

MATJAŽ NAHTIGAL

VLOGA PRAVA
V DRŽAVAH V TRANZICIJI

Ljubljana, 2002

Matjaž Nahtigal
VLOGA PRAVA V DRŽAVAH V TRANZICIJI

Knjižna zbirka Politični procesi in inštitucije
Izdajatelj FAKULTETA ZA DRUŽBENE VEDE
Za založbo Ivan HVALA

Copyright © po delih in v celoti FDV 2002, Ljubljana.
Fotokopiranje in razmnoževanje po delih in v celoti je prepovedano.
Vse pravice pridržane.

Naslovnica in prelom B&V Co.
Tisk Tiskarna LITTERA PICTA

Knjiga je izšla ob podpori Ministrstva za šolstvo, znanost in šport.

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

340.12(4-014/015)
330.342.14/.15(4-014/015)

NAHTIGAL, Matjaž
Vloga prava v državah v tranziciji / Matjaž Nahtigal. - Ljubljana :
Fakulteta za družbene vede, 2002. - (Knjižna zbirka Politični procesi
in inštitucije)

ISBN 961-235-093-0
119747328

KAZALO

POVZETEK	5
----------------	---

PRVI DEL

VLOGA PRAVA V DRŽAVAH V TRANZICIJI

UVOD	10
Realistična in utopična definicija naroda	10
Javno in zasebno ter relacije med obema sferama	12
Pravnofilozofski diskurz v konkretnem družbenem kontekstu	13
NEOLIBERALNI PROJEKT IN PRAVO	25
PRAVO V RAZMERJU DO SOCIALDEMOKRACIJE	36
METODOLOŠKI PRISTOP K RAZPRAVI	48
Avtonomna metoda pravniškega mišljenja v širšem družbenem kontekstu	48
Nastanek liberalne države in razvoj vladavine prava	58
Odmiki od splošnih načel vladavine prava	60
Hans Kelsen in H.L.A. Hart	62
Šole, vzporedne pravnemu pozitivizmu	66
Izhod iz pravnega pozitivizma	70
Manjkajoči agent (nosilec) reform in institucionalna transformacija	72
EKSKURZ O POSTMODERNIZMU	75

DRUGI DEL

**USTAVNO PRAVO IN OKREPLJENI
DEMOKRATIČNI DISKURZ**

TIPOLOGIJA DRUŽBENE ORGANIZIRANOSTI	80
USTAVNI DUALIZEM IN DUALISTIČNA DEMOKRACIJA	86
Ekskurz o (ustavnopravni) enakosti	94
USTAVNO PRAVO IN VLOGA (USTAVNEGA) SODSTVA	98
RADIKALNA POLIARHIJA IN KOMUNITARIZEM	107

TRETJI DEL

**KAZENSKI POSTOPEK KOT DEL
USTAVNOPRAVNEGA DISKURZA**

UVOD	112
HOBBSOV KONCEPT LIBERALNE DRŽAVE	114
POT DO RESNICE KOT DEL RESNICE SAME	123
Uvod	123
Od klasične korespondenčne koncepcije do semantične koncepcije resnice	127
Od semantične koncepcije resnice do njene dokončne demistifikacije	135
Od demistifikacije resnice do analognega mišljenja v pravu ..	139
USTAVNE KAVTELE KOT SVEŽNJI PRAVIC	
V KAZENSKEM POSTOPKU	142
Uvod	142
Utemeljen sum	145
Ekskluzija dokazov	151
PEDAGOŠKI PRISTOP K RAZPRAVAM	
O KAZENSKEM POSTOPKU	154

ČETRTI DEL

ZASEBNO PRAVO IN FLEKSIBILNOST INSTITUCIJ

RADIKALNA PRIVATIZACIJA V SREDNJI IN VZHODNI EVROPI	157
Primerjalne izkušnje in izhod iz privatizacije	162
OD KONSOLIDIRANE DO DISAGREGIRANE	
LASTNINSKE PRAVICE	165
Oligopolna korporacijska struktura in fleksibilna proizvodnja	170

PETI DEL

UPRAVNO PRAVO IN POSREDNIŠKE INSTITUCIJE

INSTITUCIONALNA TRANSFORMACIJA	176
Diskrecija in teorija delegacije	180

ŠESTI DEL

ZAKLJUČEK

RAZVOJNE MOŽNOSTI MAJHNIH DRŽAV V TRANZICIJI NA PERIFERIJAH ZAHODNEGA SVETA	186
LITERATURA	199

POVZETEK

Temeljna teza knjige je, da postaja tradicionalni konflikt med javnim in zasebnim pravom vse bolj presežen. Postopoma ga nadomešča konflikt med vzdrževanjem obstoječe institucionalne ureditve in iskanjem novih institucionalnih rešitev. Medtem ko poskuša dominantni stil pravnega racionaliziranja vzdrževati obstoječo institucionalno ureditev kot najboljšo možno, poskušajo zagovorniki alternativnih pluralizmov dokazati, da ne obstoji zaprt seznam institucionalnih možnosti in da je naloga moderne jurisprudence sodelovati v širokem demokratičnem diskurzu ter v konkretnem družbenem kontekstu pokazati na različne alternativne institucionalne rešitve, ki bi lahko prispevale k hitrejšemu ekonomskemu in demokratičnemu razvoju dane družbe. Naloga moderne jurisprudence je torej sodelovati pri širjenju kolektivne zavesti o razvojnih potencialih družbe in postati tehnični asistent civilne družbe pri artikuliranju njenih interesov.

Javne korporacije ali banke v sodobnih tržnih ekonomijah lahko služijo kot primeri, kjer je meja med javnim in zasebnim, med javno regulacijo in zasebnimi kapitalskimi interesi, obojestransko prehodna. Institucionalni lastniki kot so vzajemni ali pokojninski skladi predstavljajo institucije, kjer se javni in zasebni interes prepletata, moč javnih institucij se prepleta z močjo zasebne iniciative.

V postsocialističnem znanstvenem in teoretičnem vakuumu pozabljamo, da teoretiki Zahodnih držav (Nemčij, Francije, Italije, ZDA) niso zadnja desetletja zgolj perpetuirali idej vodilnih teoretikov devetnajstega stoletja, ampak so izdelali nove metode družboslovnih raziskav, izdelali so zapletene modele korporacijske tržne ekonomije in sofisticirane vladne ekonomske politike. Zakaj bi venomer zaostajali za njimi in z zamudo prepisovali modele, ki so jih sami že zavrgli ter vpeljali nove, bolj inovativne in kreativne?

Sodobne pravne doktrine v primerjalnem pravu vse bolj sugerirajo možnost kreiranja več med seboj kompetitivnih režimov lastninskih in pogodbenih pravic, tehnično za to ne obstaja nobenih ovir, saj je pravo bilo že doslej sposobno razrešiti bistveno bolj zapletene probleme kot je kombiniranje konkurenčnih pravnih režimov zasebnih pravic.

Kritičen pregled izvajanja institucionalnih reform v Srednji in Vzhodni Evropi pokaže, da se reform lotevamo ob pomanjkanju kreativnosti, skromnem poznavanju empiričnih primerjalnih študij in ob omejenem demokratičnem diskurzu, ki potiska civilno družbo na margino družbenih dogajanj. Postsocialistični reformatorji se premalo zavedajo, da ne

obstoji en sam niz institucionalnih reform, ki bi ga bilo mogoče že od začetka razglasiti za najboljšega in ki bi avtomatično dajal željene rezultate neodvisno od siceršnjih družbenih dogajanj. Poveličevanje enega niza institucionalnih rešitev nad drugimi, nepripravljenost na proces kolektivnega učenja, izvajanje reform od zgoraj navzdol in izločitev večinskega prebivalstva so glavne značilnosti izvajanja reform v postsocialističnih državah. Posledica takšnega načina izvajanja reform je pospešena razdelitev družbe na privilegiran razred, znotraj katerega poteka simbolna izmenjava privilegijev, imunitet in izključevalnih pravic, ter na izločeno večinsko prebivalstvo. Velika pričakovanja ob začetku izvajanja reform so ponovno izneverjena.

V knjigi želim pokazati oboje; tako alternativne institucionalne predloge kot primere posameznih regij v svetu, ki so ušle iz vpetosti v nefleksibilno institucionalno ureditev devetnajstega stoletja. Pri predstavitvi mi ne gre za argument, da bi morali te regije posnemati, ampak bi morali njihove rešitve rekonstruirati znotraj slovenskega konkretnega institucionalnega konteksta. Vedno začnemo od tam, kjer smo in s tem, kar imamo in od tam postopoma napredujemo. Šele ko se bodo postsocialistični reformatorji osvobodili lažne nujnosti pristajanja na obstoječi institucionalni okvir kot najboljši možni in bodo o tem dovolili širši demokratični diskurz, se bodo odprle možnosti za resnični demokratični in ekonomski razvoj držav na periferiji Zahodnega sveta. Tako bo mogoče postopoma ujeti razviti prvi svet. V nalogi skupaj z nekaterimi vodilnimi svetovnimi teoretiki večkrat ugotavljam, da konstitucionalizem osemnajstega stoletja, politične stranke, ideološko zasnovane v devetnajstem stoletju, in masovna fordistična proizvodnja z začetka dvajsetega stoletja ne morejo predstavljati vzorca za hiter razvoj v prihodnje. Prebuditev iz kolektivnega dogmatskega dremeža omejenih institucionalnih rešitev je možna samo s pomočjo okrepljenega demokratičnega diskurza v družbi.

Kljub temu, da sem v nalogi podal nekaj posameznih predlogov za alternativne institucionalne rešitve, ves čas zastopam mnenje, da morajo ideje in predlogi za oblikovanje bolj inovativnih in potencialno bolj produktivnih institucionalnih rešitev prihajati od spodaj, s strani civilne družbe. Na ravni civilne družbe se zbira največ idej, znanj in razmišljanj, kako napraviti obstoječo institucionalno ureditev bolj fleksibilno – takšno torej, ki bo omogočala hitrejši, bolj kreativen in bolj inovativen razvoj.

Za dosego omenjenih družbenih preferenc bi morali doseči pomiritev med dvema relativno avtonomnima entitetama: med suvereno vlado na eni strani in samoorganizirano civilno družbo na drugi strani. To bi bilo mogoče doseči z množico posredniških institucij med obema entitetama, katerih naloga bi bila prevajati iniciative civilne družbe v vsakodnevno delovanje centralne vlade. Posredniške institucije, največkrat organizirane regionalno, bi od spodaj nadzorovala organizirana civilna družba, od zgoraj pa vlada. Vlada bi morala postati odgovorna za uspešno izvajanje

institucionalne transformacije, za vzpostavitev širokega demokratičnega diskurza in za resnični ekonomski razvoj. Bolj kot zagotavljanje zunanje legitimnosti bi morala biti prioriteta vlade zagotavljanje notranje legitimnosti.

Za okrepljen proces institucionalne transformacije torej nujno potrebujemo mobilizacijo civilne družbe namesto njene dosedanje marginaliziranosti ter fragmentiranosti. Sodobni pravni diskurz mora znotraj okrepljenega demokratičnega diskurza sodelovati s svojim poznavanjem primerjalnih izkušenj, primerjalnih empiričnih študij ter obsežnim (kritičnim) analiziranjem resničnih družbenih procesov slovenske družbe. Šele tak pristop bo postopoma omogočil podajanje bolj kreativnih in inovativnih institucionalnih rešitev pri reševanju vsakodnevnih skupnih problemov slovenske družbe.

Obdobje moderne in postmoderne je obdobje, ki še ni povsem definirano. Zato ponuja toliko več možnosti, da ga zapolnimo z lastno domišljijo in kreativnostjo. Civilna družba Srednje in Vzhodne Evrope kot manjkajoči agent institucionalnih reform potrebuje za razrešitev uganke in izhoda iz prolongirane tragedije narodov v stalni revščini za svoje delovanje novih idej in vizij. To je naša naloga, izziv in tudi odgovornost.

PRVI DEL

**VLOGA PRAVA
V DRŽAVAH V TRANZICIJI**

UVOD

Realistična in utopična definicija naroda

V teoriji in praksi sodobnih držav obstajata dva različna pogleda na vlogo narodov v procesu globalizacije: šibka in trdna definicija naroda.¹ Po prvi definiciji in pogledu bodo v prihodnje na svetu med različnimi kulturami in narodi obstajale samo majhne kulturne razlike. Na primer: nekateri narodi bodo se naprej ohranjali bolj ekstrovertiran karakter in bolj optimističen pogled na svet, torej narodi Latinske Amerike, Japonci se bodo pred pozdravi še naprej priklanjali bolj globoko kot bodo to počeli Zahodnjaki, Slovani bodo ohranili svoj melanholični karakter, toda vsi bodo v resnici počeli isto. Imeli bodo univerzalni institucionalni sistem z identičnimi institucionalnimi rešitvami, ki bo omogočal identičen način poslovanja in delovanja po vsem svetu, multinacionalke bodo neomejeno poslovale po vsem svetu, javna sfera političnega bo izpraznjena. Življenje se bo odvijalo v majhnih lokalnih skupnostih in ločenih interesnih skupinah v privatni sferi, javno politiko bodo vodili neodvisni, apolitični, nevtralni in znanstveno opremljeni tehnokrati. Paradigma tovrstnih tehnokratov je bruseljska institucionalna ureditev, kjer na tisoče strokovnjakov skrbi za unificiranje in harmoniziranje še obstoječih majhnih razlik med narodi Zahodne Evrope, sicer kulturno in ekonomsko praktično povsem homogenih nacionalnih tvorb. Resnične aktivnosti se ne bodo odvijale v sferi parlamentarnega življenja, država se bo povsem umaknila iz aktivnosti po uspešno sprivatiziranih zdravstvenih in pokojninskih skladih in razbremenila državni proračun ter postala neodgovorna za usodo svojih državljanov. Skrb za pokojnine, zdravstvo postopoma za šolanje bo prenesena na posameznike, ki se bodo za vse to merili na trgu. V primeru neuspeha bodo lahko krivili le sebe.

Kritiki tovrstnega pogleda zagovarjajo drugačno, trdnejšo definicijo naroda: narod po tej definiciji predstavlja moralni izraz vsega človeštva in je upravičen, da si izdela svoj lastno institucionalno ureditev, ki bo rezultat dosedanjih izkušenj, učenja pri drugih narodih in kreativne rekonstrukcije posameznih institucionalnih rešitev od drugod. Ohranjanje naroda kot moralnega izraza človeštva bo omogočila bolj aktivno vlogo državljanov pri ustvarjanju institucionalne ureditve in javne politike

¹ Za podlago o razpravi o definiciji naroda mi služi študija Benedicta Andersona, *IMAGINED COMMUNITIES, reflections on the origin and spread of nationalism*, London 1983.

nacionalnih vlad. Tovrstni pogled izhaja iz prepričanja, da ne obstaja en sam univerzalni institucionalni okvir za rešitev ustavnih vprašanj o ustroju nacionalne oblasti oziroma funkcionalnih ekvivalentov kot so tržna ekonomija, reprezentativna demokracija ter svobodna civilna družba. Vsaka od omenjenih sfer, nacionalni ustroj oblasti, reprezentativne demokracije, tržne ekonomije ter svobodne civilne družbe predpostavlja množico različnih konkretnih rešitev. Ne obstoji zaprta lista institucionalnih rešitev. Ta je odvisna od kreativnosti, domišljije in transformacijskih sposobnosti državljanov. Majhne razlike v institucionalnih rešitvah imajo lahko velike posledice za način in vsakodnevno delovanje obstoječih družb. Pri izbiri institucionalnih rešitev vsaka družba izhaja iz konkretne družbene situacije, izbiro določajo različne bolj ali manj progresivne politične koalicije v obliki političnih strank v ter v obsežnem dialogu z interesnimi skupinami civilne družbe. Državljeni se ne udeležujejo političnih aktivnosti in odločanja o izbiri institucionalne ureditve zaradi idealiziranega altruističnega pogleda, ampak zaradi uresničevanja lastnih definiranih interesov.

Seveda takšna močnejša definicija naroda še ne pomeni, da bi moral biti narodi izolirani drug od drugega. Ravno nasprotno pomeni nove možnosti najrazličnejših pragmatičnih medsebojnih povezav in sodelovanj. Pri mednarodnih povezavah izhajajo posamezne države podobno kot državljeni the držav iz povsem jasno definiranih lastnih ekonomskih, političnih in nacionalnih interesov, bolj fleksibilne mednarodne institucije namesto svetovno niveliranega denarja in menjalnih tečajev omogočajo za te povezave bistveno širši manevrski prostor.

Na začetku pisanja teksta se zavedam, da je prvi pogled na narod realnost in drugi utopija. Toda če ne bomo znali več niti razmišljati utopično, se bomo že vnaprej predali osiromašenemu diskurzu formalne demokracije in tragičnemu obupu ob koncu zgodovine. Zato želim v nadaljnjem razmišljanju prikazati nekaj možnih alternativnih pristopov k institucionalnemu snovanju danih družb in pojasniti, da ne gre za abstraktni diskurz, ki bi se odvijal nekje na zvezdnatem nebu nad nami, ampak je diskurz o nas samih, tukaj in sedaj, trdno na tem planetu ter o naših lastnih možnostih, perspektivah in idealih.

Bolj kot distancirano spogledovanje z obstoječim je naloga pravnih filozofov širiti razumevanje in intuitivni občutek za bodoče individualne ter kolektivne perspektive. Refleksivno mišljenje brez alternativnih predlogov in transformativnih priložnosti nas sili k uboženem in osiromašenemu diskurzu, kjer se že vnaprej odpovemo delu sebstva: lastni kreativnosti in domišljiji. Pristajanje na izpraznjen diskurz nas sili k sprejemanju družbene stvarnosti kot odtujene entitete in ne stvaritve naših lastnih prepričanj, delovanj in verovanj. Analiziranje družbene stvarnosti brez podajanje alternativnih transformativnih priložnosti je prazno, podajanje transformativnih alternativnih možnosti brez detaljnega institucionalnega analiziranja je neproduktivno. Izdelati je potrebno

institucionalni mehanizem, ki je sposoben prevesti abstraktne idealne principe v vsakodnevno delovanje družbe.

Javno in zasebno ter relacije med obema sferama

Iz zgornjega razmišljanja izhaja, da je razmerje med javnim in zasebnim ter medsebojno razmerje med obema še kako pomembno za nadaljevanje razprave. Libertarna ideologija zagovarja idejo, da se mora država umakniti iz dejavnost državljanov in početi samo tisto, kar zna najbolje: skrbeti za vzpostavitev infrastrukture, šolstva, varnost državljanov. Vse ostalo bo prepuščeno zasebni iniciativi državljanov, ki se bodo po umiku države znašli v idealno zamišljenem predpolitičnem prostoru in se svobodno povezovali drug z drugim. Temeljne institucionalne rešitve zasebnega prava kot so lastninska pravica, pogodbeno pravo, korporacije so rezultat nevtralne, apolitične rešitve, obstaja samo ena oblika lastninske pravice in pogodbe kot dinamičnega protipola lastninski pravici.

Toda libertarna ideologija ne zna pojasniti od kod izhaja naravna upravičenost do lastninske pravice, kakšen je pravni in (a)politične temelj za dedno transmisijo te pravice iz roda v rod, ko odloča o položaju v družbenih hierarhiji samo naključje rojstva in predvsem, zakaj mora država v resničnem svetu vedno znova intervenirati v tržna dogajanja, izvajati protimonopolno politiki, če želi ohraniti temeljne tržne principe konkurenčnosti. V resničnem svetu ne dobijo vsi državljani enakih začetnih možnosti, kar bi bil idealni dosežek libertarne ideologije. Odsotnost države pri redistribuiranju družbenega bogastva perpetuirata družbeno neenakost, ki se ne skladu z ideali liberalne ideologije njenih glavnih tvorcev kot so John Stuart Mill, de Tocquille, Condorcet.²

Dogmatičen pogled na jasno definirano in ločeno sfero javnega in zasebnega ne omogoča prepoznavanja novih pravnih momentov. Vzemimo pravno naravo korporacije: ali pripada javnemu, zasebnemu pravu ali čemu tretjemu? In vse korporacijske povezave, povezave z bančništvom, ki so vedno tudi vsaj deloma osebe javnega prava, saj za vloge do določene mere vsaj v evropskem kontinentalnem tipu vedno jamči subsidiirano tudi država. Vztrajanje pri rigidnem razločevanju med javnim in zasebnim onemogoča iskanje novih pravnih rešitev ter siromaši pravni diskurz. To je najbolj presenetljivo v času, ko po Evropi pravni teoretiki pospešeno opuščajo tradicionalne pravne modele³ in ko se je zdelo, da je takšen tradicionalni pogled presežen tudi pri nas.⁴

² Quentin Skinner, *GREAT POLITICAL THINKERS*, Oxford 1992.

³ V nemškem stvarnem pravu sta prevladujoča razloga za omejevanje absolutne lastninske pravice s strani države socialna komponenta lastninske pravice (nemška doktrina je izdelala koncept »Sozialpflichtigkeit des Eigentums« kot omejitve abso-

Entuzijazem postsocialističnih reformatorjev nad masovno privatizacijo najprej industrije in sedaj prihajajoče privatizacije pokojninskega in zdravstvenega sklada zasluži namesto akademskega molka vsaj strokovno razmišljanje, primerjalne podatke in analizo omenjenih odločujočih družbenih procesov.

Pravnofilozofski diskurz v konkretnem družbenem kontekstu

Pisati doktorsko disertacijo o vlogi prava v državah v tranziciji prav gotovo ni najbolj enostavna naloga. To velja iz več razlogov. Najprej, ker lahko opazujemo novo veliko transformacijo Zahodnih držav tako v institucionalnem, ekonomskem kot političnem smislu, ki postavlja pod vprašaj dosedanja spoznanja in načela, po katerih je potekalo življenje teh družb skozi dvajseto stoletje, in še posebej, ker istočasno tudi sami sodelujemo v transformaciji nekdanjih socialističnih držav ter želimo uveljaviti Zahodne ustavne, ekonomske in politične standarde tudi pri nas.

Vendar pristop k reformam, ki verjame v avtomatično učinkovanje tujih institucionalnih rešitev, vzbuja več vrst nelagodja. Ključno nelagodje se pri kritičnem opazovalcu vzbudi ob vprašanju, ali je mogoče samo s prepisovanjem institucionalnih ureditev Zahodnih držav doseči enako razvojno stopnjo na pravnem, ekonomskem in političnem področju. Sam menim, da še tako potrpežljivo in zvesto prepisovanje tujih institucionalnih ureditev ne zadošča za dosego resničnega demokratičnega in ekonomskega razvoja, vendar ga tudi ne izključuje. Okoli tega vprašanja se bo torej vrtela večina tem v disertaciji.

Razlogov za tak skeptičen pogled je več. Prepisovanje tujih institucionalnih ureditev je neinventivna in nekreativna dejavnost, ki obsoja prepisovalce na status replik ter na status stalnega povprečništva. Prepi-

lutne lastninske pravice ter izvrševanje lastninske pravice v skupno dobro – »Wohl der Allgemeinheit« ter kompleksen sistem institucij javne lastnine): »Die Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Eigentumsbeschränkung ist darauf zu prüfen, ob die Einschränkung des Eigentums durch das öffentliche Interesse and der von dem Gesetz gewollten Gestaltung gerechtfertigt ist.« Gl. Harry Westermann, BGB SACHENRECHT, Heidelberg 1982 (6. izdaja), str. 8–11. V francoskem pravu je poleg etatiističnega pristopa k tržni ekonomiji in ekonomskemu razvoju pod vplivom slavne ENA – Ecole National d'Administration po drugi svetovni vojni, ki je pripeljala do tesnih povezav med javnim sektorjem ter javnimi in zasebnimi podjetji francoska pravna doktrina že zgodaj izdelala doktrino socialnega prava pod Duguitovim učenjem v LE DROIT SOCIAL, LE DROIT INDIVIDUEL ET LA TRANSFORMATION DE L'ÉTAT, Paris:Alcan 1908. V italijanskem pravu je, kot poudarja eden vodilnih profesorjev Rodolpho Sacco javna ureditev nenadomestljiva opora za zasebno pravo (nastopni govor na konferenci »Private Law Theory« na Harvard Law School, marec 1997).

⁴ O nujnosti omejevanja lastninske in drugih zasebnih pravic s strani javnega prava v zvezi z izvrševanjem teh pravic, zgodovinski razvoj in teoretična utemeljitev v Marijan Pavčnik, ZLORABA PRAVICE, Ljubljana 1986.

sovanje tujih institucionalnih ureditev nadalje pomeni, da se ne bomo mogli razvijati hitreje kot tisti del razvitega prvega sveta, ki nam ponuja svoje institucionalne rešitve. Če upoštevamo obstoječi zaostanek za razvitim, bogatim prvim svetom, nam je že vnaprej jasno, da bomo ta zaostanek prenašali v neskončno prihodnost ter se torej avtomatično pridružili vsem prejšnjim generacijam, ki so se s tem po svoji volji ali proti njej sprijaznile. Ne bi smeli tudi pozabiti, da določena institucionalna rešitev, ki jo skušamo posnemati, ne predstavlja abstraktnega odgovora na abstraktno vprašanje, ampak pomeni konkretno rešitev za konkretne probleme, ki so se pojavili v določeni družbi. Nedomišljen pristop nekritičnega prepisovanja tujih institucionalnih rešitev pa končno predstavlja tudi nevarnost v obliki naslednjega razočaranja: predstavljajmo si razočaranje vladnih prepisovalcev in celotnega prebivalstva v trenutku, ko bomo po napornem uvajanju tujih institucionalnih rešitev čez čas ugotovili, da je razviti prvi svet te institucionalne rešitve že zavrgel ter vpeljal nove, bolj kreativne in potencialno bolj produktivne. Ko pristajamo na tuje institucionalne rešitve se že vnaprej odrekamo lastni izkušnji in procesu kolektivnega učenja, predvsem pa možnosti za resničen ekonomski in demokratični razvoj naše družbe.

Programi, ki so nam jih pripravili tehnokrati Svetovne banke⁵ z namenom, da bi makroekonomsko »stabilizirali«⁵ posamezne države Srednje in Vzhodne Evrope, nimajo večjih ambicij, kot da razširijo potrošniške trge za ekonomijo razvitega prvega sveta ter ustvarijo tradicionalno hierarhično urejeno družbo postsocialističnih držav. Politiko mednarodnih institucij bi kazalo gledati najprej v tem smislu in šele nato iskati v njih partnerja za pomoč pri institucionalni transformaciji. Reificiranje obstoječih institucionalnih ureditev je ideologija, ki jo zagovarjajo poleg tehokratov Svetovne banke tudi neoklasični ekonomisti in dominantna šola pravnega racionaliziranja, nanjo pa pristajajo izobraženci ter celotno prebivalstvo posameznih vzhodnoevropskih držav, saj jim drugega v tem trenutku ne preostane. Ljudje verjamejo, ker mislijo, da morajo verjeti, da ne obstajajo alternativne razvojne možnosti in da so se ob vseh teža-

⁵ Program za Srednjo in Vzhodno Evropo najbolje prikazan v poročilu Svetovne banke za leto 1996, World Bank Development Report, FROM PLAN TO MARKET, Oxford University Press 1996.

Poročilo Svetovne banke ocenjuje realne razvojne možnosti višegrajske skupine, vključno s Slovenijo, takole: »For the Visegrad countries and Slovenia they suggest that it would take about twenty more years at present growth rates to reach the average income level of the EU countries in 1994.« Str. 43.

Povedano drugače, čez dvajset let od sedaj bomo za bogatimi in razvitimi Zahodnimi državami po realistični oceni še vedno zaostajali za dvajset let ekonomskega razvoja. Predmet razprave bo tako vprašanje, ali so nam res usojena še desetletja zaostanja za bogatim in razvitim svetom, obstajajo možnosti, da samo pospešimo razvoj in seveda, kakšne so možnosti za duhovni in moralni razvoj narodov na margini bogatega Zahodnega sveta. Ali moramo stopati na iste tekoče stopnice od spodaj ter se s potekom časa vzpenjati ali lahko upamo na druge možnosti?

vah vendarle znašli v najboljšem vseh možnih svetov. Vladni ideologi jih k temu ves čas nagovarjajo. Namen disertacije bo torej podvreči kritiki obstoječo ideologijo, ki govori o »zaprtim seznamu« možnih institucionalnih rešitev, in pokazati na odprto množico bolj kreativnih in potencialno bolj produktivnih institucionalnih rešitev. Te se začnejo odpirati v trenutku, ko se osvobodimo pristajanja na lažno nujnost obstoječih rešitev kot najboljših možnih in smo pripravljeni na tveganje z demokratičnim eksperimentiranjem. Mar niso tudi izvajanje neoliberalnega projekta, radikalna privatizacija celotnega narodnega gospodarstva ter proces denacionalizacije eksperimenti, ki jim ne najdemo para v ekonomski in politični zgodovini?

Kritika tovrstnih eksperimentov je usmerjena na dejstvo, da gre za neprostoVOLjne eksperimente »od zgoraj«, ki izključujejo večinsko prebivalstvo, se odrekajo iniciativi civilne družbe, zaradi česar lahko rečemo, da reforme ne potekajo zaradi večinskega prebivalstva, temveč prej proti njemu. Če sta bili najpomembnejši prednosti nekdanjih socialističnih držav pred začetkom reform visoka stopnja enakosti ter relativno visoka izobrazbena stopnja, lahko po nekaj letih reform ugotovimo, da sta kvazi-darvinistični boj za prerazporeditev družbenega premoženja ter skoraj poniževalen odnos države in družbe do univerzitetnega študija razgradila, morda dokončno, obe največji razvojni prednosti. Prolongirana tragedija skupnosti (Simmel) se zdi ponovno močno zasidrana, prisilno ponavljanje reformskih neuspehov je napravilo še en cikel, ki ga plačuje nova generacija.

Toda morda še težje vprašanje kot je ukvarjanje z razvojnimi možnostmi slovenske družbe v kontekstu reform, ki se izvajajo po Vzhodni Evropi, je vprašanje vloge pravnikov pri reformiranju nekdanjih socialističnih držav. Družbena dejstva niso nepovzročena, za njimi stoji določena institucionalna ureditev. Izbira določene institucionalne ureditve vedno pomeni izbiro določenega načina medosebnih odnosov, določenega načina delovanja in življenja v dani družbi. Izbira institucionalne ureditve ni nevtralna izbira, ampak nasledek bolj ali manj demokratičnega diskurza znotraj političnih aktivnosti posameznih družb.⁶ Pravniki tega ne priznavajo, saj menijo, da so z razglasitvijo abstraktnih pravil in načel ob pomoči različnih pravnih načinov njihovega interpretiranja razrešili vprašanja delovanja pravne države na najboljši možni način. Resnični družbeni učinki znotraj določene institucionalne ureditve niso več področje pravnikovega delovanja, ampak področje, kjer se odvija politika. Naloga

⁶ Misel klasičnih teoretikov od Adama Smitha do Johna Stuarta Milla in do Marxa, da ne obstoji en sam nevtralni institucionalni, je v sedemdesetih letih tega stoletja oživila nova generacija teoretikov. Moralni filozof Alisdair MacIntyre o tem piše: »... that no institution or practice is what it is, or does what it does, independently of what anyone whatsoever thinks or feels about them. For institutions and practices are always partially, even if to differing degrees, constituted by what certain people think and feel about them. A. MacIntyre, AGAINST THE SELF-IMAGES OF THE AGE, Duckworth, 1971, str. 263.

pravnikov je vzdrževanje obstoječe institucionalne ureditve, čimbolj utemeljene na abstraktnih univerzalnih pravnih pravilih. Razvoj institucionalne ureditve kot možnosti za nadaljnjo transformacijo obstoječih institucionalnih ureditev ni del obstoječega pravniškega diskurza, ki ga zaznamujejo razprave o najboljših možnih univerzalnih principih ter problemi, povezani s konkuriranjem posameznih vrednot, predvsem z razmerjem med pravičnostjo in posameznimi pravicami. Dominantna šola pravnega racionaliziranja porabi večino časa za razpravo o tem, ali so sodišča v določenem primeru razsodila pravilno ali ne; večino ustvarjalne energije potrošijo za nadaljnje nizanje argumentov, povezanih s konkretno odločitvijo, in za uvrščanje konkretne odločitve v niz že obstoječih pravnih odločitev, s čimer bi radi pokazali na konsistentnost sodne prakse, torej na pravilnost konkretne odločitve.

Ukvarjanje s teleološkimi principi pomeni razvezo od kateregakoli institucionalnega okvira, pomeni torej nekritično sprejemanje danega okvira. Drugačna institucionalna ureditev bi na konkretni ravni prinašala povsem drugačne rešitve, celo več, drugačna institucionalna ureditev bi redefinirala obstoječi niz družbenih konfliktov. Naloga prava ni le reševanje obstoječih konfliktov; morda še bolj pomembna naloga je definiranje oziroma prepoznavanje le-teh. Če vemo, da je bila edina resnična družbena transformacija bogatih zahodnih držav transformacija plavih ovratnikov v bele ovratnike, pri čemer so beli ovratniki ostali brez možnosti za družbeno napredovanje v obliki bolj kreativnega dela, brez možnosti za dostop do kapitala za produktivne investicije in so ohranili enako stopnjo institucionalnega podrejanja odločujočim elitam, potem velja, da ostaja družbena hierarhija prav tako toga kot kdajkoli poprej, družbeni razredi pa enako neprehodni kot v preteklosti. Kot ugotavlja Unger, je marksizem sicer mrtev, toda razredi delujejo vsaj tako dobro kot kdajkoli poprej v zgodovini.⁷ Dominantna šola pravnega racionaliziranja opravlja poslanstvo idealiziranja obstoječe ureditve in jo poskuša

⁷ Samo dejstvo, da družbenih hierarhij, razdelitev in konfliktov ne analiziramo s klasičnim marksističnim konceptualnom aparatom še ne pomeni, da so razredi izginili s prizorišča sodobnih držav. Nobenega dvoma ni, da gre zahodnoevropski socialdemokraciji zasluga za večje stopnje enakosti in primerjalno ter relativno višje plače zaposlenih kot v ZDA in uživajo višjo socialno varnost, toda stopnja brezposelnosti je v Zahodni Evropi v povprečju skoraj dvakrat višja kot v ZDA. Vendar danes teoretiki ne zanikajo več, da je celoten obstoj socialdemokratskih ureditev v veliki krizi, ko se socialdemokrati od Nemčije, do Švedske ali francoski socialisti sami zavzemajo za zmanjševanje beneficij in ugodnosti delavcev, da bi ohranili kompetitivnost. Malo po malo postajajo socialdemokrati Zahodnih držav podobni svojim neoliberalno usmerjenim kolegom. Obsežna primerjalna študija v Gosta Esping-Andersen, *WELFARE STATES IN TRANSITION, National Adaptations in Global Economies*, Sage 1996.

Celo študije, nastale v času največjega vzpona Zahodnih kapitalističnih gospodarstev, opremljenih z obvladovanjem kejnezijanske proticiklične politike in ustvarjenim širokim družbenim konsenzom, ne poskušajo zanikati obstoja razredov in konfliktov v industrijskih razmerjih, temveč samo njihovo relativno zmanjšanje. »As long as they are not refuted, we may maintain that in post-capitalist society the associations of industry and society have to be understood as discrete universes of