnost za pravo nista potrebni, ker nista znanstveno preverljivi. Pravni sistem je kot takšen popoln in za reševanje pravnih problemov tako znanje zadostuje. A vemo, da je ekskluzivni pravni pozitivizem danes večinoma presežen. Tako se zdi, da bomo kot družba naredili določen razvoj, če bomo predvsem elitam, tako tudi političnim in pravnim, nastavili karseda iz-

²³ Uradni list RS, št. 15/94 in nasl.

²⁴ K. Šugman, *Moralno življenje prava (kognitivna razvojna teorija, feministična teorija in kazensko pravo)*, magistrska naloga, Pravna fakulteta v Ljubljani, Ljubljana 1996.

²⁵ S. S. Daicoff, *Lawyer, Know Thyself, A Psychological Analysis of Personality Strengths and Weaknesses*, (Washington: American Psychological Association, 2004).

ostreno ogledalo in izrabljanje visokih funkcij na škodo javnega dosledno sankcionirali. Predvsem pa bi bilo v te elite – vsaj kar se prava tiče in tu ciljamo predvsem na sodstvo – treba pridobiti tiste z vrha moralne piramide. Kajti poslednji odločevalci o družbenih antagonizmih morajo biti avtoritete. To pa bodo vzpostavile le močne moralne osebnosti, ne pa kakšni sodni uradniki.

Seveda pa *status quo* ni zabetonirana danost. Možen je razvoj in izboljšanje. Celo pri nas, četudi se radi ogrinjamo z narcisističnim pesimizmom, samo da ne bi bilo treba nič storiti. Toda za večjo kakovost – tudi pravne države – bomo morali (še) bolj paziti na kakovost izbire vodilnih, jih prebrati, dobro plačati, a jim zato neutrudno gledati pod prste ter strogo sankcionirati njihova odklonska ravnanja.

Seznam bibliografije

1. Barberis, M. (2012), »Pravo in morala«, *Revus* 16, 15–16.
2. Daicoff, S. S. (2004), *Lawyer, Know Thyself, A Psychological Analysis of Personality Strengths and Weaknesses*. Washington, American Psychological Association.
3. Falcón y Tella, M. J. (2010), *A Three-Dimensional Theory of Law*. Martinus Nijhoff Publishers.
4. Igličar, A. (2004), *Sociologija prava*. Ljubljana, Pravna fakulteta in Cankarjeva založba.
5. Kantorowicz, H. (1925), *Staatsauffassungen: Eine Skizze*. Braun.
6. Kelly, J. (1994), *A Short History of Legal Theory*. Oxford, Oxford University Press.
7. Kranjc, J. (2003), »Ideal pravnika«. *Podjetje in delo* 6–7, 1704–1722.
8. Moreira Lima, A. C. (2008), »A Brazilian Perspective On Jurisprudence: Migule Reale's Tridimensional Theory of Law«, *Oregon Review of Int'l Law* 10, 77–148.
9. Novak, M. (2010), *Uvod v pravo*. Nova Gorica, Evropska pravna fakulteta v Novi Gorici.
10. Olivecrona, K. (1971), *Law as Fact*. London, Stevens&Sons.
11. Pavčnik, M. (2007), *Teorija prava*. Ljubljana, GV Založba.
12. N. Pavlin, *Pravna kultura slovenskega sodstva*, magistrska naloga, Evropska pravna fakulteta v Novi Gorici, Nova Gorica 2012.
13. Pokrovac, Z. (2009), »Hermann U. Kantorowicz i trializam«, neobjavljeni referat na simpoziju ob 70. letnici N. Viskovića. Rijeka.
14. Reale, M. (1968), *Teoria Tridimensional do Direito*. Sao Paolo, Saraiva.
15. Ross, A. (2004), *On Law and Justice*. New Jersey, The Lawbook Exchange.
16. Šugman, K. (1996), *Moralno življenje prava (kognitivna razvojna teorija, feministična teorija in kazensko pravo)*, magistrska naloga. Ljubljana, Pravna fakulteta.
17. Vilfan, S. (1991), *Uvod v pravno zgodovino*. Ljubljana, ČZ Uradni list RS.
18. Viskovič, N. (1976), *Pojam prava: prilog integralnoj teoriji prava*. Split, Biblioteka Pravnog fakulteta u Splitu.
19. Visković, N. (2006), *Teorija države i prava*. Zagreb, CDO Birotehnika.
20. Žun, A. (1968), »Problem razmerja med filozofijo prava, pravno znanostjo in sociologijo prava«, *Pravnik* 7–8, 225–232.

PRAVNI INSTRUMENTALIZEM KOT UNIČEVALEC VLADAVINE PRAVA

Bojan Žalec

I. Uvod

Glavna teza pričujočega članka je, da pravni instrumentalizem razžira vladavino prava. Članek je filozofske narave in v njem gojimo filozofski metodični pristop, pri katerem sta v ospredju analiza pojmov ter uvedba, v obravnavo zadevne teme, določenih filozofskih pojmov in razlikovanj (npr. paradigma, prava funkcija, distinkcija med tradicionalno in ne-tradicionalno epistemologijo), ki omogočajo popolnejše in razločnejše razumevanje narave, pogojev in dejavnikov vladavine prava in brez katerih je razprava o naštetih rečeh inferiorna.

Glavni in izvirni prispevek članka k dosedanjim razpravam o vladavini prava in delovanju ustanov nasploh je uporaba Dreyfusovega pojma paradigme (ki ga je le-ta razvil na podlagi preučevanja Heideggerjeve filozofije) za pojasnitev pogojev za delovanje vladavine prava in inštitucij nasploh in trditve, da je za delovanje ustanov potrebno, da se na njih zanesemo, v njih verujemo in jim zaupamo.¹

Ozadje celotnega razmišljanja v pričujočem članku predstavlja moje širše raziskovanje škodljivih posledic mišljenja in ravnanja, ki ni zmorno upoštevati presežne narave določenih bitij in reči. Ta presežnost ima (lahko) več vidikov: spoznavnega, ontološkega in etičnega.² Tak imanentizem je pozitiven dejavnik in podlaga slabega instrumentalizma, ki kot gola sredstva, instrumente obravnava reči in bitja, ki pa jih ne bi smel (oz. kadar jih ne bi smel) tako jemati.

Članek ima tri glavne dele. Prvi del je prispevek k pojmovni razjasnitvi pojma vladavina prava. V drugem delu pojasnjujemo pojem

¹ Za podrobnejšo analizo pojma zaupanja in njegovih vrst, pogojev, dejavnikov, njegovega odnosa do sorodnih in z njim povezanih pojmov (zanesenja, verovanja itd.) prim. Žalec 2011b.

² Za pojasnitev presežne narave človeške osebe v vseh treh ozirih prim. Žalec 2010.

pravnega instrumentalizma, genezo njegovega razbohotenja oz. njegove prevlade v prejšnjem stoletju ter zakaj je oboje nevarno. Trdimo, da je glavna nevarnost v uničevanju vladavine prava. V tretjem delu pojasnujemo, s pomočjo pojma paradigme in netradicionalne (nekartezijanske) sodobne spoznavne teorije, kakšno mora biti naše razumevanje (vladavine) prava in sploh ustanov, ki nam v moderni situaciji omogoča, da ne zapademo v slab in nevaren, v določenih pogledih potencialno lahko tudi usoden, (pravni) instrumentalizem.

Referenčni okvir članka tvorijo dela ameriškega pravnega teoretika Briana Tamanaha ter filozofov Huberta Dreyfusa (ki interpretira, posreduje, aplicira in naprej razvija dognanja Martina Heideggerja), Michaela Oakeshotta, Alvina Plantinge pa tudi Imreja Lakatosa in nekatera moja prej izdana besedila o rečeh, ki so relevantne za ta članek.

2. Kdaj lahko govorimo o vladavini prava

Izraz vladavina prava se nanaša na ljudi, ki so povezani na poseben način, in sicer z zakoni. Ljudje, ki so tako združeni, pripoznavajo določene pogoje svoje združenosti, in sicer zakone. (Prim. Oakeshott 1999, 129) Izraz vladavina prava se nanaša na določeno obliko človeške povezanosti, ki (lahko) obstaja dejansko uresničena, četudi je samo intuitivno razumljena, nereflektirana ter na pol ali nerazločno dojeta. Namen refleksije ni ustvarjanje ali izumljanje takega odnosa, ampak doseganje jasne(jše) in razločne(jše) predstave o vladavini prava tako, da poskuša izluščiti in razločno predstaviti njene pogoje. Izraz vladavina prava se nanaša na odnos, katerega edini in ekskluzivni pogoji so pravila določene vrste, se pravi zakoni. Ti zakoni pa seveda niso taki zakoni, kot so zakoni fizike, kemije, ekonomije ali tudi psihologije, katerih namen je predvideti, kaj se bo (verjetno) zgodilo, ali razložiti, kar se je že zgodilo. Namen teh zakonov je razglasiti določene pogoje sprejemljivih odnosov. (Prim. Oakeshott 1999, 131)

Prva vrsta odnosov so transakcijski odnosi, s katerimi si ljudje prizadevajo zadovoljiti kake svoje potrebe ali interese. Pri golem transakcijskem odnosu lahko obstajajo pravila, ki se jih udeležene osebe držijo, vendar so ta pravila golo sredstvo, goli instrument za zadovoljitev želja in doseganja predmeta interesa udeležencev. Ljudje, ki jih povezuje

transakcijski odnos za uresničevanje svojih želja oz. doseganje svojih interesov, kot taki še niso dovolj, da bi lahko govorili o vladavini prava, saj njihovi odnosi niso podvrženi presoji v luči nobenega drugega merila, kot je zadovoljitev njihovih potreb. Za govor o vladavini prava je to premalo. V takem primeru ne moremo reči, da pravna pravila (zakoni) vladajo, da smo jih pripoznali kot »vladarja«, ampak so razumljena kot golo sredstvo za naše želje in interese.

Zato si oglejmo drugo vrsto odnosov, in sicer odnose, ki so vključeni, vpleteni v igranje igre, kot so nogomet, golf ali šah, da se bolj približamo razumevanju vladavine prava. Oseba, ki je v teh odnosih, je igralec oz. tekmovalec zadevne igre, ki pa ga ne moremo razumeti v pojmih zadovoljevanja njegovih želja, ampak v pojmih spoštovanja pravil zadevne igre. (Prim. Oakeshott 1999, 137) Veljavnost pravila igre je v tem, da je pristno pravilo igre. Pravilo lahko spremenimo samo na podlagi obravnave, ki pa ga ne obravnava kot golo sredstvo, ampak mora upoštevati naravo zadevne igre, sicer ni več pravo ali pristno pravilo te igre.

Obstaja razlika med pravili igre in »pravili«, ki jih sprejmemo samo zato, da bi zadovoljili kake svoje potrebe, ki so zgolj instrument teh potreb. V tem primeru je relevantna samo želja (ali interes) in njena zadovoljitev. Pravilo lahko takoj zamenjamo z drugim, če mislimo, da bomo tako lažje prišli do zadovoljitve svoje želje. Pri spreminjanju pravil igre pa je stvar malo drugačna. Ne moremo poljubno spreminjati pravil nogometa, če ugotovimo, da bomo z njihovo spremembo lažje postali nogometni prvaki. Možnosti spreminjanja omejuje ohranitev nogometne igre: pravilo mora biti tako, da se nogometna igra še ohrani kot taka, sicer tudi če bomo zmagali v igri, ne bomo zmagali več v nogometu, ker igra po spremembi ne bo več nogomet. Tu smo se že bolj približali vladavini prava. Niso kar vsaka pravila oz. njihove spremembe take, da ohranjajo vladavino prava. Vsaka pravila ali njihove spremembe niso prave ali sprejemljive z vidika vzpostavljanja in ohranjanja vladavine prava. V tem smislu pravila, ki veljajo pri vladavini prava, niso golo sredstvo za zadovoljevanje naših želja, tako kot to niso pravila, ki še ohranjajo določeno igro kot tako.

Izraz vladavina prava se nanaša na družbe, katerih člani v zadostnem številu pripoznavajo avtoritete zakonov, ki nalagajo obveznost njihovega spoštovanja vsem, ki so pod njihovo jurisdikcijo. Člani družbe morajo

poznati zakone in imeti na voljo postopke za preverbo tega, katere obli- gacije ti zakoni predpisujejo. (Prim. Oakeshott 1999, 149–50) Prav tako mora obstajati suveren zakonodajni subjekt in varuh zakonov. (Prim. Oakeshott 1999, 148–150)

Zakon vladavine prava predpostavlja tudi določeno soglasje o pravičnosti, in v tem je neinstrumentalnost zakonov v primeru vladavine prava. Sama procedura kot taka zakonu avtomatično še ne podeljuje pravičnosti, ampak se meni, da je v družbi, kjer zakonodajno telo ali ure-ditev nista vsiljeni, najboljša procedura, da pridemo do pravičnih zakono- nov, dejavnost določenega zakonodajnega telesa in spoštovanje njegovih odločitev. Zato tisti, ki zakonodajno telo in zakone instrumentalizirajo za svoje želje in interese in jih ne uporabljajo za doseganje pravičnosti (ki je neodvisna od teh želja in interesov), zlorabljajo svoj položaj zakono- dajnega telesa in zakone in s tem zmanjšujejo vladavino prava in jo na tak način v skrajnih primerih uničijo. Zato Aristotel v 5. knjigi *Nikomahove etike*, kjer se ukvarja s pravičnostjo in krivičnostjo, govori o tem, da dejansko uresničevanje pravičnosti potrebuje blagohotno ko- rigriranje zakona.

V družbah, kjer ni zadostnega soglasja o tem, kaj je pravično, ne mo- remo govoriti o vladavini prava, ker so v takem položaju zakoni že kot taki instrumentalizirani. Po drugi strani pa v družbi lahko vlada zado- stno soglasje o tem, kaj je pravično, obstaja vladavina prava, vendar vse to še ne pomeni, da je družba pravična. Zadostno soglasje o pravičnosti je potreben pogoj, da lahko govorimo o vladavini prava v neki družbi, po drugi strani pa dejstvo, da obstaja zadostno število relevantnih ljudi, ki soglašajo o tem, kaj je pravično, še ne pomeni, da je mnenje teh, ki soglašajo o tem, kaj je pravično, pravilno. Obenem pa je vsaj teoretič- no možno, da so družbe, v katerih ni vladavine prava, vsaj v določenih pogledih, pravične.

3. Instrumentalističen pogled na pravo

Za instrumentalistični pogled na pravo je pravo zgolj sredstvo za do- sego določenih ciljev in nič drugega. Pravni instrumentalizem je zelo razširjen in se mnogim zdi samoumeven. Manifestira se na različne na- čine in v različnih kontekstih: v naukih pravnih teoretikov, v pravni

praksi, kot pogled na sodnike in sojenje, kot pogled na zakon in zakonodajalce ...

Vendar pa pravni instrumentalizem ni bil vedno tako razširjen kot danes. Še ne tako davno se je menilo, da ima pravo neko inherentno vsebino in integriteto, ki so jo različno razlagali: kot odraz božjega zakona, kot običajno pravo, kot stvar razuma ... Za instrumentalizem pa je, kot pravi Brian Tamanaha (2007), pravo prazna posoda, ki jo smemo napolniti v skladu z lastnimi željami in interesi in lahko potem z njo poljubno manipuliramo.

3. 1 Nevarnosti pravnega instrumentalizma

Kot opozarja Tamanaha (2007), prva nevarnost tiči v povzročitvi hobbsovskega stanja vojne vsem proti vsem, kjer bo pravo uporabljeno v tej vojni in bo namesto, da bi konflikte urejalo le-te samo povzročalo. Druga nevarnost pa je še večja: instrumentalizem razžira vladavino prava.

3. 2 Primeri oz. tipi instrumentalističnih in neinstrumentalističnih pravnih akterjev³

Bodimo malo bolj nazorni v razlikovanju med instrumentalističnim in neinstrumentalističnim zadržanjem na področju prava: pravniki z instrumentalističnim pogledom bodo brezmejno manipulirali z zakoni, da bi dosegli čim boljši izzid za svojega klienta, neinstrumentalistično usmerjeni pravniki pa bodo pri zastopanju svoje stranke bolj upoštevali integriteto prava. Skupine, ki imajo instrumentalističen pogled na pravo si prizadevajo za imenovanje sodnikov, ki bodo manipulirali pravna pravila v njihovo korist, osebe z neinstrumentalističnim pogledom pa si želijo na sodniških funkcijah osebe, ki v prvi vrsti spoštujejo integriteto prava. Zakonodajalci z instrumentalističnim pogledom bodo zagovarjali vsak zakon, ki bo v skladu z njihovimi željami oz. interesi, tisti z neinstrumentalističnim pogledom pa bodo pri sprejetju zakonov pravo obravnavali kot nekaj, kar ima določeno integriteto glede na naše kon-

³ Prim. Tamanaha 2007, lok. 239–41 isl.

kretne oz. jasno in razločno določljive želje in interese, integriteto, ki je ne smemo kršiti.

Neinstrumentalist lahko kot tako omejitvev za zakone sprejema naravna načela, globinski ethos svoje skupnosti ipd. Sicer pa je množica ciljev, ki jih zasledujejo instrumentalisti, (lahko) zelo različna: od osebne koristi, napredovanja, do doseganja družbenih sprememb ali ideoloških ciljev (»naša stvar«).

3. 3 Geneza prevlade pravnega instrumentalizma

Pravni instrumentalizem je zares prevladal v dvajsetem stoletju. Pravzaprav so bili nameni pravnih instrumentalistov dobri, saj so si prizadevali za t. i. realnost prava oz. pogleda nanj. Pomembno vlogo pri uveljavitvi pravnega instrumentalizma je igralo sklicevanje na skupno dobro, se pravi dvodelna trditev: pravo je sredstvo (prvi del) za doseg skupnega dobrega (ali javne blaginje) (drugi del). V dvajsetem stoletju je vse bolj naraščala heterogenost pogledov o tem, kaj je dobro in (s tem) skupno dobro. Sklicevanje na skupno dobro je po mnenju mnogih postalo vprašljivo kot argument v etični razpravi. Večalo se je število skupin, ki so razglašale pravičnost svojih ciljev in jih agresivno skušale doseči, ne da bi, razen retorike, podale kakšno utemeljitev svojega ravnanja in ciljev. Zato je postopoma izginil drugi del trditve in ostal samo prvi del: pravo je sredstvo, pika. (Prim. Tamanaha 2007)

Kot poudarja Tamanaha (2007) je pomembna naloga razmisleka o pravu, njegovem delovanju in o vladavini prava, da preučuje množico zaskrbljujočih implikacij tega obrata. Kakorkoli že, prišlo je do spremembe: pravo ni več razumljeno kot sredstvo za doseganje javne blaginje ali skupnega dobrega, ampak zgolj kot sredstvo. O tem, za kaj naj bo sredstvo, pa ne moremo (utemeljeno) razpravljati. To je poljubno oz. subjektivno, saj ni razumnih meril za to, kaj je moralno in kaj ne.

Mnogi trdijo, da je pravo dejansko bilo vedno instrumentalistično oz. instrumentalizirano. Danes si to samo odkrito priznavamo, kar je prav in tudi koristno: pravo je razkrita kot tisto, kar v resnici je, in odkrit spopad daje boljše rezultate kot pa zakrinkan.

Tu lahko najprej pripomnimo, da tako stališče razkriva, da smo tako globoko potopljeni v instrumentalistično obzorje, da ne verjamemo,

da ima lahko razumen človek resnično neinstrumentalističen pogled na pravo. Predvsem pa je potrebno poudariti, da je sicer v teh trditvah instrumentalistov precej resnice, vendar pa to ni vsa resnica, in ta preostanek je bistven: vendarle je v preteklosti veliko število relevantnih oseb gojilo neinstrumentalističen pogled na pravo. Sodniki, pravniki in tudi drugi so pravo v zadostni meri obravnavali kot nekaj, kar ima svojo avtonomijo in integriteto. Ideali pa imajo svoj potencial, da oblikujejo družbo samo tako dolgo, dokler ljudje v njih verjamejo in ravnajo v njihovi smeri. V tem smislu je večina naše družbene stvarnosti konstrukt naših idej in prepričanj. (Prim. Tamanaha 2007, lok. 221–23).

Naj sklenemo: Naša prizadevanja imajo pogosto nasprotno posledice in učinke od nameranih. To se je zgodilo tudi v primeru instrumentalističnih reformatorjev prava in borcev za liberalno stvar (Tamanaha 2007, lok. 223–25). Po drugi strani pa je tudi res, da so se okoliščine do danes spremenile do te mere, da izključujejo vrnitev k tradicionalni argumentaciji v prid neinstrumentalističnemu pogledu na pravo. Tako je moderno stanje. Rešitev seveda ni v zanikanju, da je pravo v določeni meri orodje, ampak v postavljanju omejitev obravnavi prava kot orodja, v nasprotovanju stališču, da je prav obravnavati pravo zgolj kot orodje. Kakšen širši pogled in zadržanje nam to omogočata? Na to bomo poskušali odgovoriti v nadaljevanju tega članka.

4. Vera v ustanove je temelj njihovega delovanja

Če ne moremo dokazati, da tisto, kar imamo za dobro oz. kar je potrebno za dobro, obstaja, moramo v to verovati. To je Platonov pristop, ki ga razodeva preučevanje mitov, ki jih zasledimo v Platonovi filozofiji (prim. Reale 2002). Večino etičnih stvari ne moremo dokazati. Torej moremo v njih verovati. Isto velja za vladavino prava. Potemtakem moramo verovati, da obstaja formalna legalnost, omejitev oblasti in vladavina prava, ne posameznikov. To so reči, ki tvorijo vladavino prava (prim. DeGirolami 2008), in v njihov obstoj, v obstoj teh idealov, v to, da se

uresničujemo, moramo verjeti,⁴ če naj vladavina prava obstaja. Toda kako verjeti, da nekaj obstaja, če (se zdi da) to ne obstaja?

Tukaj si lahko pomagamo s pojmom raziskovalnega programa, kot ga je razvil filozof in teoretik znanosti Imre Lakatos (2012). En način, da gojimo vero v želeno stvar, je, da tako prilagodimo našo teorijo, ki bo tako obdelala anomalije, anomalije z vidika te teorije oz. tega raziskovalnega programa, da bomo lahko to verjeli. Mi moramo biti »verniki« obstoja vladavine prava, če hočemo, da bo ta res realna. Zato si moramo prizadevati za oblikovanje in uveljavljanje takega (teoretskega) pogleda, ki bo s tako vero združljiv oz. jo celo spodbujal.

Moramo verjeti, da je možen svet, v katerem bo prevladoval neinstrumentalističen odnos do prava in v katerem bo možno preživeti tudi, če bomo imeli neinstrumentalističen odnos do prava. Zavedati se moramo, da instrumentalistična uporaba prava ni moralna in da je možno preživeti oz. dobro živeti tudi, če imamo neinstrumentalističen odnos do prava. Pomemben je že prvi korak, kajti mnogi, morda večina, ne vidijo nič slabega ali moralno spornega v instrumentalističnem odnosu do prava.

Vladavina prava je samouresničujoča prerokba: če vanjo verjameмо, postane realnost. Družbeno stvarnost konstruirajo ideali, v katere verjameмо, v tem smislu ideje ali ideali ustvarjajo družbeno stvarnost in njeno zgodovino. Tudi instrumentalizem je samouresničujoča družbena prerokba in to je tudi npr. tekmovalnost: najprej vzgajamo ljudi v instrumentaliste, češ da svet deluje instrumentalistično in v njem lahko preživijo le instrumentalisti, potem pa ugotovljamo, da svet deluje instrumentalistično ... in krog je sklenjen. Podobno velja za vzgojo pravnikov v duhu pravnega instrumentalizma. Če hočemo premagati instrumentalizem, se moramo povezati vsi neinstrumentalisti, ravnati neinstrumentalistično, iz principa, in le tako bomo lahko dokazali, da je neinstrumentalističen svet možen.

Neinstrumentalističen svet bomo lahko ustvarili samo, če bomo verjeli, da je možen. Možen pa je samo takrat, ko ljudje verjamejo v presežno naravo prava. V to se mora verovati, saj tega ni nikoli mogoče povsem dokazati. Kako zagotoviti vero v presežno naravo prava?

⁴ Tezo, da je vera v vladavino prava potrebna za njen obstoj, zagovarja in pojasnjuje tudi DeGiroلامي (2008).

Instrumentalistična uporaba je slaba, tudi v dobre namene: neinstrumentalističen odnos do prava omogoča delovanje »božjega« očesa, ki vidi neprimerno več in dlje od kateregakoli posameznika in katerekoli skupine, ki vidi posledice, ki jih mi ne moremo videti, zaradi svoje omejene perspektive, pa če imamo še tako dobre namene. Verjeti moramo, da je neinstrumentalističen odnos do prava nekaj dobrega. Pred pravom in njegovo močjo in zmožnostjo za dobro moramo biti ponižni in se zavedati omejenosti svojega pogleda. Ta zavest o omejenosti in ponižnost sta pogoj iskrenega spoštovanja vsake inštitucije in vsake paradigme. Gre za sprejemanje tega, da nekaj presega naše zmožnosti, naše dojetje dobrega in da objektivno dobro ni nujno tisto, kar mi lahko kot tako jasno dojamemo, imamo pa za to »naprave«, inštitucije, s katerimi ta svoj primanjkljaj presegamo in ki nam omogočajo, da ravnamo v smeri tega dobrega, četudi tega ne vidimo. Tako kot se pri vodenju zares velikih naprav, npr. velikega letala ali podmornice ali vesoljskega plovila, ne moremo zanesti na neposredno zaznavanje, ampak moramo zaupati inštrumentom, tako se v pogledu dobrega vodenja družbe ne moremo zanašati samo na to, kar je nam razvidno in jasno, ampak moramo zaupati v razmišljanje in ravnanje, ki je v skladu s spoštovanjem inštitucij, kot je na primer pravo, in do teh inštitucij ne smemo imeti instrumentalističnega odnosa, če hočemo, da so zares naši inštrumenti oz. vodiči v sferi tistega, kar nam ni neposredno zaznavno ali jasno in razvidno. Vera, da svet presega zmožnost našega upravljanja in da se ne moremo zanašati samo na tisto, kar nam je zaznavno, jasno in razvidno, je nujna, če se hočemo izogniti instrumentalističnemu odnosu na splošno, se pravi tudi v odnosu do inštitucij, kot je pravo.

4. 1 Škodljivost tradicionalne novoveške epistemologije

Nasprotovanje sprejetju presežnosti in neinstrumentalističnemu zanašanju na inštitucije lahko krepí novoveška tradicionalistična spoznavna teorija. Ta teorija trdi, da je vednost upravičeno prepričanje, ki je resnično. Njej nasprotni epistemologiji, ki je primerna za neinstrumentalistično zadržanje, ni potrebno zavračati te opredelitve na tej splošni ravni. Problem se pojavi pri tradicionalističnem razumevanju upravičenosti, ki ima za upravičeno samo tisto, kar izhaja iz čutnega izkustva ali

pa iz samorazvidnih premis. Nasprotno pa netradicionalistična epistemologija trdi, da so lahko verodostojna tudi prepričanja, ki niso upravičena na tak način. Morda najbolj slavno in izdelano epistemologijo te vrste je razvil ameriški filozof Alvin Plantinga (1993). Plantinga postavi tri pogoje za verodostojnost prepričanja: 1. da spoznavni aparat pravilno deluje; 2. da obstaja ujemanje med okoljem in spoznavnim aparatom; 3. da obstaja načrt oblikovalca, na podlagi katerega ima določena stvar svojo pravo funkcijo in tako pravo funkcijo imajo tudi naprave ali organi spoznavanja. Te funkcije mi sami ne ustvarjamo, ampak jo le odkrivamo, na podlagi preučevanja zgodovine stvari. Preučevanje zgodovine inštitucij nam kaže, da inštitucije ljudi oz. družbo lahko dobro vodijo in da je prava funkcija inštitucij ravno tako vodenje. Vendar je potreben pogoj za to, da funkcija lahko opravlja svojo vlogo, to, da zadostno število ljudi v družbi vanjo verjame, kar pomeni, da imajo do nje neinstrumentalističen odnos. Kratkoročno se lahko včasih zdi, da je boljši instrumentalističen odnos oz. da inštitucije niso dober vodič, da bi se jih bilo bolje znebiti. Vendar pa se večinoma na dolgi rok izkaže, da je neinstrumentalističen odnos do inštitucij prava pot, čeprav morda šele takrat, ko akterjev (ne)instrumentalističnega odnosa do ustanov ni več med živimi. To je, kot da bi zaupal raziskovalnemu programu v Laktosevem smislu te besede. Podobno je z ustanovami. Tisti, ki jemljejo pravo zgolj kot instrument, so v določenem smislu napuhnjeni in neponižni. Zato je spoštovanje vladavine prava oz. podlag, ki ga omogočajo, stvar vere.

Zakaj instrumentalizem ogroža vladavino prava? Zato, ker instrumentalističen odnos do prava ravno pomeni odsotnost vere, ki pa je potrebna, če naj bo vladavina prava dejanska. Potemtakem je pravni instrumentalizem poguben za vladavino prava, brez katere pa ni možna pravna država.

4. 2 Ustanove kot paradigme

O inštitucijah, kot je pravo, ustava ipd., lahko govorimo kot o paradigmah.⁵ Prav tako mora biti npr. univerza razumljena kot paradigma, če naj deluje kot univerza, če naj opravlja svojo pravo funkcijo. Če naj paradigme opravljajo svojo pravo funkcije, če naj torej delujejo kot paradigme, jih moramo kot take tudi jemati, ne pa da imamo do njih instrumentalističen odnos. Kaj so primeri paradigem v smislu, kot besedo uporabljamo tukaj? Umetniška dela, npr. Kralj Ojdip, Shakespeareov Hamlet, Bratje Karamazovi Dostojevskega, Dantejeva Božanska komedija, Beethovnova 9. simfonija, Prešernov Krst pri Savici, Mozartov Rekvijem; pravo in ustava določenega okolja; Sveto pismo, Jezus Kristus; univerza. Na področju znanosti, umetnosti, religije in konec koncev tudi politike nikoli ne sme prevladati popolnoma instrumentalističen odnos, saj to onemogoča delovaje osrednjih ustanov in stvaritev teh področij. To ne pomeni, da momentov teh področij (ustanov, stvaritev ...) ne smemo uporabljati, da jih ne smemo obravnavati tudi kot sredstvo, vendar pa se moramo zavedati, da lahko delujejo samo, če jih jemljemo kot presežne. Značilnost paradigem je namreč to, da so interpretacijsko neizčrpne, razumsko neobvladljive, netotalizabilne, da jih ne moremo nikoli popolnoma razumeti, v tem smislu izčrpati, lahko pa jih posnemamo. Pravilen odnos do paradigem je nek način posnemanja. Zato je tudi izročilo, tradicija neke vrste paradigma in dejansko lahko Kuhnov pojem ustaljene znanstvene paradigme (prim. Kuhn 1998) primerjamo s tradicijo oz. s spoštovanjem tradicije in ravnanjem po njej. Sedaj je tudi že jasno, da tako pojmovanje nudi kar precej dobrih oporišč za konservativni pogled. Pravzaprav menim, da je dober konservativen pogled lahko le tisti, ki je utemeljen in ga prežema presežnostno zadržanje na področju politike, znanosti in izobraževanja, umetnosti. Pogled z nepresežnim zadržanjem, ki pa obenem govori o svetosti in podobnih vrednotah, ob tem pa vse njegovo doživljanje, mišljenje in ravnanje razodeva njegovo nepresežno, se pravi instrumentalistično zadržanje, je pravzaprav zelo

⁵ Izraz paradigma uporabljam v pomenu, kot ga je na podlagi preučevanja Heideggerja razvil ameriški filozof Hubert Dreyfus. (Prim. Dreyfus 2006, tudi Žalec 2010.)

nevaren. Tako kombinacijo so predstavljale totalitarne ideologije in njihove konkretne uresničitve v preteklem 20. stoletju.

Vendar pa to ne pomeni, da orisani pogled lahko sprejmejo samo konservativci. Konec koncev orisani pogled morda največ dolguje misli Martina Heideggerja, za katerega pa bi vendarle ne mogli trditi, da je bil konservativec, prav nasprotno (prim. Safranski 2010).

4. 3 Pomen ljubezni in problem širšega instrumentalističnega ozadja

Neinstrumentalistično zadržanje pa je potreben pogoj še za nekaj, brez česar dejansko ni mogoče niti delovanje znanosti, umetnosti, družbe, države, vladavina prava, niti njihova ohranitev. To je ljubezen. Ljubezen je čustvo, ki lahko temelji samo na neinstrumentalističnem odnosu do ljubljene stvari ali bitja. Ljubezen je potreben pogoj za zares etično življenje, ki dejansko ni mogoče brez žrtvovanja. Za žrtvovanje je potrebno premagati strah pred izgubo oz. trpljenjem. Ta strah lahko premagamo samo na podlagi zelo močnih negativnih čustev (jeza, sovraštvo, srd) ali pa močnega pozitivnega čustva ljubezni. Negativna čustva vsekakor niso graditeljsko usmerjena in ne morejo služiti kot podlaga za uresničevanje takih stvari, kot je vladavina prava. Lahko pa premagajo strah pred tveganjem in ljudi poženejo npr. v teroristična dejanja (prim. Žalec 2012). Nasprotno pa ljubezen ima graditeljsko moč, čeprav se moramo zavedati, da tudi vsaka ljubezen ni dobra, če zavzame neprimerno vlogo. Tako so ljudje storili že veliko slabega iz ljubezni do svojih otrok. To nas navaja na misel, da mora biti na prvem mestu ljubezen do nečesa, kar človeka pravzaprav usmerja v dobro ravnanje. Za kristjane je to ljubezen do Boga, ki vključuje strah, da bi Boga prizadeli. Zato je za kristjane strah božji, ali sinovski strah, kot ga je imenoval Tomaž Akvinski, se pravi strah pred tem, da bi prizadel Očeta (Očeta pa lahko prizadeleš samo z grehom, se pravi z neetičnim življenjem), podlaga etičnega ravnanja (prim. Žalec 2012). Kakorkoli že, ustrezna ljubezen je vsekakor potreben pogoj za dejansko etično ravnanje, tudi na področju prava. Težko bi lahko govorili o ljubezni do vladavine prava, vsekakor pa je za vladavino prava potrebna ljubezen do tistega, kar vladavina predstavlja, in potemtakem prepričanje, da vladavina prava sploh nekaj predstavlja, kar ljubimo in kar potemtakem ne moremo instrumentalizirati.

Dejali smo, da vladavina prava tisto neinstrumentabilno predstavlja, ne pa da je njegovo orodje. Naj pojasnimo, kar imamo na umu z dvema primeroma. Predpostavimo, da so nekateri komunistični revolucionarji, kot na primer Che Guevara, ljubili brezrazredno družbo. Vendar vladavina prava za njih ni predstavljala predmeta njihove ljubezni, kvečjemu je/bi bila lahko prigodno sredstvo za njegovo doseganje. Nasprotno pa vladavina prava v očeh krščanskega vernika predstavlja predmet njegove ljubezni, to je Boga, saj predstavlja Božji zakon, ki je Bog sam. Vladavina prava ni orodje božje vladavine na zemlji, ampak jo predstavlja, odseva, tako kot je naravno pravo odraz Božjega prava. Tisto, kar predstavlja ljubljeno bitje, to tudi posredno ljubimo, kot njegov odraz. Za delovanje in ohranjanje znanosti, umetnosti, religije, prava, države ..., kar vključuje njihove stvaritve in ustanove, je potrebna ljubezen do njih, ki pa že kot ljubezen implicira neinstrumentalističen odnos do njih. Zato so tisti, ki lomastijo po teh področjih z instrumentalističnim odnosom, njihovi največji uničevalci in grobarji, veliko večji kot tisti, ki jih v svoji indiferentnosti pustijo pri miru. Ti jih vsaj ne izrabljajo oz. poskušajo izrabiti. Skrajna perversnost pa je, ko poskušajo ta področja gojiti na instrumentalističen način. Tako podjetje se vedno ponesreči: naj gre za znanost (Kaj so odkrili zverinski nacistični poskusi na ljudeh?), religijo (grešno pridobivanje sredstev za cerkev, ki na koncu prinese bankrot cerkvenim ustanovam), doseganje komunizma, se pravi pravične družbe za vse ljudi na nepravičen in skrajno instrumentalističen način, da o uničevanju umetnosti skozi poskuse njene instrumentalizacije ne govorimo. O ohranjanju vladavine prava na instrumentalističen način težko govorimo, kajti če je naše izvajanje pravilno, potem je instrumentalističen odnos do prava eden glavnih dejavnikov, ki razžira vladavino prava.

Tak odnos do prava po navadi izvira iz splošnejšega instrumentalističnega pogleda, ki nima instrumentalističnega odnosa samo do prava, ampak tudi do vrste drugih reči oz. bitij. To velja tudi za Slovenijo. Preveliko število Slovencev je globoko pogreznjenih v instrumentalistično mišljenje (prim. Žalec 2011a). To je tisto širše in globlje ozadje, iz katerega raste in se hrani tudi instrumentalistično ozadje do prava, ki razžira vladavino prava v Sloveniji. Če hočemo zmanjšati razširjenost instrumentalističnega pogled na pravo (v Sloveniji), moramo spremeniti to globlje in splošnejše instrumentalistično ozadje.

R e f e r e n c e

1. Aristotel (2002a): *Nikomahova etika*. Prevedel, uvodno besedo, opombe in terminološki slovarček napisal Kajetan Gantar. Ljubljana: Slovenska matica.
2. DeGirolami, Marc O. (2008): Faith in the Rule of Law. In: *St. John's Law Review*, zv. 82, št. 2, str. 573–608.
3. Dreyfus, Hubert (2006): Heidegger on the connection between nihilism, art, technology, and politics. V: Guignon, Charles B. (ur.), *Cambridge Companion to Heidegger*. Cambridge, MA etc.: Cambridge University Press, str. 345–372.
4. Kuhn, Thomas S. (1998): *Struktura znanstvenih revolucij* (prev. Gorazd Jurman, Simon Krek). Ljubljana: Krtina.
5. Lakatos, Imre (2012): Uvod: znanost in psevdoznanost (prev. Maja Malec). V: *Analiza: časopis za kritično misel*, letnik 16, št. 1–2, str. 85–90.
6. Oakeshott, Michael (1999): The Rule of Law. V: *On History and Other Essays*. Indianapolis: Liberty Fund, str. 129–178.
7. Plantinga, Alvin (1993): *Warrant and Proper Function*. Oxford: Oxford University Press.
8. Reale, Giovanni (2002): *Zgodovina antične filozofije*. II. zvezek: Platon in Aristotel (prev. Matej Leskovar). Ljubljana: Studia Humanitatis.
9. Safranski, Rudiger (2010): *Mojster iz Nemčije : Heidegger in njegov čas* (prev. Alfred Leskovec). Ljubljana: Študentska založba.
10. Tamanaha, Brian (2007): *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*. Izdaja Kindle.
11. Žalec, Bojan (2010): *Človek, morala in umetnost: uvod v filozofsko antropologijo in etiko*. Ljubljana: Teološka fakulteta.
12. Žalec, Bojan (2011a): Bolnost in demokratizacija slovenske družbe. V: *Dignitas: revija za človekove pravice*, št. 51/52, str. 77–101.
13. Žalec, Bojan (2011b): Nezaupanje kot ključni dejavnik slabega delovanja skupnosti, organizacij in družbe. V: *Dignitas: revija za človekove pravice*, št. 51/52, str. 351–373.
14. Žalec, Bojan (2012): Strah in ljubezen kot osnova etičnosti: od Sv. Tomaža Akvinskega do Alberta Schweitzerja. V: Janez Juhant, Vojko Strahovnik, Bojan Žalec (uredili), *Kako iz kulture strahu? Tesnoba in upanje današnjega človeka*. Ljubljana: Teološka fakulteta, str. 21–31.

AVTONOMIJA PRAVA IN MORALNI IMPERIALIZEM

Rok Svetlič

Filozofija prava je mišljenje prava v totaliteti njegovih momentov. Celostni pristop k fenomenu prava ne more mimo njegovih povezav in bližin z drugimi fenomeni. Tradicionalno sta pravu najbližja soseda politika in morala, danes pa ni mogoče spregledati povezav prava z ekonomskim sistemom, upoštevati je treba tudi odsev družbene strukturiranosti na podobo prava itd. Pa vendarle, pravo mora ostati sitem *sui generis*. Kljub pretirani in morda naivni radikalnosti, s katero je H. Kelsen iskal čistost prava, ostaja njegovo sporočilo še vedno dragoceno: obvarovati se je poskusov, da bi pravo razložili skozi kak drug sistem. To ne prispeva k bogatitvi tematike, nasprotno, s tem »... izgublja pravna znanost sama«.¹ Ena od posledic takih poskusov je erozija pomena prava kot takega. Spoštovanje prava kot svojerodnega fenomena ni pomembno le zaradi kompleksnih družbenih odnosov, ki bi brez regulacije postali konfliktni ali celo nemogoči. Pravo zagotavlja človeku zelo pomemben delovnjaki položaj, brez katerega ne moremo govoriti o demokratični politični kulturi. Ključno je spoznanje, da mu tega položaja ne more zagotoviti noben drug normativni sistem, npr. morala. Prav poskus obvarovanja avtonomije prava, kot samostojnega normativnega sistema, je predmet tega prispevka.

Osredotočili se bomo na vprašanje moralne kritike prava, ki je globoko zakoreninjena v laičnem mišljenju ljudi in je danes poglavitni vir erozije avtoritete prava. Gre, kot sugerira naslov prispevka, za specifični moralni imperializem, ki vzpostavlja patološki odnos med pravom in moralo. Pomoč za prepoznanje in diagnozo te patologije bomo poiskali pri tradicionalnem (pravno)filozofskem avtorju, Immanuelu Kantu. Izhajajoč iz njegovega zasnutka odnosa med pravom in moralo, bomo pozvali k rehabilitaciji avtoritete prava kot morali povsem enakopravnega fenomena.

¹ Kelsen Hans: *Čista teorija prava* (Ljubljana: CZ, 2005), str. 19.

I. Zgodovinski vzroki za moralni imperializem

Izhodišče sledeče analize je predpostavka, da pravo kot tako dandanes ne uživa ugleda. Zadostuje že, če se spomnimo raziskav o stopnji zaupanja pravosodju in drugim, s pravom povezanim institucijam. Zato tudi za pravo osrednja vrednostna sodba, 'zakonitost', zveni bolj ko ne kot izgovor. Če ljudje slišijo, da je bil nek postopek izpeljan v skladu z zakonom, tega ne razumejo kot zagotovilo za formalno in vsebinsko korektnost pravnega dejanja, pač pa najprej pomislijo na spretnost udeleženi, ki so mahinacijo izpeljali tako, da jih ni mogoče preganjati. Vsi vemo, da je zakonodaja mestoma hudo pomanjkljiva, toda kljub tem se zdi, da odklonilen odnos do prava kot takega ne izvira (le) iz dejanskih napak v pozitivni zakonodaji. V ozadju je pojav, ki smo ga poimenovali moralni imperializem.

Moralni imperializem izhaja iz večtisočletnega porekla zahodnega mišljenja. Najprej je treba omeniti ontološko strukturo metafizike, ki se začinja s Platonovo filozofijo in vpelje ločevanje bivajočega na svet idej in svet pojavov. Iz nje izhaja naslednja razporeditev prava in morale: morala je stvar idealitete, pravo zadeva realiteto. Morala spada v kraljestvo načel, pravo v močvirje empirije. Tu vlada strogost nujnosti, tam nepreglednost naključnosti. Pravo je zgolj konkretizacija morale v konkretnem družbeni kontekst, je iz nje izpeljano. Metaforično rečeno, pravo je kraj, kjer si morala umaže noge. V tej shemi pravo in morala preprosto ne moreta biti enakovredna pojava.

Tak pogled na njun odnos vlada skozi vso zgodovino, kjer vselej najdemo značilno paternalistično držo do prava, kot pojava, ki ga je vselej treba reševati pred stranpotmi. Tako Avrelij Avguštin opozarja,² da države brez pravičnega prava ne moremo ločevati od roparskih tolp. Tudi Tomaž Akvinski pravu pripiše morali podrejeno, izvedeno naravo: »*Kakor teoretski razum iz nedokazljivih in po naravi poznanih načel izpeljuje razne znanstvene zaključke, katerih spoznanje nam ni dano po naravi, pač pa odkrito s pomočjo marljivosti razuma, tako je potrebno, da človeški razum, izhajajoč iz zapovedi naravnega zakona, ki jih predstavljajo obča in*

² Avguštin Avreliji: *De civitate dei* (Zagreb: Krščanska sadašnjost, 1982), IV, 4.

nedokazljiva načela, pride do posameznih odredb. In te posamezne odredbe, ki jih odkrije človeški razum, se imenujejo človeški zakoni.»³

Drugi razlog za pokroviteljski odnos do prava je sicer novejši, vendar je po svoji naravi le modifikacija prejšnjega. Marx izpelje kritiko prava na osnovi eshatološkega nauka, ki je aplikacija metafizičnega razkola na časovno perspektivo: merodajno instanco idej prevzame Prihodnost. Marx kritiko prava radikalizira do skrajnosti. Sedaj zadrega prava ni v tem, da je vsebinsko izpeljano iz morale in onesnaženo z naključnim. Pravo je instrument vladajočega razreda in je že na načelni ravni je proizvedeno kot ideologija, kot institucionalizirana laž nosilca oblasti. Radikalnost te kritike najlepše prepoznamo na mestu, ki zadeva samo vrednostno jedro prava, kot ga razumemo danes, človekove pravice. S podelitvijo človekovih pravic se človek »... ni osvobodil svoje religije, dobil je versko svobodo. Ni se osvobodil lastnine. Dobil je svobodo lastnine. Ni se osvobodil sebičnosti obrti, dobil je svobodo obrti.«⁴

Marx ugotavlja, da »nobena od tako imenovanih človekovih pravic ne seže prek sebičnega človeka«,⁵ saj v njih ni »zapopaden kot generično bitje, nasprotno, generično življenje samo, družba, se kaže kot vnanji okvir za posameznike, kot omejitev njihove prvotne samostojnosti.«⁶ Zato je pravo že v svojem pojmu nemoralno. Če smo se poprej srečevali z zadržanostjo do prava, se sedaj zadržanost stopnjuje v averzijo: kdor sledi pravu ni le na negotovi poti, pač pa je obrnjen za 180° v napačno smer. Rešitev ni v izboljšanju prava, pač pa v njegovem odmrtnju (skupaj z državo), kar je sestavina eshatološke perspektive marksizma. Posledice takega pogleda na pravo so za demokratično pravno kulturo uničujoče, saj že v izhodišču onemogoča prepoznati pomena prava za življenje ljudi. Žal tovrstna drža z gospodarsko krizo znova pridobiva na privlačnosti.

³ Tomaž Akvinski: *Država* (Zagreb: Globus, 1990), (S. Th) I-II 91, 3.

⁴ Karl Marx: *Prispevek k židovskemu vprašanju*, v: Karl Marx/Friedrich Engels: *Izbrana dela* (I. zvezek) (Ljubljana: CZ, 1969), str. 179.

⁵ Prav tam, str. 174.

⁶ Prav tam, str. 175.

2. Normativna enakovrednost prava in morale

Pravno, kulturno in politično identiteto sveta, v katerem živimo, nekateri označujejo kot postmoderno. Če je ta oznaka iz mnogih razlogov sporna, pa je onstran dvoma, da je naš svet post-metafizičen. Zato razlogi za opisano odklonilnost do prava, ki izhajajo iz tradicionalne metafizike, danes nimajo več substancialne podlage in so neke vrste anahronizem. V nadaljevanju bomo pokazali, zakaj so neutemeljeni. Pri tem se obračamo na filozofijo I. Kanta, ki je prvi zasnoval (politično) moralo na izhodiščih, ki v celoti puščajo za sabo metafizično mišljenje. Ker gre za prelom, ki sovpada s premiki pri pojmovanju prava, države in človeka, katere uresniči francoska revolucija, ostaja njegova filozofija pomembna referenca za razumevanje teh fenomenov tudi danes.

Kantov projekt kritične filozofije si zada novo nalogo: ne širjenje spoznanja, pač pa njegovo utemeljevanje. Poda se na raziskovanje človeške čudi (*das Gemüt*: čud, narava, psiha), pri čemer preiskuje med drugim tudi strukturo fenomenov prava in morale. Le če natančno raziščemo ustroj vsakega od njih v vsej njegovi kompleksnosti, je mogoče pravilno razumeti razmerje med pravom in moralo. Videli bomo, da so na delu razlike in hkrati bližine. Pravo in morala sta si glede vsebine mnogo bližje, kot vsakdanje to jemljemo. Ob enem pa sta si glede motiva za njuno izvrševanje mnogo dlje, kot laično razumevanje verjame in zahteva. In prav slednje spoznanje je ključno za razkrinkanje moralnega imperializma.

I. Vsebina

Glede vsebine vlada med pravom in moralo popolna identiteta. Seveda je morala širši fenomen, saj pravo zadeva le normativnost, za katero je možna zunanja zakonodaja: »*Etična zakonodaja (...) je tista, ki ne more biti zunanja; juridična pa je tista, ki je lahko tudi (podčrtal R. S.) zunanja.*«⁷ Dolžnost dobrohotnosti (*das Wohlwollen*), denimo, je lahko samo stvar notranje zakonodaje, saj je zunanje zahtevana, tj. izsiljena dobrohotnost *contradictio in adiecto*. Dobrohotni smo lahko le, če se

⁷ Kant Immanuel: *Die Metaphysik der Sitten* (Frankfurt/M: Suhrkamp Verlag, 1977), A 17.

sami tako odločimo. Dolžnost, držati se pogodbe pa je, nasprotno, lahko stvar *tudi* (!) zunanje zakonodaje, ker jo je mogoče izsiliti s sankcijo. Toda dolžnost, držati se pogodbe, je še vedno tudi moralna dolžnost. V tem primeru govorimo o moralni dolžnosti, ne zaradi njene specifične vsebine, »zaradi posebne vrste dolžnosti, zaradi posebne vrsta delovanja, ki zavezuje človeka (...), pač pa ker je zakonodaja v omenjenem primeru notranja.«⁸ Če se torej držimo pogodbe iz moralnega vzgiba, tedaj je na delu istovrstni motiv, kot pri dobrohotnosti: notranji uvid v pravilnost takega ravnanja.

Če moralnega uvida nimamo, lahko še vedno ravnamo v skladu z dolžnostjo iz strahu pred sankcijo, iz preračunljivosti itd. V tem primeru izvršujemo pravno dolžnost, ki je – to je za nas na tem mestu ključno – vsebinsko popolnoma ista in za moralno v ničemer ne zaostaja. Kant zapiše, da ima morala »... seveda tudi svoje posebne dolžnosti, vendar ima tudi iste dolžnosti kot pravo«, ⁹ le »vrsta zavezanosti«, tj. motiv za izvrševanje je drugačen. Vsebinsko identičnost prava in morale I. Primorac povzame s temi besedami: »moralni in pravni zakon se ne razlikujeta po vsebini – morala in pravo zahtevata, denimo, da ne ubijamo, krademo itd. – temveč po motivih, na katerih sloni njihovo izvrševanje«.¹⁰

Na prvi pogled se zdi, da s tem Kant potrdi tradicionalno težnjo, da mora pravo slediti morali. Dejansko gre za mnogo več. V igri ni le za dosledno vsebinsko sovpadanje, pač pa ima pravo samostojen temelj svoje normativnosti. Le-ta izhaja iz splošne zakonodaje čistega praktičnega uma kot takega. Načelo prava se namreč glasi: »Neko dejanje je pravno, če je le-to na sebi ali po njegovi maksimi tako, da je lahko svoboda samovolje nekoga združena s svobodo drugega, skladno s splošnim (podčrtal R. S.) zakonom.«¹¹ Ključ je v splošnosti zakona. Dve samovolji lahko soobstajata tudi na način, da ena terorizira drugo. Toda tako sobivanje ne more veljati kot splošno, saj je v sebi kontradiktorno: če vsi ne bi spoštovali nedotakljivosti lastnine, institut lastnine ne bi obstajal. Vsako ravnanje, ki ni splošno, je samonasprotujoče in krši svobodo drugih.

⁸ Prav tam A 17.

⁹ Prav tam, A 17, 18.

¹⁰ I. Primorac: *Prestup i kazna* (Beograd: Mladost, 1978), str. 13.

¹¹ Kant Immanuel: *Die Metaphysik der Sitten* (Frankfurt/M: Suhrkamp Verlag, 1977), A 33.

Ključno za avtonomijo prava je, da se njegovo normativno jedro ne naslanja na moralo, pač pa na ustroj praktičnega uma kot tak, na njegovo splošnost. O. Höffe na to značilnost opozori s temi besedami: »*Kant ne izpelje prava iz principa osebne morale, iz notranje svobode ali avtonomije volje; pač pa iz čistega praktičnega uma in njegovega kriterija splošne zakonitosti, ki je še indiferenten do razlike med osebno in socialno ('pravno') moralo*«. ¹² Tudi če si zamislimo, da morala ne bi obstajala, pravo ne bi bilo zaradi tega nič manj »moralno«. Še vedno bi kategorično prepovedovalo npr. umor, tatvino itd. To ga postavlja v povsem drugačen položaj, kot ga ima v tradiciji. V opombi 3 smo navedli citat iz *Summe*, ki jasno pokaže hierarhično podrejenost *lex humana*. Kantov premik je izjemnega pomena za avtoriteto prava, ki je sedaj avtonomen, morali povsem enakopraven fenomen. In ne aplicirana, »razredčena« morala.

To velja seveda idealnotipsko. Ocena konkretnega, npr. slovenskega pozitivnega prava lahko seveda pokaže čisto drugo sliko. Na tem mestu ni mogoče izpeljati drugega kot le hitre in zavestno površinske oceno. Kot metodološko izhodišče zanj lahko vzamemo premik perspektive, ki ga sugerira L. Pitamic v članku *Naravno pravo in narava prava*. V njem izpostavi, da četudi ne uspemo dokončno odgovoriti na velika vprašanja »naravnega prava«, nas vseeno zavezuje normativna spodnja meja, ki jo zarisuje sama »narava prava«. Gre za tisti vrednostni minimum, ob kršitvi katerega pravo »... spremeni svojo naravo, da ne obstaja več kot pravo«. ¹³

Skladno s tem sporočilom se lahko v našem primeru vprašamo takole: tudi če puščamo ob strani velike teme, tj. radikalno kritiko prava, ki ga interpretira kot produkt ideologije, in s tem povezane diskusije, ali je s Fukuyamino razglasitvijo konca zgodovine leta 1989 res odpadla vsaka alternativa liberalni demokraciji, – ali ni vendarle potrebno priznati, da ima naš pravni sistem vgrajene mnoge ključne normativne sestavine, ki jih sicer jemljemo kot absolutno zavezujoče? Normativna perspektiva danes izhaja iz človeka, iz njegovega dostojanstva. Če se bomo torej vprašali, ali veljavno pozitivno pravo zrcali dostojanstvo človeka kot

¹² Otfried Höffe: *Der kategorische Rechtsimperativ*, v: Otfried Höffe (urednik): *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (Berlin: Akademie Verlag, 1999), str. 52.

¹³ Pitamic Leonid: *Naravno pravo in narava prava*, v: Leonid Pitamic: *Na robovih čiste teorije prava*, (Ljubljana: SAZU/Pravna fakulteta v Ljubljani, 2005, str. 115.

vrhovno vrednoto, menim, da že hiter pogled na ključne veje prava odgovarjajo pritrdilno.¹⁴

II. Motiv

Drugo mesto, kjer je potrebno definirati razmerje med moralo in pravom, je motiv¹⁵ za njuno izvrševanje. Gre za zelo pomembno razliko, ki jo moralni imperializem, kakor smo poimenovali patološki odnos med pravom in moralo, spregleda. O tem smo govorili že v prejšnjem poglavju, ko smo pojasnjevali razliko med zunanjo in notranjo zakonodajo. Tukaj je ključno naslednje: pravna normativnost se ne opredeljuje do motiva (določitvenega razloga) za njeno izvrševanje. Z drugimi besedami, pravo kot sistem ne pove ničesar o razlogih, zakaj slediti njegovim predpisom. Za moralo je, na drugi stani, bistveno, da moralni zakon določa tako 1) vsebino zahtevanega dejanja, kot tudi 2) motiv za njegovo izvrševanje. Moralno dolžnost je potrebno izvršiti iz točno določenega motiva, saj v nasprotnem primeru dejanje ni moralno: »*Neka dejanja izvršiti zgolj zato, ker so le-ta dolžnost (...), je posebnost etične zakonodaje*«. ¹⁶

Vzemimo še enkrat za primer dolžnost izpolniti pogodbo. Moralno bomo ravnali le, če jo bomo izpolnili zgolj zato, ker je tako prav! – ker tako veleva dolžnost. Za pravno delovanje pa zadostuje le, če ravnamo skladno z vsebino pravne dolžnosti. Motiv za konformno delovne je lah-

¹⁴ Tako vnašanje si lahko seveda zastavi vsak sam in v poljubnem področju zakonodaje išče odgovor. Tukaj naj omenim svoj premislek, h kateremu me je napotil pogovor s prijateljem, ki dela v farmacevtski industriji. Na dolgo je opisoval pravila, ki regulirajo postopke za pridobitev licence za prodajo novega zdravila. Po njegovih besedah je regulativa tako kompleksna, natančna in dolgotrajna, da včasih že presega meje razumnega (vključuje npr. preizkus, ali bi v primeru pregrevanja zdravila v požaru lahko iz pomožnih snovi nastale spojine, ki bi bile škodljive za zdravje itd.). Pogovor je bil zame poučen s stališča pravne antropologije. Težko se je izginiti vtisu, da je v pravo vtkana taka podoba človeka, ki vključuje prepričanje, da je nepotrebna izguba zdravja nepredstavljiva katastrofa, nekaj najhujšega, kar se skupnosti lahko zgodi. To je še toliko bolj zanimivo, ker si o vedenju farmacevtske industrije na svetovnem trgu težko mislimo kaj lepega. Pa vendarle, nepošteno bi bilo zanikati, da je neskončna vrednost človeka (vsak v tem primeru) postavljena v smo središče pravnega sistema. Zdi se, da veljavno pozitivno pravo, vsaj na mnogih mestih, vsebuje široko resonanco z vsebino morale.

¹⁵ Kantov uporablja okoren izraz 'določitveni razlog' (samo)volje (*der Bestimmungsgrund*). Naj opozorimo, da ne gre za motiv pri *kršitvi* pravne norme, ki vodi v ločevanje med naklepom in malomarnostjo. V tem primeru nas zanima motiv za *sledenje* dolžnostim prava ali morale.

¹⁶ Kant Immanuel: *Die Metaphysik der Sitten* (Frankfurt/M: Suhrkamp Verlag, 1977, A18.

ko poljuben. Lahko nas motivira notranji uvid v dolžnost samo (tako kot pri morali), lahko pa tudi nemoralno samoljubje, strah pred kaznijo, preračunljivo pričakovanje hvaležnosti, častihlepno iskanje ugleda v skupnosti itd. Vsi motivi so za pravno normativnost povsem enakovredni! Zdravorazumsko sicer težko izenačimo gornje motive in jih nehote takoj razvrstimo v hierarhijo. Na vrh umestimo čistost moralnega uvida, na dno pa pritlehne motive, ki pravno-konformno dejanje izrabijo kot instrument samoljubja. Toda, to je moralni pogled, pogled s stališča osebne vrline, ki ga mora pravo v celoti izpustiti.

Sedaj smo na ključnem mestu Kantovega sporočila. Ni zgolj vseeno, iz katerega motiva sledimo pravnim predpisom. Pravo se celo ne sme (!) opredeliti glede motiva, iz katerega ga naslovniki spoštujejo: »*Iz tega sledi tudi, da se ne sme zahtevati, da naj ta princip vseh maksim (tj. princip prava, citiran zgoraj v op. II, op. R. S.) postane tudi moja maksima, tj. da si ga naredim za maksimo mojega delovanja;*« kajti nekdo je (pravno, op. R. S.) svoboden, *tudi če sem do njegove svobode povsem indiferenten ali celo če bi v srcu rad posegel vanjo, dokler s svojimi zunanjimi dejanji tega ne storim. Zahteva, da si pravno dejanje postavim za maksimo, je zahteva etike.*«¹⁷ In ne prava. Zato A. W. Wood opozarja, da bi v »*v celoti spregledali razliko med pravom in etiko, če bi pričakovali, da nam mora princip prava dati razlog (takšnega, kot je moralni) za spoštovanje zunanje svobode drugih*«¹⁸ in nadaljuje: »*bilo bi odvečno, celo v nasprotju s pojmom prava, če bi vključeval racionalno gonilo dolžnosti kot sestavino njegovega principa.*«¹⁹

Razlog je v tem, da lahko le tako ostane nedotaknjen ključni moment človekovega dostojanstva, kot ga razumemo v demokratični kulturi: njegova moralna avtonomija. Deklaracije o človekovih pravicah govorijo o svobodi vesti.²⁰ To je pravica do absolutne svobode pri oblikovanju

¹⁷ Prav tam, A 34.

¹⁸ W. A. Wood: *Hegel's Critique of Morality*, v: Siep Ludwig (izd.): *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, (Berlin: Akademie Verlag, 2005), str. 36.

¹⁹ Prav tam.

²⁰ Splošna deklaracija o človekovih pravicah jo omenja v 18. členu: »*Vsako ima pravico do svobode misli, vesti in veroizpovedi; ta pravica vključuje svobodo spreminjati prepričanje ali vero, kakor tudi njuno svobodno, javno ali zasebno izražanje, bodisi posamezno ali v skupnosti z drugimi, s poučevanjem, z izpolnjevanjem verskih dolžnosti, z bogoslužjem in opravljanjem obredov.*« (Človekove pravice: Zbirka mednarodnih dokumentov I., Društvo za Združene narode za Republiko Slovenijo, Ljubljana 1995, str. 5).

notranjega vrednostnega sistema, kar vključuje tudi pravico do takega osebnega etosa, ki je v nasprotju s načeli prava. Zato se do človekove notranjosti, tudi do mojih najbolj zavrženih prepričanj, pravo ne sme opredeliti, »... *dokler s svojimi zunanjimi dejanji tega ne storim.*«²¹

Spoznanje, da »višje« zahteve glede motiva izvrševanja prava (tj. take, ki so značilne za moralo), ne prinašajo bolj moralne rešitve, je izjemno pomembno spoznanje Kantove pravne filozofije. Konstitutivna sestavina demokratične politične morale je, da dopušča obstoj najbolj nemoralnih in nepravnih prepričanj, dokler ne preidejo v dejanja. Zato Höffe izpostavi, da se Kantova pravna filozofija uspe izogniti trem pastem, pri čemer na tretjo navadno pozabljamo. Najprej zavrne anarhizem, ki naivno verjame v možnost nereguliranega sobivanja, nato pravni pozitivizem, ki odpira vrata poljubnemu in naključnemu snovanju vsebine prava, in na zadnje, zavrne tudi »... *potencialno totalitarno moraliziranje, po katerem naj bi pravo in država zagotovila moralnost (vrlino) njenih državljanov.*«²²

Zahteva, da naj pravo regulira tudi notranjosti naslovnikov, je poglavitna značilnost totalitarizmov, ki se ne zadovoljijo le s disciplino telesa, pač pa zahtevajo tudi oblast nad dušo podanikov. Totalitarizem se ne ustavi pri vprašanju, kako ljudje *delujejo*, pač pa odpira vprašanje, kakšni *so*. Moralni imperializem je poučen primer, kako lahko sredi demokratične ureditve, povsem benevolentno, ponavljamo stranpoti, ki sodijo v del zgodovine, ki jo odklanjamo. Zato je treba z vso resnostjo vzeti Kantovo opozorilo, da odpiranje motivov za pravno-konformno delovanje nima mesta v demokratični politični kulturi. Dopuščanje dvočnosti in hipokrizije pri izvrševanju prava ni moralno polovičarstvo, pač pa ključna sestavina demokratične politične morale kot take. Le-ta zahteva, da (prisilna) pravila sobivanja regulirajo le delovanje, ne pa tudi razmišljanje človeka.

Zdi se, da so nasprotne težnje zadnje čase vse večje. Kot šolski primer lahko omenimo sociološke raziskave, ki se na intervjuvance obračajo z vprašanjem, npr. katere osebe ne bi imeli za soseda. V odgovor ponudijo različne nacionalnosti, osebne lastnosti itd. Zaradi nelinearne distribucije odgovorov raziskovalci izrečejo (ob)sodbo, da je neka družba ne-

²¹ Immanuel: *Die Metaphysik der Sitten* (Frankfurt/M: Suhrkamp Verlag, 1977), A 34.

²² Otfried Höffe: *Immanuel Kant* (München: C.H.Beck, 2007), str. 218.

strpna, homo-/ksenofobna itd. in na osnovi tega pozivajo k določenim akcijam. Pri tem so do obsodbe prišli brez, da bi posamezniki kakorkoli storili, celo brez da bi karkoli izrekli. To je v direktnem nasprotju z demokratično kulturo, ki temelji na pravicah kot svoboščinah. Posameznik v očeh družbe *je* lahko le tisto, kar *naredi*.

Drug primer, ki na posreden način govori o poglobljanju patološkega odnosa med pravom in moralo, je vse večji razkorak v teži izrečenih kazni za kvalificirane in nekvalificirane oblike kaznivih dejanj. Pred kratkim se je dogodilo, da je sodišče izreklo izjemno visoke zaporne kazni trem mladeničem zaradi napada na gejevskega aktivista, ki so bile povsem nesorazmerne s težo poškodb, saj tudi za veliko težje poškodbe sodišča pogosto izrečejo le pogojne kazni. Odpira se vprašanje, ali to nesorazmerje ne priča o skritem prekoračevanju domene prava, ki prehaja h kaznovanju notranjega vrednostnega sistema, tega, kako nekdo razmišlja. Seveda ni sporno, da je potrebno taka dejanja kaznovati. Vseeno pa se vsiljuje vtis, da je bilo omenjeno dejanje teh mladeničev zgolj priložnost, da se na njih strese nekaj, kar ni predmet prava: ogorčenje nad njegovo miselnostjo, prežeto s sovraštvom. O moralni obsodbi osebnega etosa nekoga, ki goji sovraštvo do določene skupine, seveda nima smisla izgubljati besed. Toda to je premet morale.

3. Sklep

Videli smo, da sta si pravo in morala bolj blizu in hkrati bolj narazen, kot to običajno razumemo. S stališča vsebine pravo kot sistem normativnosti v ničemer ne zaostaja z moralo in ji je povsem enakovredno. Ni področje, kjer se morala skloni k tlom, kjer se izgublja natančnost in doslednost. Pravo ima svoj vir normativnosti in pri tem morale sploh ne potrebuje. To velja seveda idelanotipsko, sodbo o dejanskem stanju pozitivnega prava si lahko ustvari vsak sam, kot smo jo sugerirali v opombi 14. Toda načelni razlogi za podrejeno vlogo prava, ki jih pozna tradicionalna metafizika, so s tem odstranjeni.

Hkrati pa sta si pravo in morala veliko bolj narazen, kot mnoge prakse danes to sprejemajo. Pravo mora ostati usmerjeno le na dejanja, kolikor zadevajo drugega: »*Pojem prava (...) zadeva le zunanje in sicer praktične odnose ene osebe z drugo, v kolikor imajo lahko njihova dejanska*

ravnanja (posredno ali neposredno) vpliv ena na drugo«. ²³ Če človek ne želi prostovoljno razširiti svojega sobivanja na raven pozitivnih odnosov (kot je skrb za druge in za blagor skupnost), potlej moramo sprejeti, da sobiva le v tem obsegu, kolikor imajo njegova dejanja vpliv na druge. Pravo, kot prisilni instrument se mora tukaj ustaviti. Brez tega si ni mogoče zamisliti človeka kot avtonomnega bitja, kjer stoji in pade naša pravna in politična kultura. Vsako prestopanje te meje se postavi na konec dolge vrste totalitarnih praks in političnih zahtev po celoti človeka. Četudi je njegov namen iskren in dobronameren.

²³ Immanuel: *Die Metaphysik der Sitten* (Frankfurt/M: Suhrkamp Verlag, 1977), A 33.

KAZNOVALNA POLITIKA V SLOVENIJI

(Razkorak med pričakovanji
in stvarnostjo)

Vid Jakulin

I. Uvod

Kaznovalno politiko lahko opredeljujemo in ocenjujemo na različne načine. Lahko jo enostavno štejejo za vrsto politike. Ocena politike pa je odvisna od vrednostnih opredelitev in pričakovanj ocenjevalca. Takšna ocena je seveda nujno subjektivna. Glede na to, da izhajam iz prepričanja, da bi morala izrečena kazen predstavljati pravično povračilo storilcu za povzročeno zlo, sedanje kaznovalne politike v Sloveniji ne morem šteti za ustrezno in pravično. Po moji oceni je kaznovalna politika v Sloveniji veliko preblaga in za žrtve kaznivih dejanj celo žaljiva. S problemom se podrobneje ukvarja filozof prof. dr. Rok Svetlič, ki med drugim izpostavlja izjemno visok odstotek izrečenih pogojnih obsodb v Sloveniji (77 odstotkov), saj izrečena pogojna obsodba pomeni možnost, da bo žrtev storilca že naslednji dan srečala pred svojo hišo.¹

Že dolgo je znano, da sodišča v Sloveniji izrekajo kazni, ki so blizu minimumu predpisanega razpona za določeno kaznivo dejanje. Ob tem enostavno ni mogoče verjeti, da je večina kaznivih dejanj, ki jih obravnavajo sodišča po pomenu in nevarnosti takšnih, da si zaslužijo kazen, ki je blizu minimumu predpisane kazni za določeno dejanje. Če bi bilo to res, bi to pomenilo, da so predpisane kazni nesorazmerno visoke. Ta predpostavka pa ne drži, saj primerjalno pravni pregled pokaže, da so zagrožene kazni v Sloveniji povsem primerljive s kaznimi v drugih evropskih državah ali celo precej nižje. Argument, da se sodišča z izrečenimi kaznimi niti ne približajo maksimumu predpisanega razpona, je bil uporabljen za znižanje kazni za večino premoženjskih kaznivih dejanj

¹ Rok Svetlič, »Letenje pod radarjem in kazenska politika«, *Delo*, 28. 2. 2012, str. 5.

(in tudi nekatera druga), ki ga je prinesel kazenski zakonik iz leta 1994 (UL RS št. 64/94).²

V prepričanju, da je kaznovalna politika v Sloveniji neustrezna in preblaga, me utrjuje tudi primer, ki ga je povedal dr. Mitja Deisinger.³ V kazenskem postopku zoper mednarodno skupino preprodajalcev prepovedanih drog je ena od obdolženk iz Južne Amerike povsem odkrito povedala, da so Slovenijo izbrali kot državo, v kateri naj bi prepovedane droge prišle v Evropo, ker so njihovi pravniki (svetovalci kartela) ugotovili, da ima Slovenija za tovrstna kazniva dejanja najnižje zagrožene kazni, da slovenska sodišča izrekajo najnižje kazni in da so slovenski zapori, v primerjavi z zapori v nekaterih drugih evropskih državah, »hoteli« visoke kategorije. Takšna ugotovitev je verjetno dovolj prepričljiv razlog za zaostritev kaznovalne politike.

Kaznovalno politiko, kljub dejstvu, da jo obravnavam kot vrsto politike, lahko opredelim nekoliko bolj konkretno. Kaznovalno politiko lahko delimo na zakonsko in sodno kaznovalno politiko. Kot zakonsko kaznovalno politiko bi lahko šteli premišljeno predpisovanje kazni za kazniva dejanja iz kazenskega zakonika na podlagi njihove nevarnosti za zavarovane dobrine. Kot sodno kaznovalno politiko pa štejemo izbiro vrste in višine kazni, ki jo storilcem konkretnih kaznivih dejanj, izrekajo sodišča.⁴

Za bolj objektivno oceno ustreznosti kaznovalne politike se mi zdi smiselna kratka analiza obeh vrst kaznovalne politike, odnosa med njima pa tudi nereagiranja državnih organov v primerih, ko so očitno izpolnjeni znaki resnih kaznivih dejanj. Nekaj pa je treba povedati tudi o tožilski kaznovalni politiki, ki postaja vedno bolj pomembna.

² Podrobneje o tem: Katja Filipčič, »Kaznovalna politika v Sloveniji«, 3. Konferenca kazenskega prava in kriminologije, Zbornik 2010 (Ljubljana: GV Založba in Pravna fakulteta v Ljubljani, 2010), str. 16.

³ Takrat sodnik Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, sedaj sodnik Ustavnega sodišča Republike Slovenije.

⁴ Željko Horvatić, »Kaznena politika«, geslo v knjigi *Rječnik kaznenog prava* (Zagreb: Masmedia, 2002), str. 167.

II. Zakonska kaznovalna politika

Prof. dr. Katja Filipčič zakonsko kaznovalno politiko obravnava z dveh vidikov: skozi obseg inkriminacij in skozi spreminjanje predpisanih kazni. Na podlagi obeh kriterijev prihaja do zaključka, da se kaznovalna politika v Sloveniji zaostčuje.⁵ Bolj poglobljena analiza pa pokaže, da niti dodajanje novih inkriminacij, niti poviševanje kazni obstoječim inkriminacijam ne pomeni nujno resničnega zaostrovanja kaznovalne politike.

Za ponazoritev trditve, da uvedba nove inkriminacije ne pomeni nujno zaostritve kaznovalne politike, temveč lahko predstavlja celo de facto amnestijo storilcev določenih kaznivih dejanj, lahko vzamemo zadnjo novelo Kazenskega zakonika, ki je začela veljati 15. maja 2012.⁶ Ta novela vsebuje inkriminacijo novega kaznivega dejanja »Oškodovanje javnih sredstev«, ki se glasi:

»(1) Uradna oseba, javni uslužbenec ali druga pooblaščenca oseba uporabnika javnih sredstev, ki pri naročanju, pridobivanju, upravljanju teh sredstev ali razpolaganju z njimi, zavestno krši predpise, opušča dolžno nadzorstvo ali kako drugače povzroči ali omogoči nezakonito ali nenamensko uporabo javnih sredstev, čeprav predvideva ali bi morala in mogla predvidevati, da lahko za javna sredstva zaradi tega nastane večja premoženjska škoda, in ta res nastane, se kaznuje z zaporom od treh mesecev do petih let in z denarno kaznijo.

(2) Če je zaradi dejanja iz prejšnjega odstavka nastala velika premoženjska škoda, se storilec kaznuje z zaporom od enega do osmih let in z denarno kaznijo.

(3) Uporabnik javnih sredstev po tem členu je pravna oseba javnega prava ali njena enota ali pravna oseba zasebnega prava ali zasebnik, če s temi sredstvi ali na njihov račun izvaja javno službo ali druge dejavnosti v javnem interesu ali zagotavlja javne dobrine na podlagi koncesije ali druge izključne ali posebne pravice.

(4) Javna sredstva po tem členu so nepremičnine, premičnine, denarna sredstva, terjatve, kapitalske naložbe in druge oblike finančnega

⁵ Filipčič: navedeno delo, str. 15–17.

⁶ Zakon o spremembah in dopolnitvah kazenskega zakonika (KZ-1B), UL RS št. 91/11.

premoženja države, samoupravne lokalne skupnosti, Evropske unije ali druge pravne osebe javnega prava.«

V obrazložitvi tega člena je zapisano: »Z namenom zagotoviti učinkovito kazenskopravno varstvo proračunskih in drugih javnofinančnih sredstev je oblikovano novo kaznivo dejanje – oškodovanja javnih financ. Gre za posebno obliko že sedaj kaznivega nevestnega dela v službi iz 258. člena KZ-1, ki je glede na objektivne znake, možne storilce, stopnjo krivde in posledice – posebno dejanje (*lex specialis*) v razmerju do obstoječega.« Ta določba, ki bi jo sicer ocenili kot zaostritev kaznovalne politike, bo v resnici storilcem kaznivega dejanja nevestnega dela v službi iz 258. člena KZ-1 in kaznivega dejanja Zlorabe uradnega položaja ali uradnih pravic iz 257. člena KZ-1⁷ omogočila, da se bodo sklicevali na to, da so izpolnili kvečjemu znake novega kaznivega dejanja, tega pa proti njim zaradi prepovedi retroaktivne uporabe kazenskega zakona ni mogoče uporabiti. Tako bo nova inkriminacija namesto do zaostritve kaznovalne politike v resnici pripeljala do amnestije storilcev navedenih kaznivih dejanj.⁸

Poseben problem v zvezi s kaznovalno politiko predstavlja pravilo o obvezni uporabi milejšega zakona, ki sicer izhaja iz prvega odstavka 15. člena Mednarodnega pakta o državljanskih in političnih pravicah. Gre za pravnikom splošno znano pravilo, da se mora v primeru, če se v času, od storitve kaznivega dejanja do pravnomočnega zaključka kazenskega postopka, kazenski zakon spremeni in je novi zakon milejši, za storilca obvezno uporabiti novi – to je milejši zakon. Spornost tega pravila, ki so ga različni teoretiki še dodatno razširili, si je najboljše ogledati na primeru. Vzemimo za primer dva človeka, ki sta izvršila isto kaznivo dejanje. Eden bi se odzival vabilom sodišča in bi bil pravnomočno obsojen, drugi pa bi se na najrazličnejše načine (s skrivanjem, begom v tujino, nesprejemanjem sodnih vabil) izmikal pozivom sodišča in srečno dočakal spremembo kazenskega zakonika, ki bi kazen za kaznivo dejanje, ki ga je storil, znižal. Na podlagi zgoraj opisanega pravila bi moralo sodišče za storilca uporabiti novi – milejši zakon, kar pomeni, da pravni red

⁷ Kazenski zakonik KZ-1, UL RS št. 55/08, 66/08 (popravek) in 39/09.

⁸ Na problem je prvi opozoril prof. dr. Ivan Bele. Podrobneje o tem glej: I. Bele, »Kazenski zakonik: bomo še pravna država?«, *Delo*, 18. 10. 2011, str. 5.

nagradi tistega, ki ga izigrava. To je anomalija, ki bi jo bilo po mojem mnenju treba odpraviti.

Še bolj sporen postane opisani primer, če gre za sostorilca ali sostorilce pri istem kaznivem dejanju. Znan mi je primer treh sostorilcev pri kaznivem dejanju rop (kvalificirana oblika kaznivega dejanja). V času po izdaji prvostopne sodbe je bil kazenski zakonik spremenjen in na podlagi sprememb, ki jih je prinesel novi zakon, je prišlo celo do drugačne pravne kvalifikacije in v posledici tega nekaj let nižje izrečene kazni. Dejstvo, da na izrek toliko nižje kazni dvema sostorilcema niso vplivale njune osebne okoliščine, temveč samo okoliščina, da je bil novi zakon milejši, kaže, da ne gre samo za problem pravičnosti, temveč za vprašanje enakosti pred zakonom, ki je eno od pomembnih načel ustavnega prava.⁹

Tudi poviševanje kazni obstoječim inkriminacijam ne pomeni nujno resničnega zaostrovanja kaznovalne politike. Če bi skozi daljše časovno obdobje spremljali kazniva dejanja v zvezi s prepovedanimi drogami (mamili), bi zaznali postopno poviševanje kazni, kar bi nas lahko pripeljalo do zaključka, da gre za postopno zaostrovanje kaznovalne politike. Neukrepanje organov pregona pa kaže, da gre zgolj za navidezno zaostrovanje kaznovalne politike. Tudi to trditev je najboljše utemeljiti s primerom. Vzemimo za primer tako imenovani »metadonski program«. Ob splošno znanem dejstvu, da »terapija« z metadonom ni zdravljenje, in dejstvu, da je metadon psihoaktivna substanca, ki sama po sebi povzroča odvisnost in je z Uredbo o razvrstitvi prepovedanih drog uvrščena med prepovedane droge (v skupino II),¹⁰ se ni mogoče izogniti ugotovitvi, da so z izvajanjem metadonskega programa izpolnjeni znaki kaznivega dejanja omogočanja uživanja prepovedanih drog ali nedovoljenih snovi v športu po drugem odstavku 187. člena KZ-1.¹¹ Čeprav je očitno,

⁹ Glej sodbo Okrožnega sodišča v Ljubljani opr. št. III K 39/2008 z dne 4.9.2008 in sodbo Višjega sodišča v Ljubljani opr. št. III Kp 160/2008 z dne 5.2.2009.

¹⁰ Uredba o razporeditvi prepovedanih drog UL RS št. 40/2000 in Uredbe o dopolnitvi uredbe o razvrstitvi prepovedanih drog UL RS št. 42/2001; 78/2002; 53/2004; 37/2005; 122/2007; 102/2009; 95/2010; 58/2011.

¹¹ Omogočanje uživanja prepovedanih drog ali nedovoljenih snovi v športu (187. člen)

(1) Kdor napelje drugega k uživanju prepovedanih drog ali nedovoljenih snovi v športu ali mu jih da, da jih uživa on ali kdo drug, ali kdor da na razpolago prostore za uživanje prepovedanih drog ali nedovoljenih snovi v športu ali kako drugače omogoči drugemu, da uživa prepovedane droge ali nedovoljene snovi v športu, se kaznuje z zaporom od šestih mesecev do osmih let.

da so z izvajanjem metadonskega programa izpolnjeni zakonski znaki kvalificirane oblike tega kaznivega dejanja, za katero je zagrožena zapor-na kazen od enega do dvanajst let, organi pregona ne reagirajo, država pa iz proračunskega denarja program celo financira. Mrtva črka na papirju je tudi tretji odstavek 187. člena KZ-I, ki določa, da je treba prepovedane droge obvezno odvzeti.

Sporočilo takšne kaznovalne politike je milo rečeno shizofreno. Kaj naj si misli mali prekupčevalec marihuane, ki ga preganjajo zaradi preprodaje nekaj « jointov«, medtem ko so tisti, ki izpolnjujejo znake kvalificirane oblike kaznivega dejanja, deležni celo finančne podpore iz proračunskih sredstev. Podobno velja za tiste oblike kaznivega dejanja, ki v bistvu predstavljajo pomoč pri uživanju prepovedanih drog. Kako naj nekdo, ki ga preganjajo zaradi tega, ker je enkrat dal na razpolago prostor za uživanje prepovedanih drog, razume, da tisti, ki vsakodnevno in množično omogočajo uživanje prepovedane droge, uživajo celo državno podporo. Nihče tudi ne preganja raznih društev in združenj, ki narkomanom brezplačno delijo injekcijske igle, čeprav je seveda popolnoma jasno, za kakšen namen bodo uporabljene. Kronični bolniki, ki morajo sami kupovati injekcije, ne razumejo povsem dobro, zakaj injekcije narkomanom delijo brezplačno, sami pa jih morajo kljub medicinski indikaciji kupovati.

Če obstajajo strokovno zelo dobro utemeljeni razlogi za izvajanje metadonskega programa (če je mogoče strokovno utemeljiti, da je korist takšnega ravnanja bistveno večja od škodljivih posledic), bi bilo treba stvar urediti tako, da bi bilo v naprej popolnoma jasno, kdaj in pod kakšnimi pogoji ravnanje, ki izpolnjuje vse znake kaznivega dejanja, ni kaznivo.

Z novelo Kazenskega zakonika, ki je začela veljati 15. maja 2012¹² je bil 187. členu KZ-I dodan četrti odstavek, ki se glasi: »Dejanje iz prve-

(2) Kdor stori dejanje iz prvega odstavka proti več osebam, proti mladoletni osebi, duševno bolni osebi, osebi z začasno duševno motnjo, hujšo duševno zaostalostjo ali osebi, ki je v postopku odvajanja od odvisnosti ali rehabilitacije ali če stori dejanje v vzgojnih ali izobraževalnih ustanovah ali v njihovi neposredni bližini, v zaporih, v vojaških enotah, v javnih lokalih ali na javnih prireditvah, ali stori dejanje iz prvega odstavka javni uslužbenec, duhovnik, zdravnik, socialni delavec, učitelj ali vzgojitelj in pri tem izkorišča svoj položaj, se kaznuje z zaporom od enega do dvanajstih let.

(3) Prepovedane droge, nedovoljene snovi v športu in pripomočki za njihovo uživanje se vzamejo.

¹² Zakon o spremembah in dopolnitvah kazenskega zakonika (KZ-1B), UL RS št. 91/11.

ga in drugega odstavka tega člena ni protipravno, če storilec ravna po programu zdravljenja odvisnosti ali nadzorovane uporabe droge, ki je v skladu z zakonom potrjen in se izvaja v okviru ali pod nadzorom javnega zdravstva.« Žal nisem prepričan, da navedena določba rešuje vse zgoraj omenjene probleme, saj je splošno znano, da »terapija« z metadonom ni zdravljenje. Poleg tega mi ni jasno, na kakšni podlagi lahko zakon v okviru javnega zdravstva potrdi (odobri) razdeljevanje psihoaktivne substance, ki sama po sebi povzroča odvisnost, pri tem pa ne gre za zdravljenje.

III. Sodna kaznovalna politika

Prof. dr. Katja Filipčič ocenjuje, da se kaznovalna politika sodišč v Sloveniji zaostreje. Do takšnega zaključka pride na podlagi analize statističnih podatkov. Ugotavlja, da se število zapornikov v Sloveniji po letu 1990 povečuje. Razlog za takšno stanje je lahko posledica pogostejšega izrekanja zaporne kazni ali /in izrekanja daljših zapornih kazni. Statistični podatki ne kažejo na pogostejše izrekanje zaporne kazni, kar pomeni, da je razlog za povečevanje števila zapornikov izrekanje daljših zapornih kazni. Prof. Filipčičeva navaja tri možne razloge za izrekanje daljših zapornih kazni: struktura izvršenih kaznivih dejanj, povratništvo storilcev kaznivih dejanj in javno mnenje, ki je naklonjeno strožjemu kaznovanju. Statistični podatki kažejo, da se povečuje delež povratnikov, javno mnenje pa je že tradicionalno bolj naklonjeno strožjemu kaznovanju. Čeprav prof. Filipčičeva ugotavlja, da zgolj iz statističnih podatkov ni mogoče sklepati na težo izvršenih kaznivih dejanj, kljub temu naredi zaključek, da se struktura kaznivih dejanj po letu 1990 ni bistveno spremenila.¹³

Za razliko od prof. Filipčičeve sem prepričan, da se je struktura kriminalitete po letu 1990 bistveno spremenila. Vedno več je premoženjskih kaznivih dejanj z elementi nasilja – ropi z uporabo strelnega orožja, ki se končajo s smrtjo. Z zmanjšanjem družbenega nadzora po letu 1990 so se povečale tudi možnosti za delovanje organiziranih kriminalnih združb. V Sloveniji so organi odkrivanja že zaznali delovanje močnih

¹³ Filipčič: n. d., str. 17–21.

tujih kriminalnih združb, ki se ukvarjajo s trgovino z mamili, trgovino z ljudmi, trgovino z orožjem in podobnimi resnimi oblikami kriminalitete. Zaradi tega sam menim, da se kaznovalna politika sodišč ni poostrila, temveč se je le prilagodila spremenjeni strukturi kriminalitete.

Poseben problem v Sloveniji predstavlja neplačevanje prispevkov. Gre za dokaj razširjen pojav, ko firme ne plačujejo delavcem prispevkov za zdravstveno in socialno zavarovanje in prispevkov za pokojninsko invalidsko zavarovanje, dokaj pogosti pa so tudi primeri, ko delavcem po več mesecev ne izplačajo plač. Čeprav je takšno ravnanje v KZ-1 opredeljeno kot kaznivo dejanje,¹⁴ do sedaj v Sloveniji za takšno ravnanje ni bil obsojen še nihče. V enem od redkih primerov, ko je sploh prišlo do obtožbe, je sodišče sprejelo zagovor obtoženih, da firma zaradi finančne krize ni imela denarja in te obveznosti objektivno ni mogla izpolniti. Obtoženci so bili oproščeni. Sporočilo sodbe je jasno: »Še naprej delajte to, saj se vam ne bo nič zgodilo.«

Prof. dr. Ivan Bele v zvezi s tem problemom opozarja, da bo spremenjena določba o skrajni sili, ki jo je prinesla novela KZ-1 (skrajna sila po novi ureditvi ne izključuje samo krivde storilca, temveč pod določenimi pogoji lahko izključi protipravnost ravnanja), povzročila, da obdolženci za kaznivo dejanje kršitve temeljnih pravic delavcev po prvem odstavku 196. člena KZ-1 ne bodo oproščeni samo za kaznivo dejanje, temveč tudi za obveznost plačila predpisanih prispevkov. To pomeni, da določba o skrajni sili oškodovancem ne bo nudila enakega pravnega varstva kot storilec. Ob tem prof. Bele opozarja, da čeprav kazenski zakonik kot kazniva dejanja določa samo tista, ki v pravu nasploh veljajo za proti-

¹⁴ Kršitev temeljnih pravic delavcev (196. člen)

(1) Kdor zavestno ne ravna po predpisih o sklenitvi pogodbe o zaposlitvi in o prenehanju delovnega razmerja, plači in drugih prejemkih iz delovnega razmerja, delovnem času, odmoru, počitku, letnem dopustu ali odsotnosti z dela, varstvu žensk, mladine in invalidov, varstvu delavcev zaradi nosečnosti in starševstva, varstva starejših delavcev, prepovedi nadurnega ali nočnega dela ali plačilu predpisanih prispevkov in tako prikrajša delavca ali iskalca zaposlitve za pravico, ki mu pripada, ali mu jo omeji, se kaznuje z denarno kaznijo ali zaporom do enega leta.

(2) Če ima dejanje iz prejšnjega odstavka za posledico nezakonito prenehanje delovnega razmerja, neupravičeno neizplačilo treh zaporednih plač ali izgubo pravice, ki izvira iz neplačanih prispevkov, se storilec kaznuje z zaporom do treh let.

pravna, ni pooblaščen, da bi razglašal, katera dejanja niso (oziroma so) v skladu s pravom.¹⁵

IV. Tožilska kaznovalna politika

S postopnim odstopanjem od legalitetnega načela in dajanjem vedno večjih pooblastil za odločanje državnim tožilcem se je začela razvijati tožilska kaznovalna politika, ki si zasluži vso pozornost.

Že veljavni zakon o kazenskem postopku (v nadaljevanju ZKP) daje državnim tožilcem velika pooblastila.¹⁶ Državni tožilec lahko pod določenimi pogoji ovadbo ali obtožni predlog odstopi v postopek poravnavanja,¹⁷ v soglasju z oškodovancem lahko odloži kazenski

¹⁵ Podrobneje o tem glej: Bele: n. d., str. 5.

¹⁶ Zakon o kazenskem postopku, uradno prečiščeno besedilo (ZKP- UPB 4) UL RS št. 32/2007; zakon o spremembah in dopolnitvah zakona o kazenskem postopku UL RS št. 66/08; 77/09 in 91/11.

¹⁷ Člen 161.a ZKP:

(1) Državni tožilec sme ovadbo ali obtožni predlog za kaznivo dejanje, za katero je predpisana denarna kazen ali zapor do treh let in za kazniva dejanja iz drugega odstavka tega člena, odstopiti v postopek poravnavanja. Pri tem upošteva vrsto in naravo dejanja, okoliščine, v katerih je bilo storjeno, osebnost storilca, njegovo predkaznovanost za istovrstna ali druga kazniva dejanja, kot tudi stopnjo njegove kazenske odgovornosti.

(2) Zaradi posebnih okoliščin je dopustno poravnavanje tudi za kazniva dejanja hude telesne poškodbe po prvem odstavku 123. člena, posebno hude telesne poškodbe po četrtem odstavku 124. člena, velike tatvine po 1. točki prvega odstavka 205. člena, zatajitve po četrtem odstavku 208. člena in poškodovanja tuje stvari po drugem odstavku 220. člena Kazenskega zakonika; če je ovadba podana zoper mladoletnika, pa tudi za druga kazniva dejanja, za katera je v Kazenskem zakoniku predpisana kazen zopora do petih let.

(3) Poravnavanje vodi poravnalec, ki je zadevo dolžan prevzeti v postopek. Poravnavanje se sme izvajati le s pristankom osumljenca in oškodovanca. Poravnalec je pri svojem delu neodvisen. Poravnalec si mora prizadevati, da je vsebina sporazuma v sorazmerju s težo in posledicami dejanj.

(4) Če se vsebina sporazuma nanaša na opravljanje splošno koristnega dela, izvajanje sporazuma pripravijo in vodijo centri za socialno delo ob sodelovanju poravnalca, ki je vodil poravnavanje, in državnega tožilca.

(5) Ko prejme obvestilo o izpolnitvi sporazuma, državni tožilec ovadbo zavrže. Poravnalec je državnega tožilca dolžan obvestiti tudi o neuspelem poravnavanju ter razlogih za to. Rok za izpolnitev sporazuma ne sme biti daljši od treh mesecev.

(6) V primeru zavrženja ovadbe iz prejšnjega odstavka oškodovancu ne gredo pravice iz drugega in četrtega odstavka 60. člena tega zakona, o čemer ga mora poravnalec poučiti pred podpisom sporazuma.

pregon¹⁸ oziroma sploh ni dolžan začeti kazenskega postopka ali lahko odstopi od pregona.¹⁹ Navedene določbe kažejo, da državni tožilci lahko izvršujejo kaznovalno politiko, še preden zadeva pride pred sodišče

(7) S splošnimi navodili, ki jih izda generalni državni tožilec, se podrobneje opredelijo pogoji in okoliščine iz prvega odstavka tega člena ter posebne okoliščine iz drugega odstavka tega člena, ki vplivajo na odstop ovadbe v postopek poravnavanja.

¹⁸ Člen 162 ZKP:

(1) Državni tožilec sme s soglasjem oškodovanca odložiti kazenski pregon za kaznivo dejanje, za katero je predpisana denarna kazen ali zapor do treh let in za kazniva dejanja iz drugega odstavka tega člena, če je osumljenec pripravljen ravnati po navodilih državnega tožilca in izpolniti določene naloge, s katerimi se zmanjšajo ali odpravijo škodljive posledice kaznivega dejanja. Te naloge so lahko:

- 1) odprava ali poravnava škode;
- 2) plačilo določenega prispevka v korist javne ustanove ali v dobrodelne namene ali v sklad za povračilo škode žrtvam kaznivih dejanj;
- 3) oprava kakšnega splošno koristnega dela;
- 4) poravnava prežिवninske obveznosti.

(2) Zaradi posebnih okoliščin je dopustno odložiti kazenski pregon tudi za kazniva dejanja omogočanja uživanja prepovedanih drog ali nedovoljenih snovi v športu po prvem odstavku 187. člena, velike tatvine po 1. točki prvega odstavka 205. člena, zatajitve po četrtem odstavku 208. člena, izsiljevanja po prvem in drugem odstavku 213. člena, poslovne goljufije po prvem odstavku 228. člena, poškodovanja tuje stvari po drugem odstavku 220. člena, poneverbe in neupravičene uporabe tujega premoženja po prvem odstavku 209. člena in izdaje nekritega čeka in zlorabe bančne ali kreditne kartice po prvem in drugem odstavku 246. člena Kazenskega zakonika; če je ovadba podana zoper mladoletnika pa tudi za druga kazniva dejanja, za katera je v Kazenskem zakoniku predpisana kazen zavora do petih let.

(3) Če državni tožilec določi nalogo odprave škode iz 1. točke ali nalogo iz 3. točke prvega odstavka tega člena, izvajanje dela pripravijo in vodijo centri za socialno delo ob sodelovanju državnega tožilca.

(4) Če osumljenec v roku, ki ne sme biti daljši od šest mesecev, za nalogo iz 4. točke pa ne daljši od enega leta, izpolni nalogo, se ovadba zavrne.

(5) V primeru zavrnjenja ovadbe iz prejšnjega odstavka, oškodovancu ne gredo pravice iz drugega in četrtega odstavka 60. člena tega zakona. O izgubi teh pravic mora državni tožilec poučiti oškodovanca, preden da ta soglasje po prvem odstavku tega člena.

(6) S splošnimi navodili, ki jih izda generalni državni tožilec, se podrobneje opredelijo posebne okoliščine, ki vplivajo na odločitev državnega tožilca o odložitvi kazenskega pregona.

¹⁹ Člen 163 ZKP:

Državni tožilec ni dolžan začeti kazenskega pregona oziroma sme odstopiti od pregona:

1) če je v kazenskem zakonu določeno, da sme oziroma mora sodišče storilcu kaznivega dejanja odpustiti kazen, državni tožilec pa glede na konkretne okoliščine primera oceni, da sama obsodba, brez kazenske sankcije, ni potrebna;

2) če je v kazenskem zakonu za kaznivo dejanje predpisana denarna kazen ali kazen zavora do enega leta, osumljenec oziroma obdolženec pa je zaradi dejanskega kesanja preprečil škodljive posledice ali poravnal vso škodo in državni tožilec, glede na konkretne okoliščine primera, oceni, da kazenska sankcija ne bi bila upravičena.

(če se obdolženec ravna po navodilih tožilca in izpolni naloge, ki mu jih le-ta naloži, zadeva sploh ne pride pred sodišče, ker tožilec ovadbo zavrže). Te določbe so po mojem mnenju zelo problematične, saj pomenijo, da državni tožilec postavlja »kaznovalne okvire« v vsakem primeru posebej, kar predstavlja precej veliko tveganje za kršitev načela enakosti pred zakonom.

Še večji poseg na obravnavano področje prinaša zadnja novela ZKP, ki je začela veljati 29.II.2011, uporablja pa se od 15.5.2012.²⁰ Ta novela uvaja institut sporazuma o priznanju krivde oziroma plea bargaining.

Obdolženec, zagovornik in državni tožilec lahko v kazenskem postopku predlagajo nasprotni stranki sklenitev sporazuma o obdolženčevem priznanju krivde za storjeno kaznivo dejanje. Sklenitev takega sporazuma sme predlagati državni tožilec tudi pred pričetkom kazenskega postopka, če je podan utemeljen sum, da je osumljenec storil kaznivo dejanje, ki bo predmet postopka. V tem primeru mora državni tožilec, ki predlaga sklenitev sporazuma, osumljenca pisno seznaniti z opisom dejanja in pravno kvalifikacijo kaznivega dejanja, glede katerega predlaga sklenitev sporazuma. Če osumljenec še ni bil zaslišan, ga mora poučiti o pravicah iz četrtega odstavka 148. člena tega zakona.²¹

Če je podan predlog po prvem odstavku tega člena, se stranki lahko pogajata o pogojih priznanja krivde za kaznivo dejanje, za katero se vodi predkazenski oziroma kazenski postopek zoper osumljenca oziroma obdolženca ter o vsebini sporazuma. Državni tožilec se sme pogajati tudi samo z zagovornikom, če osumljenec oziroma obdolženec s tem soglašata. Sporazum o priznanju krivde mora biti sklenjen v pisni obliki in ga podpišeta stranki in zagovornik. Kaznivo dejanje, za katero je sklenjen sporazum, mora biti opisano na način, kot se zahteva za opis dejanja v obtožnici (2. točka prvega odstavka 269. člena). Sporazum se priloži k vloženi obtožnici oziroma obtožnemu predlogu; če pride do sklenitve sporazuma kasneje, ga mora državni tožilec predložiti sodišču takoj, vendar najpozneje do začetka glavne obravnave.²²

²⁰ Zakon o spremembah in dopolnitvah zakona o kazenskem postopku (ZKP-K), UL RS št. 91/2011.

²¹ Prvi odstavek 450.a člena ZKP.

²² Tretji in četrti odstavek 450.a člena ZKP.

S sporazumom, s katerim obdolženec prizna krivdo za vsa ali nekatera kazniva dejanja, ki so predmet obtožbe, se obdolženec in državni tožilec lahko dogovorita:

1. o kazni oziroma opozorilni sankciji in o načinu izvršitve kazni;
2. o odstopu državnega tožilca od kazenskega pregona, za kazniva dejanja obdolženca, ki niso zajeta s priznanjem;
3. o stroških kazenskega postopka;
4. o izpolnitvi kakšne druge naloge.

Predmet sporazuma o priznanju krivde ne morejo biti pravna opredelitev kaznivega dejanja, varnostni ukrepi, kadar so obvezni ter odvzem s kaznivim dejanjem pridobljene premoženjske koristi, razen način odvzema. O tem, kar ni ali ne sme biti predmet sporazuma, odloči sodišče na naroku iz 285.č člena tega zakona.²³

Sporazum o kazni vsebuje vrsto in višino oziroma čas trajanja kazni, ki naj se izreče obdolžencu za storjeno kaznivo dejanje. Dogovorjena kazen mora biti v mejah predpisane kazni; izrek omiljene kazni in način izvršitve kazni se sme v sporazumu predlagati le ob pogojih in v mejah, ki so predpisani v kazenskem zakonu. Če so podani zakonski pogoji, se stranki lahko dogovorita, da se obdolžencu namesto kazni izreče opozorilna sankcija. Dogovorjena opozorilna sankcija mora vsebovati vse sestavine, ki se po določbah kazenskega zakona zahtevajo za izrek take sankcije.

O odstopu od kazenskega pregona za kazniva dejanja, ki niso zajeta s sporazumom o priznanju krivde, se sme državni tožilec z obdolžencem dogovoriti le, če gre za kazniva dejanja iz prvega in drugega odstavka 162. člena tega zakona in če s tem soglašajo oškodovanec. Kaznivo dejanje, glede katerega državni tožilec odstopi od pregona, mora biti v sporazumu čim bolj natančno opisano, z navedbo njegove pravne opredelitve. Soglasje oškodovanca se priloži sporazumu.

V sporazumu o priznanju krivde se stranki lahko dogovorita, da se obdolženec, ne glede na določbe 94., 95. in 97. člena tega zakona, oprosti plačila oziroma povrnitve vseh ali dela stroškov kazenskega postopka. V tem primeru stroški kazenskega postopka bremenijo proračun.

²³ 450.b člen ZKP.

Obdolženec se s sporazumom o priznanju krivde lahko tudi zaveže, da bo najpozneje do predložitve sporazuma sodišču oškodovancu poravnal škodo, povzročeno s kaznivim dejanjem, poravnal svojo preživetinsko obveznost ali izpolnil kakšno drugo nalogo iz prvega odstavka 162. člena tega zakona.²⁴

O sporazumu o priznanju krivde, ki ga je obdolženec sklenil z državnim tožilcem, odloča sodišče, pred katerim teče kazenski postopek, na predobravnavnem naroku, če je bil sporazum sklenjen pozneje, pa na glavni obravnavi. Ko sodišče odloča o sklenjenem sporazumu o priznanju krivde, presodi:

1. ali je sporazum v skladu z določbami 450.a, 450.b in 450.c člena tega zakona in
2. ali so glede priznanja krivde izpolnjeni pogoji iz prvega odstavka 285.c člena tega zakona.

Če sodišče ugotovi, da kateri izmed pogojev iz prejšnjega odstavka ni podan, ali da obdolženec ni izpolnil obveznosti iz petega odstavka prejšnjega člena, sporazum s sklepom zavrne in nadaljuje postopek, kot da je obtoženec izjavil, da krivde po obtožbi ne priznava. Če sodišče presodi, da so izpolnjeni vsi pogoji, sprejme sklep, da se sporazum o priznanju krivde sprejme in nadaljuje postopek smiselno, kot da je obtoženec izjavil, da priznava krivdo po obtožbi (285.č člen). Zoper ta sklep ni pritožbe.²⁵ Očitno je, da je sodišče omejeno na formalni preizkus sporazuma o priznanju krivde, glede izreka kazenske sankcije pa je omejeno s predlogom tožilca, saj ne more izreči strožje kazenske sankcije, kot jo je predlagal državni tožilec.²⁶

²⁴ 450.c člen ZKP.

²⁵ 450. Č člen ZKP.

²⁶ Šesti odstavek 285. č člena ZKP.

Predstavljene določbe ZKP, ki jih prinaša novela, so po mojem mnenju zelo problematične in verjetno protiustavne iz vsaj dveh razlogov. Določbe, ki sodnika omejujejo na formalni preizkus sporazuma o krivdi, glede izreka sankcije pa na predlog državnega tožilca, sodniku jemljejo njegovo temeljno funkcijo – to je funkcijo sojenja, kar je problematično že samo po sebi, saj sodnik ne more izvrševati funkcije, za katero je bil izvoljen. Še bolj problematično pa je to, da državni tožilec in obdolženec (oziroma njegov zagovornik) določata »kaznovalne okvire« v vsakem primeru posebej, kar pomeni, da ex post facto ustvarjata paradigmo za vsak posamičen primer. Takšno ravnanje nujno pripelje do kršitve enakosti pred zakonom, ki je eno bistvenih pravnih načel vsakega pravnega reda.

V. Namesto zaključka

Sodišča sodbe še vedno izrekajo v imenu ljudstva. Nezaželeno in neprijetno je, če se ljudstvo sodbam, izrečenim v njegovem imenu čudi ali jim celo žvižga. V takšnem primeru ljudstvo sporočila, ki ga daje sodna veja oblasti, ne razume, ali pa je morda kaj narobe s sporočilom.

Kako bodo zaživele novosti v zvezi s tožilsko kaznovalno politiko in kako bo »trgovanje s pravico« sprejelo ljudstvo, pa bo pokazal čas.

P O V Z E T K I

Borut Ošljaj

O temeljnih pogojih možnosti delovanja pravne države

Prispevek se posveča problemu nujnih in zadostnih pogojev možnosti dobro delujoče pravne države. Na začetku izpostavimo temeljno vprašanje: Kdaj in zakaj institucije in državljani delujejo ali ne delujejo v zadostni meri v skladu s pravnim sistemom? Prvi sklep se glasi, da je nujni pogoj možnosti dobrega delovanja pravne države lahko samo avtonomno spoštovanje, ki ga do pravnega sistema celostno izkazujejo svobodne osebe razsvetljene demokratične družbe. V nadaljevanju se posvetimo razmisleku o pogojih avtonomnega spoštovanja, skratka vprašanju, kaj določa in omogoča, da državljani resnično spoštujejo in uveljavljajo pravni red. Pri tem izpostavimo zlasti naslednje pogoje: Razumevanje smisla in pomena pravnega reda, moralnost kot osrednji pogoj avtonomnega spoštovanja, ugled sodstva in – glede slovenskih razmer – zahtevo po njegovi depolitizaciji. Kot posebni pogoj dobro delujoče pravne države v nadaljevanju predstavimo svetovni nazor kot specifično formo kolektivnega moralnega subjekta. Prispevek zaključimo z opredelitvijo zadostnega pogoja pravne države in demokracije nasploh: Če je avtonomno spoštovanje pravnega reda, tako eksterno kot interno, nujni pogoj uspešnega delovanja pravne in demokratične družbe, pa je njegov zadostni pogoj živeta moralnost družbe kot celote njenih avtonomnih moralnih oseb, ki znajo onstran meja pravnosti prepoznavati razločke med legalnim in moralnim ter med moralno dopustnim in nedopustnim in v skladu z njimi tudi dosledno delovati. Osrednja teza prispevka je, da neučinkovitost pravne države v osnovi ni niti politični niti pravni, temveč je izvorno etični in moralni problem. Iz tega sledi, da lahko možna rehabilitacija demokracije ustrezno poteka samo skozi ustrezno obliko rehabilitacije morale.

Ključne besede: pravni red, avtonomno spoštovanje, moralnost, ugled, depolitizacija, svetovni nazor.

Benjamin Flander

Pogled na krizo prava skozi prizmo kritične družbene in pravne teorije

V izhodišče premisleka postavljamo enigmo iz uvodnika posveta »Rehabilitacija demokracije skozi rehabilitacijo prava«: Zakaj je imperativ pravne države hkrati splošno priznan in v praksi tako neučinkovit? Uvodnik kot možno rešitev predlaga »premik v pristopu k problemu«. Sprašuje se, »ali problem morda ni v premalo zavzetem opozarjanju na pomen pravne države, temveč v napačnem razumevanju tega fenomena«? To tezo – da je razumevanje pravne države in tem bolj njene »krize« v razpravah, ki smo jim v zadnjem času priča tostran (in onstran) Alp, in ne nazadnje v diskurzu dominantne paradigme v refleksiji prava, v precejšnji meri problematično –, smo v tej razpravi podkrepili z uvidi kritične družbene in pravne teorije. Pogled skozi njuna »očala« pokaže, da se v zadnjih desetletjih spričo obsežnih (in daljnosežnih) preobrazb, ki jih prinaša postmodernizacija zahodne družbe, soočamo z novo fazo v razvoju prava in pravnega sistema, ki pravno infrastrukturo »socialne pravne države« spreminja v novo postmoderno konstelacijo legalnosti. Sklicevanje na ideal »pravne države« in druga univerzalna načela modernega prava je, zaradi daljnosežne »krizne« preobrazbe teh načel, vse manj produktivno. Pravna pokrajina postmoderne družbe narekuje predrugačenje prevladujočega načina dojemanja prava in pravnega reda ter kot kaže tudi prenovo nekaterih temeljnih konceptov in prvin moderne pravnosti.

Ključne besede: pravna država, kriza prava, pravna postmodernizacija, neoliberalizem, kritična teorija prava.

Jernej Letnar Černič

Pravičnost in pravo v slovenski družbi

Pravo vsebuje temeljne družbene vrednote in etična načela. Pravičnost je mogoče najti v vseh družbenih plasteh. Je vrednota, ki naj bi urejala prav vsa družbena razmerja, tako zasebne kot tudi javne narave. Pravičnost tako pogojuje legitimnost preostalih družbenih pravil in utemljuje nastanek, obstoj in prenehanje pravnih pravil. Pravičnost je nad pravom. Vse pravne norme naj bi smiselno zasledovale pravičnost, in naj jo ne bi omejevale. Zakon oziroma postopanje državnih oblasti, ki niti v najmanjši meri ne sledi vsebinski pravičnosti, lahko izgubi pravno veljavnost. Smisel pravičnosti ni zgolj v tem, da prikaže in opozori na vsebinsko nepravilnost nekega zakona ali postopanja vsakokratne oblasti, temveč da tudi osvetli pot, ki bo presekala takšno izjemno družbeno situacijo. Dosledno upošte-

vanje pravičnosti lahko pokaže luč na koncu tunela, ki lahko pripomore odpraviti zakonsko nepravo – vsebinsko nepravilne zakone in vsebinsko nepravilno postopanje oblasti. Prepoznavna vsebinsko nepravilnega zakona oziroma postopanja državnih oblasti, ki jim je potrebno odvzeti veljavnost, je kot povesod, odvisna od pogumnih ljudi s pokončno držo.

Ključne besede: pravičnost, pravo, enako obravnavanje, javni interes, slovenski javni prostor, nepravilno pravo, državne oblasti

Jernej Letnar Černič
Justice and law in Slovenian public space

The law includes the basic social values and ethical principles. Justice can be found in all social strata. Is a value that should also govern all social relationships, both private as well as public ones. Justice also conditions the legitimacy of other social norms and justifies the creation, existence and dissolution of legal rules. Justice is above the law. All legal norms should reasonably pursue justice, and should not restrict it. A statute or an act of state authorities, which does not follow, even in the smallest degree, the substantive justice, may lose its legal validity. Sense of justice is not only in that it displays the content and draws attention to injustice of a law or an act of state authorities, but that it also sheds a light on the way to solve such extreme social situation. Strict adherence to justice can show the light at the end of the tunnel, which can help eliminate unjust law—substantively unjust statutes and , regulations. Recognition of unjust statute or unjust acts of state authorities depends on the brave people of upright posture.

Key words: justice, law, equal treatment, public interest, Slovenian public space, unjust law, state authorities

Erik Kerševan
Spoštovanje prava in spoštovanje avtoritete sodstva

V sedanjem času praktično ne poznamo sodobne demokratične države, ki ne bi med temelji svojega ustavnega sistema in legitimiranja državne oblasti vključevala načela pravne države oziroma vladavine prava. Po drugi strani pa se pogosto pojavi za naš prostor relativno specifično razumevanje spoštovanja prava: ustavo

in druge predpise je treba spoštovati, odločitve sodišč in drugih izvrševalcev prava pa so problematizirane ne samo z vidika njihove pravilnosti, temveč tudi z vidika njihove veljavnosti. V tej razpravi se torej obravnava vprašanje, kako razumeti ali celo redefinirati spoštovanje prava preko spoštovanja avtoritete izvrševalcev prava. Pri tem se torej postavi izziv, kako v sodobni pravni državi razumeti vlogo sodstva kot tiste veje oblasti, ki deluje prav s pravom in na podlagi prava. Na podlagi navedene razprave je mogoče postaviti trditev, da je treba ohranjati avtoriteto sodišč tako v razmerjih do drugih državnih organov kot tudi z varstvom avtoritete sodišča znotraj sodnega sistema, saj to zagotavlja legitimnost celotne državne oblasti in zaupanje javnosti v vladavino prava. Politično vrednotenje pravnih odločitev sodišč daje napačno sporočilo o pomenu spoštovanja sodstva in vzpostavlja napačne kriterije za presojo (ne)ustreznosti delovanja sodne veje oblasti. Ob tem pa tudi vzpostavljanje preobsežnega sistema pravnih sredstev lahko nepotrebno zmanjšuje zaupanje v delovanje celotnega sodnega sistema, saj daje splošni in strokovni javnosti sporočilo, da je preverjanje sprejete sodne odločitve preko vrste pravnih sredstev nujno za ustrezno varstvo pravic in pravnih interesov. Odgovor na potrebo po več pravnosti in bolj prezentni vladavini prava je torej lahko tudi v tem, da je pravnih sredstev in pravnih postopkov manj, kar je nov odgovor na izzive današnjega časa.

Ključne besede: vladavina prava, sodstvo, ustavno sodišče, avtoriteta sodišč, delitev oblasti, pravna sredstva.

Marko Novak

Slovenska pravna država v luči integralne teorije prava

Integralno teorijo prava, kot poseben pogled na naravo prava, je moč uporabiti tudi za razumevanje koncepta pravne države v neki družbi. Tako je v tej luči moč napraviti analizo glede delovanja pravne države tudi v slovenski družbi. V skladu s pojmovanjem integralne teorije prava se zdi, da Slovenija bistveno ne odstopa od primerjalnih držav, ko gre za normativno-dogmatsko in aksiološko-deontološko komponento pravne države. Največji odkloni in pomanjkljivosti sodobne slovenske pravne države se zdijo na področju, ki ga raziskuje sociološka komponenta v okviru integralne teorije prava. Tu gre za nedelovanje pravne države v stvarnosti, realnosti, torej v pravnih dejstvih in pravnih odnosih. Da bi to pomanjkljivost, ki

je tudi delno rezultat komunistične ideologije, odpravili, bi morali okrepiti normativno integracijo, pravno zavest, skratka pravno kulturo. Tu pa lahko največ prispevajo pravne elite s svojim znanjem, pogumom in moralnim zgledom.

Ključne besede: integralna teorija prava, pravna kultura, pravna država, demokracija

Bojan Žalec

Pravni instrumentalizem kot uničevalec vladavine prava

Glavna teza pričujočega članka je, da pravni instrumentalizem razžira vladavino prava. Glavni in izvorni prispevek članka k dosedanjim razpravam o vladavini prava in delovanju ustanov nasploh je uporaba Dreyfusovega pojma paradigme za pojasnitev pogojev za delovanje vladavine prava in inštitucij nasploh in trditve, da je za delovanje ustanov potrebno, da se na njih zanesemo, v njih verujemo in jim zaupamo. Članek ima tri glavne dele. Prvi del je prispevek k pojmovni razjasnitvi pojma vladavina prava. V drugem delu avtor pojasnjuje pojem pravnega instrumentalizma, genezo njegovega razbohotenja oz. njegove prevlade v prejšnjem stoletju ter zakaj je oboje nevarno. Avtor trdi, da je glavna nevarnost v uničevanju vladavine prava. V tretjem delu pojasnjuje, s pomočjo pojma paradigme in netradicionalne (nekartezijanske) moderne spoznavne teorije, kakšno mora biti naše razumevanje (vladavine) prava in sploh ustanov, ki nam v moderni situaciji omogoča, da ne zapademo v slab in nevaren, v določenih pogledih potencialno lahko tudi usoden, (pravni) instrumentalizem. Referenčni okvir članka tvorijo dela ameriškega pravnega teoretika Briana Tamanaha ter filozofov Huberta Dreyfusa (ki interpretira, posreduje, aplicira in naprej razvija dognanja Martina Heideggerja), Michaela Oakeshotta, Alvina Plantinga pa tudi Imreja Lakatosa in nekatera avtorjeva prej izdana besedila.

Ključne besede: pravni instrumentalizem, vladavina prava, vera in zaupanje v institucije ter zanesenje na njih, paradigme, (ne)tradicionalna moderna novoveška spoznavna teorija, temelj delovanja ustanov.

Rok Svetlič

Avtonomija prava in moralni imperializem

V pričujočem sestavku je izpostavljena ena od skritih problematik filozofije prava. Demokratična kultura je razvila močno zavest, da pravo ne sme priti v nasprotje z moralnimi načeli. V ta namen so ustanovljene celo institucije, kot je Urad varuha človekovih pravic. Toda v to zahtevo je položena past, saj ne upošteva, da bližina prava in morale lahko obema tudi škodi. Zadrega je, da te stranpoti ni zlahka prepoznati, saj izhajamo in tradicionalne predstave, da je pravo morali podrejen fenomen, ki se ji mora čim bolj približati.

Članek izpostavi mesto patološkega odnosa med pravom in moralo. Gre za vnašanje nauka o motivu izvrševanja dolžnosti z moralnega na pravno področje. Kljub dolgi tradiciji post-metafizičnega mišljenja se prakse uporabe prava še vedno niso zavedle, da je pravo je fenomen *sui generis*. Metodološki motiv poziva k avtonomiji prava si sposojamo maksimi čistosti pravnega mišljenja H. Kelsna, vsebinsko pa o problematiko analiziramo z vračanjem k pravni filozofiji I. Kanta.

Ključne besede: filozofija prava, morala, avtonomija prava, I. Kant.

Vid Jakulin

Kaznovalna politika v Sloveniji (Razkorak med pričakovanji in stvarnostjo)

Avtor obravnava kaznovalno politiko v Sloveniji. Avtor meni, da je kaznovalna politika v Sloveniji veliko preblaga in za žrtve kaznivih dejanj celo žaljiva. Obravnava zakonsko, sodno in tožilsko kaznovalno politiko. Posebno kritičen je do tožilske kaznovalne politike, za katero meni, da vodi do kršitve enakosti pred zakonom, ki je eno bistvenih načel vsakega pravnega reda.

Ključne besede: Slovenija, kriminalitetna politika, kaznovalna politika, zakonska kaznovalna politika, sodna kaznovalna politika, tožilska kaznovalna politika.

A B S T R A C T S

Borut Ošljaj

Algleški naslov

The present treatise titled »On the Basic Conditions of the Possibility of Legal State Functioning« addresses the issue of necessary and sufficient conditions for a well-functioning legal state. The first part raises the fundamental question: When and why do institutions and citizens function, or fail to function, in accordance with the legal system? The first conclusion is that the necessary condition of the possibility for the good functioning of the legal state is solely that of autonomous respect paid to the legal system by free persons of the enlightened democratic society. The second part of the treatise is a reflection on the conditions of autonomous respect, *i.e.* the question as to what determines and enables citizens to truly respect and carry into effect legal order. This calls for our attention to be directed to the following conditions: understanding of the meaning and sense of legal order, morality as the basic condition of autonomous respect, respectability of the judiciary system and – in view of the present Slovene circumstances – the demand for its depoliticisation. In what follows, worldview as a specific form of the collective moral subject is introduced as a special condition for a well-functioning legal state. In conclusion, the treatise brings forward a determination of the sufficient condition for the legal state and democracy in general: if autonomous respect for legal order, both externally and internally, proves a necessary condition for the functioning of lawful and democratic society, then its sufficient condition is the lived morality of the society as an entirety of its autonomous moral persons, who are capable of distinguishing between the legal and moral as well as between what is morally acceptable and morally unacceptable, and who prove capable of acting accordingly. The main tenet of the contribution is that, fundamentally, the inefficiency of the legal state cannot be deemed primarily a political or legal problem; rather, it proves a genuinely ethical and moral problem. What follows from this is that the possibility of the rehabilitation of democracy can only be opened through a proper rehabilitation of morality.

Key words: legal order, autonomous respect, morality, respectability, depoliticisation, world view

Benjamin Flander

The view on the crises of law through the lens of critical social and legal theory

The starting point of the article is the puzzle from the introduction to the conference »Rehabilitation of democracy through rehabilitation of law«: Why is the imperative of the rule of law so widely recognized on the one hand, and so ineffective in practice on the other? The introduction proposes a shift in the approach to the problem. Perhaps, it claims, the problem may not be the lack of the commitment in recalling the importance of the rule of law but rather in false understanding of this concept. This claim – that the understanding of the rule of law in the discussions that we have recently seen in Slovenia and beyond as well as in the discourse of the dominant paradigm in the reflection upon law is problematic – is substantiated in this article with the view through the lens of critical social and legal theory. This view shows that in recent decades under the influence of the far-reaching transformation processes, the law and legal system of the western society have been facing a new stage in their historical development, changing the infrastructure of the welfare state into a new postmodern legal constellation legality. Embraced with these processes, references to the “rule of law” and other universal principles of modern law have become due to their transformation of ever less productive. The legal landscape of the postmodern society calls for alternative ways of reflection upon law and legal system and renewal of some of the core concepts of modern legality.

Key words: rule of law, crises of law, legal post-modernization, neoliberalism, critical legal theory.

Erik Kerševan

Respect for The Law and Respect for The Judiciary

In present time there is practically no modern democracy that would not include the rule of law as one of the fundamental principles of its constitutional order and the basis of legitimacy of state authority. On the other hand it is also quite common that a relatively specific understanding of respect for the law appears: the constitution and other legal acts have to be respected, the decisions of courts and other bodies implementing the law on the other hand are questioned not only from the point of their correctness, but also from the point of their being binding and valid. Present discussion therefore focuses on the issue of how to understand or even redefine the respect for law through respect for the institutions implementing

the law. The challenge is how to understand the role of the judiciary in the modern state as the tier of power protecting the rule of law, acting on the basis of the law and with the law. The discussion leads to the conclusion that the authority of the judiciary has to be protected and supported both in relation to other state bodies as within the judicial system itself, since this forms the basis for the legitimacy of state authority and the trust of public in the rule of law. Political evaluations of legal decisions of the courts give a wrong message about the meaning of respect for judiciary and form false criteria for the judgment on (in)adequacy of functioning of the courts. It is also important to stress that establishment of excessive system of legal remedies can unnecessarily lower the trust in the functioning of judicial system as a whole, since it conveys a message to the general and professional public that the examination of every adopted judgment through various legal remedies is necessary for adequate protection of rights and legal interests. The response to the need for more justice and rule of law can therefore also be in the solution to reduce the number of legal remedies and legal procedures, which can be a new response to challenges of the present time.

Key words: rule of law, judiciary, Constitutional court, judicial authority, separation of powers, legal remedies.

Marko Novak

The Slovene Rule-of-Law State in the Light of an Integral Theory of Law

The integral theory of law, as a special theory on the nature of law, could also be applied to understanding the rule-of-law concept in a certain society. Thus, in the same light, the situation of the application of the rule-of-law principle in Slovenia could be analyzed. According to the mentioned theory of law, Slovenia does not deviate much from comparable countries in terms of normative-dogmatic and axiological-deontological components of the rule-of-law state. When it comes to the operation of the rule-of-law concept in Slovene society most deficiencies can be found in areas which are usually researched by the sociological component of the integral theory of law. This refers to bad performance of the rule-of-law state in reality reflected in legal facts and legal relations. In order to remedy this deficiency we should strengthen the notions of normative integration, legal consciousness, in short, legal culture. Here the most important contribution must come from the legal elites by means of using their knowledge, courage and moral wisdom.

Key words: integral theory of law, legal culture, rule-of-law, democracy

Bojan Žalec

Legal instrumentalism as a destroyer of the rule of law

The main and original contribution of this article to previous discussions about the rule of law and working of institutions in general is an application of the Dreyfus' concept of a paradigm for the explanation of the conditions of working of the rule of law and institutions in general, and of the claim that for working of institutions our reliance on them and our faith (belief) and trust in them is needed. The article consists of three main parts. The first part is a contribution to conceptual clarification of the concept of the rule of law. In the second part the author explains the concept of legal instrumentalism, the genesis of its proliferation and its prevailing in the 20th Century. He accounts for why both these phenomena are dangerous.

The author claims that the main danger lies in the destruction of the rule of law. In the third part he explains – by the means of the concept of paradigm and non-traditional (non-Cartesian) epistemology – what understanding of the (rule of) law and institutions in general enables us – in the modern situation – to avoid falling in bad and dangerous – in certain respects potentially also fatal – legal instrumentalism. The frame of the reference of the article consists of the work of the American legal theorist Brian Tamanaha and of the following philosophers: Hubert Dreyfus (which interprets, mediates, applies and further develops the findings of Martin Heidegger), Michael Oakeshott, Alvin Plantinga, also Imre Lakatos and some of the author's own previously published texts.

Key words: legal instrumentalism, rule of law, belief and trust in institutions and reliance on them, paradigms, (non)traditional modern epistemology, foundation of the working of institutions.

Rok Svetlič

Law's Autonomy and Moral Imperialism

This article discusses one of the hidden problems of philosophy of law. The democratic culture has developed strong consciousness which demands that the law should not get in the collision with moral's principles. In order to assure this also institutions are founded (ombudsman for example). But there is specific trap imbedded in this demand for there is paid no attention to the circumstance, that the intimacy within law and morality can be harmful for both. Additional diffi-

culty in this case is that this fault is hard to recognize due to the traditional idea, that the law should be subordinated and as far as possible close to the morality.

The article stresses out the locus of pathological relation between the law and morality. The problem arises from use of specific motives for fulfilling the duty which are typical for morality on the field of the law. Despite to long tradition of post-metaphysical thinking the legal practice still isn't aware that the law is the phenomenon *sui generis*. The methodical motive for the appeal to the law's autonomy is borrowed from H. Kelsen's maxima of the purity of juridical thinking. As regard content the problems are, however, analyzed on the horizon of I. Kant's philosophy of law.

Keywords: Philosophy of law, Morality, Autonomy of Law, I. Kant.

Vid Jakulin

Sentencing Policy in Slovenia (Discrepancy between Expectations and Reality)

The author deals with the sentencing policy in Slovenia. He believes that sentencing policy in Slovenia is too mild and for victims even injurious. The author deals with legal, judicial and prosecutors sentencing policy. He is specially critical towards prosecutors sentencing policy for which he is convinced that it leads towards infringement of the equality before the law, which is one of the most important principals of every legal system.

Key words: Slovenia, criminal policy, sentencing policy, legal sentencing policy, judicial sentencing policy, prosecutors sentencing policy

A V T O R J I

Borut Ošljaj

Dr. Borut Ošljaj (2. 5. 1964, Murska Sobota) je kot izredni profesor zaposlen na oddelku za filozofijo Filozofske fakultete v Ljubljani. Predava etiko, etiko narave, filozofijo religije in filozofsko antropologijo. Težišče njegovega raziskovalnega dela zajema filozofsko antropologijo, etiko in integrativno bioetiko. V študijskem letu 2001/2002 je kot dobitnik Humboldtove štipendije opravljal znanstveno-raziskovalno delo v Berlinu (Freie Universität). Sodeluje pri interdisciplinarnem, mednarodnem projektu »Utemeljitev integrativne bioetike«. Je član domačih in mednarodnih filozofskih društev (*Hans Jonas-Zentrum* – Berlin, *System der Philosophie* – Dunaj; od leta 2006 do 2008 je bil predsednik Slovenskega filozofskega društva. Trenutno je v funkciji namestnika predstojnika Oddelka za filozofijo Filozofske fakultete v Ljubljani. Objavil je številne znanstvene prispevke v domačih in tujih znanstvenih revijah. Doslej je izdal štiri monografska dela: *Homo diaphoricus – Uvod v filozofsko antropologijo* (Ljubljana 1999, 2004 druga, predelana izdaja), *Človek in narava – Osnove diaforične etike narave* (Ljubljana 2000), *Antropoetika – Etična dekonstrukcija simbolnega* (Ljubljana 2005), *Ethica quo vadis – Albert Schweitzer in vprašanje renesanse etične kulture* (Ljubljana 2010).

Benjamin Flander

Benjamin Flander je docent za teorijo prava in države na Fakulteti za varnostne vede Univerze v Mariboru. Doktoriral je na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani. Raziskovalno se ukvarja s kritično (postmodernistično) filozofijo prava. Od leta 2012 deluje kot evalvator Skupine držav proti korupciji (GRECO) pri Svetu Evrope.

Doc. dr. Benjamin Flander
Univerza v Mariboru
Fakulteta za varnostne vede
Kotnikova 8, 1000 Ljubljana
E-pošta: benjamin.flander@fvv.uni-mb.si
Telefon: (01)300 83 24
Faks: (01) 230 26 87

Jernej Letnar Čerňič

Docent za pravo človekovih pravic, Fakulteta za državne in evropske študije.

Erik Kerševan

Erik Kerševan je doktor pravnih znanosti, izredni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

Marko Novak

Izredni profesor za teorijo prava in ustavno pravo na Evropski pravni fakulteti v Novi Gorici.

Bojan Žalec

izr. prof. dr. Bojan Žalec

Višji znanstveni sodelavec in predstojnik inštituta za filozofijo in etiko na Teološki fakulteti Univerze v Ljubljani

Poljanska c. 4

1001 Ljubljana

El. pošta: bojan.zalec@teof.uni-lj.si

About the author

Bojan Žalec, PhD

Associate professor of philosophy

Head of the Institute of Philosophy and Ethics

Faculty of Theology at University of Ljubljana

Mail: Poljanska c. 4

SI-1001 Ljubljana

Slovenia

E-mail: bojan.zalec@teof.uni-lj.si

Rok Svetlič

doc. dr. Rok Svetlič

Fakulteta za humanistične študije, Koper

Vid Jakulin

Dr. Vid Jakulin je redni profesor Pravne fakultete Univerze v Ljubljani.

P O L I G R A F I

izšlo:

Hermetizem
Religija in psihologija – Carl Gustav Jung
Mislec neskončnosti Giordano Bruno
Logos in kozmos
Panteizem
O Božjem bivanju
2000 po Kristusu
Mesijanska zgodovina
Sebstvo in meditacija
Religija in umetnost podobe
Protestantizem
Nikolaj Kuzanski
Renesančne mitologije
Ples življenja, ples smrti
Ars magna
Antični mit in literatura
O ljubezni
Ameriška filozofija religije
Poetika in simbolika prostora
Mistika in literatura
Solidarity and interculturality
Šamanizem
On community
Ženska in religija
Mediterranean lectures in philosophy
Svoboda in demokracija
Človekove pravice
Ethical gestures
Krogotok rojstva in smrti
Natural History
Modeli sveta
Bodily Proximity

v pripravi:
Pravo in demokracija

DRŽAVA IN MORALNOST

Borut Ošljaj
*O temeljnih pogojih možnosti delovanja
pravne države*

Benjamin Flander
*Pogled na krizo prava skozi prizmo
kritične družbene in pravne teorije*

Jernej Letnar Černič
Pravičnost in pravo v slovenski družbi

Erik Kerševan
Spoštovanje prava in spoštovanje avtoritete sodstva

Marko Novak
Slovenska pravna država v luči integralne teorije prava

Bojan Žalec
Pravni instrumentalizem kot uničevalec vladavine prava

Rok Svetlič
Avtonomija prava in moralni imperializem

Vid Jakulin
*Kaznovalna politika v Sloveniji
(Razkorak med pričakovanji in stvarnostjo)*
