

# QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES?

---

## *Sestav ustavnih zavor in ravnovesij*

### Uvod

Čeprav je v ustavni demokraciji in pravni državi oblast po naravi stvari, *necessitatae naturae*, deljena, pa napotilo (postulat) o tem, da naj bi bila oblast raz-deljena – na zakonodajno, izvršno in sodno – samemu pojmu »oblasti« ni kar dana (immanentna). Konec koncev je katerakoli od treh vej oblasti pač toliko manj sploh »oblast«, kolikor jo v njeni oblastvenosti preostali dve veji omejujeta. Deloma zavaja že napačen prevod izvirne angleške sintagme »*separation of powers*«, torej »ločitve [posameznih] moči«, tistih vej, ki oblast sestavljajo. Zato bi bilo primerneje govoriti, namesto o oblasti, o »moči«. Pojem delitve oblasti je namreč prišel v kontinentalno teorijo o državi preko Razsvetljenstva vendar iz angleške tradicije; tam pa ne govorijo o delitvi oblasti, temveč o »raz-družitvi moči«, »*separation of powers*«. Takoj na začetku je treba tudi pripomniti, da »delitev oblasti« ni ne enoznačen in ne statičen pojem. Delitev oblasti je samo streha nad veliko hišo, pod katero se skriva na desetine ustavnopravnih doktrin; ena od krovnih doktrin je na primer doktrina »zavor in ravnotežij« – med posameznimi vejami oblasti.<sup>1</sup> Ker ne gre samo za statično »delitev« oblasti, temveč za dinamično nadzorovanje ene veje po drugih dveh vejah, obstaja v razvitih ustavnopravnih sistemih o tem, kako ena veja oblasti nadzira drugi dve veji oblasti, na tisoče precedenčnih primerov.

Ker gre za zapleten splet vnaprejšnjih (precedenčnih) ustavnopravnih stališč, ki vsa izhajajo iz določnih razmerij, je zavajajoče govoriti o »delitvi oblasti« tudi kot enoznačnem in eno-stavnem pojmu, še zlasti ker tu ne gre za kak izmišljen formalistični pravni koncept.

Gre za nekaj, kar je vgrajeno v samo bistvo ustavne demokracije. Te gibljivosti in teh odtenkov dojetanja pa ne bi bilo, če ne bi bilo samolastne (autonomne) ustavnosodne presoje. O tem, kaj jo vzpostavlja, kasneje. Treba se je samo spomniti, da smo v jugoslovanskem socialističnem sistemu celo imeli—sicer bolj kot sinekure amortiziranih partijskih funkcionarjev—ustavna sodišča. Ni pa se tam ni nič dogajalo.

---

\* b mz9453@gmail.com

<sup>1</sup> »*Checks and balances*« v ameriškem ustavnem pravu: kot bomo videli, gre za značilno ameriško antiteoretično oznako, ki pa ni samo privesek ustave.

Če se vprašanja najprej lotimo z pravno-realističnega (*law in action*) vidika, takoj opazimo, da bi do delitve moči moralo priti tudi, če sama sintagma »oblast je deljena« v Ustavi sploh ne bi bila omenjena.<sup>2</sup> Celó več, če v Ustavi ne bi našli nobene prvine »zavor in ravnovesij«—na primer določb o tem, kakšne so pristojnosti Ustavnega sodišča, ali o tem, kdo voli predsednika vlade in ministre—bi še vedno sam obstoj Ustave kot pravnega in političnega izvora (ne zgolj temelja in pravnega vira!) vsega, kar se političnega in pravnega v državi dogaja, vseboval neizogibno logično predpostavko, da bo ustavo razlagal kdo drug in ne tista veja oblasti in tisti oblastnik, ki ga prav ta ustava v njegovi moči omejuje na določena temeljna pravila igre. Na ta problem kaže znani rek *Quis custodiet custodes ...*

Ker je problem takorekoč vgrajen v oblast sámo, ta pa v vsako človeško skupnost, ki naj za razliko od anarhije in zmede sploh deluje, ima ta aforizem zanimivo zgodovino. Sledijo mu v Platonovo Republiko in njegovo (Sokratovo) stališče, da je za to, da bi se oblast sploh vzdrževala, potrebna sveta laž (*γενναῖον ψεῦδος*). Z njo že takrat vrhnji sloji, po Platonu »zlati posamezniki« kot angleški spin doctors vrte nižje sloje (srebrni, bronasti, železni), z njimi manipulirajo. Iz tega potem logično izhaja vprašanje, kdo te vrhnje sloje sploh nadzoruje.

Takole pravi Juvenal v svojih Satirah:

audio quid ueteres olim moneatis amici,  
“pone seram, cohibe.” Sed **quis custodiet ipsos  
custodes?** Cauta est et ab illis incipit uxor.

...slišim, kako mi svet'jo vsekdar vsi moji pr'jatli:  
“Nadziraj, zapri jo!” **A kdo bo nadziral njih sàme?**  
Zvita je ženska—tako in tako korak, dva pred njimi.<sup>3</sup>

Sokratov, pravzaprav Platonov Glaukon, pravijo literarni analitiki, je bil precej manj ciničen. V Platonovo Republiko je vgrajena drugačna vera v oblast zlatih (elite) za razliko od srebrnih, bronastih in železnih. (Gorje pa seveda zlatih obglavljeni deželi, kjer vladajo železni.) Platonova zlata elita iz nepojasnjene vzroka sploh ne potrebuje nadzora. Oksfordski Finnis, sicer iz Avstralije, je zadnji avtor, ki se je še v osemdesetih letih resno ukvarjal z naravnim pravom—pač na svoj neizbežno kolonialen način. Zato le v opombi omenja, kar je v resnici bistveno, namreč Aristotelovega in kasneje Plautovega *spoudaios*-a (*σπουδαῖος*). Ta je naslednik taoističnega subjekta *zhēn rén*-a (真人), ki ga kot merilo vseh stvari (*σπουδαῖος*) pojasni Charles Le Blanc v sijajni spremni besedi k zbirki Pleiade z naslovom *Les philosophes taoistes*. Prava dilema torej ni kralj/filozof, kot so to popolnoma zgrešeno stoletja razglašali, temveč kralj/真人- *σπουδαῖος*. Edini zahodni filozof-Človek (*σπουδαῖος*), ki mu je bil dano pristno vstopiti v metafiziko, je bil Jacques Maritain,

<sup>2</sup> Člen 3, drugi odstavek Ustave Republike Slovenije: v nadaljevanju »Ustava«.

<sup>3</sup> Prevod bmz (2012). Citiranje je v tem tekstu prilagojeno delu na računalniku, zato danes ni več potrebno citirati in extenso; vir niso več samo in predvsem tiskane knjige v knjižnicah, marveč iskalni načini na samem Spletu.

soavtor Vesoljne deklaracije o človekovih pravicah, npr. v svojem nosilnem tekstu, ki je preveden kot *Preface to Metaphysics*.<sup>4</sup>

Povejmo to enostavneje. Konvencije, ustave, zakoni itd. ne obstajajo; obstajajo tisti, ki jih napolnjujejo z vsakojakimi razlagami (predhodni primeri, precedensi). Spočetka Evropskega sodišča za človekove pravice in slovenskega Ustavnega sodišča—oba sta začela *ab ovo* pričela s tekstom, ki je bil *tabula rasa*—to dokazujeta. Je potem tu treba še kaj dodati, da je sodnik v pravem smislu besede lahko le nekdo, ki mu je avtonomna pravna presoja (*autonomous legal reasoning*) osebno lastna?

Rečeno drugače, če bi bil vsaj tu in tam kak nosilec oblasti, ki bi bil *σπουδαῖος*, ustavne tehnikalije o horizontalnih zavorah in ravnotežjih ne bi bile potrebne.

*Argumento a minori ad maius*, če bi bili nosilci oblasti stoočstotno pametni in pošteni, pravo ne bi bilo potrebno. Še več, če bi presegli, kot osebno Maritain, dilemo kralj/*σπουδαῖος*, oblasti ne bi bilo treba strukturirati.<sup>5</sup> Iz tega neizbežno sledi, zato v anglosaškem sistemu razlika med *positive law* in *equity*, da je pozitivno pravo nepristen artefakt, program slabe formalne logike, ki le nadomešča vsebino pristnega občutka za pravičnost<sup>6</sup>: *summum ius, summa iniuria*. No, saj zato modri Iavolenus v D 50. 17. 202: *Omnis definitio in iure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti posset*. Ta subverzija, ta pohod skozi institucije, se danes masovno dogaja.<sup>7</sup>

Civilizacija in kultura sta že prišli do točke, v kateri je celo sleherniku jasno, da tako ne gre več naprej. Odgovor pa žal ni v horizontalni ustavnopravno-pozitivistični aerobiki, kot spodaj—tukaj posodobljeni tekst je nastal pred dvajsetimi leti, ko to še ni bilo očitno. Odgovor je v osebni in zasebni razrešitvi protislovja (antinomije) med splošnim (univerzalnim) na eni ter posamičnim (partikularnim) na drugi strani.

V tem smislu bo 21. stoletje duhovno, ali pa ga sploh ne bo!

## Delitev oblasti

Lahko bi sicer rekli: »V začetku je bila izvršna veja oblasti ...« in nedeljena oblast je seveda nekaj, kar bi pripadalo na primer absolutnemu vladarju, kralju, cesarju itd. V tem je, če prav premislimo, »absolutnost« take oblasti. Komaj dobrih dvesto let je preteklo od časa, ko je na našem področju tako vladala Marija Terezija: preko njene mize, da jo je potrdila oziroma spremenila, je na primer morala vsaka smrtna obsodba v celokupnem avstro-ogrskem imperiju.<sup>8</sup> Pojmovanje »delitve oblasti« pa je bil

<sup>4</sup> Zdaj prosto dostopno na <http://archive.org/details/prefacetometaphy032363mbp> (13.4.12) Slovenski prevod je dodan v moji Prvi od suhih krav (2010).

<sup>5</sup> Nadaljevanja te zgodbe tu ne bi opisoval, ker se kot leitmotiv ponavlja v vseh mojih knjigah in člankih, nazadnje v »Tembatsu«, kjer je govor o odpravi primarnega narcizma kot predpogoju za vstop v metafizični status *σπουδαῖος*-a.

<sup>6</sup> *Sense of justice, αἴσθημα της δικαιοσύνης, sens de la justice*. Vemo, da ga nekateri sploh nimajo, spodaj tekst za op. št. 60, od Melanie Klein naprej pa je tudi jasno, zakaj ga nimajo (shizo-paranoidna regresivna pozicija). Posredi je globoko vsajena in zvečine nezavedna zavist. Zavist je morilka vseh vrlin. Prepoznamo jo po nehvaležnosti.

<sup>7</sup> Glej deli navedeni spodaj v op. št. 9

<sup>8</sup> To bi seveda govorilo o absolutnosti, točneje o ne-relativnosti njene oblasti *vis-à-vis* sodni oblasti. Marija Terezija je bila, recimo, razsvetljena vladarica in absolutnost njene oblasti je bila, recimo, uporabljana benevolentno. Toda ne smemo pozabiti, da je njen minister Sonnenfeld potreboval dolga

vsebovano že petsto petdeset let prej v Magni Carti (1215). Z Magno Carto si je angleško plemstvo na primer zagotovilo, da bo davke predpisovala samo zakonodajna sfera oblasti (*Parliament*), to je da jih kralje ne bo mogel, in da bo sodna veja oblasti neodvisno od kralja imela opolnomočenje »*habeas corpus ad subjiciendum*«, skratka, da kralj ne bo mogel posegati v sojenje konkretni osebi.

Prej kot karkoli drugega je zato treba doumeti, da Ustava ni samo dokument oziroma papir. Ustava je sicer predvsem hierarhija vredot. A ustava je, dinamično gledano, glavna os državnosti --, tista družbena pogodba v najširšem smislu te besede, ki preprečuje državljansko vojno.

Ker so v vsako družbo vgrajeni med sabo nespravljeni interesi različnih slojev, oziroma je konfliktnost teh slojev posledica teh nezdržljivih interesov, je za vsako družbo naravno—če se hoče izogniti Hobbesovi vojni vseh zoper vse in pred tem sploh anarhiji!—da mora iskati ravnotežje in kompromis, ki bo omogočil so-bivanje teh slojev. Absolutna prevlada enega sloja nad drugim, ki bi se kazala na primer v absolutnosti kraljeve oblasti, danes več nebi zagotavljala trajnosti družbene ureditve. Naravno teži k revoluciji, k uporabi in k državljanski vojni. Če bi na to gledali samo pravno, bi na nedavni fenomen »arabske pomladi« lahko gledali kot na dokaz, da je to res. Vse to je znamenje spremenjenega odnosa do avtoritete.<sup>9</sup>

Ker je očitno, da izid ni v interesu Pirove zmage nobenega od družbenih razredov, pride med temi sloji do pogajanj.<sup>10</sup> Rezultat teh pogajanj je družbena pogodba, ki je danes kot paradigmatična ustava (*boiler-plate constitution*) kake zahodne demokracije že tako standardizirana, da smo pozabili, kakšna je prava kompromisna narava tega temeljnega pravnega vira.

Ustava je po svoji izvorni naravi torej pogodbeni kompromis, nekakšno premirje med pogodbenima strankama. Del vsake dobre pogodbe je malodane preganjavično predvidevanje možnosti spora. Bistveno za vsak spor pa je procesno, neprimerno bolj kot materialno, vprašanje, ki bi ga danes imenovali »dostop do sodišča« (*access to court*), ki bo spor presojal, razreševalo. Hannah Arendt je npr. menila, da je v tem dostopu do jurisdikcije tudi bistvo človekovih pravic. Šele, če je to vnaprej urejeno in dosledno udejanjeno, lahko govorimo o vladavini prava.

---

leta, da jo je prepričal, da je tortura v kazenskem postopku barbarska in nepotrebna: tisto, kar je v anglosaškem kazenskem postopku nehalo obstajati s Stuarti in »Zvezdno komoro« (»Star Chamber«), je bilo treba stoletja kasneje leta 1776 odpravljati z »razsvetljevanjem« – nikogar drugega kot vladarja samega. Ena glavnih poant pričujočega pisanja je prav v poudarku, da je ne-absolutna oblast, kakršna izhaja iz Magne Carte, po svoji naravi superiorna tudi najbolj benevolentni, absolutni, koncentrirani oblasti. Še več, izhajali bomo iz predpostavke, da je to kulturno vprašanje in da je politična in pravna kultura, ki oblast relativizira, obenem izraz in vzrok bistveno višje politične, pravne in splošne civilizacijske kulture.

<sup>9</sup> Mimogrede, izkušnja kaže, da se sodniki v svojih opredelitvah dele na tiste, ki avtoriteto sprejemalo in so z njo v zavezništvu na eni ter na tiste, ki avtoriteto odklanjajo na drugi strani. Problem pa danes ni več v tem, kajti prihajajoče generacije vsako avtoriteto a priori odklanjajo, več o tem v TEMBATSU in PRVI OD SUHIH KRAV. (Obe deli sta v pdf-različici na razpolago neposredno od avtorja.)

<sup>10</sup> Ta ideja je Nietzschejeva, to je, do pogajanj, pravi v svoji Genealogiji morale, pride če, nobena od obeh strani ni dovolj močna—to je bil primer med kraljem Janezom Šibkim in baroni—da bi tvegala dejanski spopad. Pragmatični izhod iz situacije je v pogajanju in kompromisu. Magna Carta kot prva ustava enostavno jê ta pogodba in ta kompromis.

Ker ustava potemtakem dobesedno vzpostavlja, taka pa je tudi etimologija besede »*Constitutio*«, <sup>11</sup> državljanski mir in s tem vladavino prava (*the Rule of Law*) ter pravno varnost (*Rechtssicherheit*), je ustava državna ontologija *par excellence*. Ker je tisto, kar nam je ontološko najbliže, ponavadi najteže zaznati, je sicer logično, da to hierarhijo vrednot doživljamo kot naravno danost, ne zavedamo pa njene usodne državotvorne prvinskosti. Vedno pa se je zato dobro vprašati, kaj bi bilo, če ne bi bilo ustavne jurisdikcije. Odgovor je, in tega ni mogoče ne prevečkrat ponoviti in ne premočno poudariti –, državljanska vojna.

Ob tem je treba razumeti, da na primer tudi sedanja slovenska Ustava predstavlja civilizacijski nasledek stoletij iskanja političnih rešitev za stabilen pravni red ter državo in da torej lahkotnost, s katero smo to ustavo napisali (bolje: »prepisali«) in sprejeli, ne pomeni, da je mogoče jemati lahkotno tudi sam dokument. To je vse tudi stvar državne tradicije, zgodovinskosti kakega naroda, stvar pravne kulture. Namen tega pisanja je privedi v zavest vso usodnost tega dokumenta.

Kakor hitro pa enkrat razumemo, da ustava ni arbitrarna izmišljotina pravnikov in abstrakcija, ki je ni treba vzeti preveč zares – to pa moramo doumeti, ker brez teh vzpostavitev pravil države sploh biti ne more – moramo *eo ipso* razumeti, da ustava ne more skrbeti sama zase in za svoje udejanjanje, ampak da mora njeno razlago udejanjati jurisdikcija.

Ustava je samo papir in seveda je ni težko prekršiti. Vendar je prav v tem razlika med civilizirano zahodno demokracijo, ki je to hierarhijo vrednot ponotranjila na eni ter vsakršno anarhijo na drugi strani. Po spoštovanju teh meril ločimo države na civilizirane in necivilizirane, na kulturne in nekulturne, na demokratične in nedemokratične, na pravne države na eni ter diktature na drugi strani. Delitev oblasti ni nič manj kot sestavni del take kulture, ki razloči vse vrste klientelističnih »banana republik« na eni ter urejene države na drugi strani.

## Šest ravnovesij

Nasprotovanje ene veje oblasti drugi nam da šest oblik kontrole in šest oblik ravnotežij:<sup>12</sup>

1. uravnoteženost zakonodajne in sodne oblasti;
2. uravnoteženost zakonodajne in izvršne oblasti;
3. uravnoteženost sodne in zakonodajne oblasti;
4. uravnoteženost sodne in izvršne oblasti;
5. uravnoteženost izvršne in zakonodajne oblasti;
6. uravnoteženost izvršne in sodne oblasti.

### Ad 1. Uravnoteženost zakonodajne in sodne oblasti

<sup>11</sup> *Constituere*, lat. vzpostaviti: dobeseden prevod besede »*constitutio*« bi bil »vzpostavitev«, torej prej »vzpostava« kot »ustava«: podobnost med obema slovenskima besedama je očitna.

<sup>12</sup> Kot bomo videli zlasti pri zadnjih dveh različicah, je razlika med kontrolo in ravnotežjem pretežno v tem, da ustavni sistem teži v glavnem h kontroli nad izvršno, kot najbolj nevarno vejo oblasti – njena pristojnost pa je v odnosu na drugi veji »v ravnovesju«.

Nadzor zakonodajne nad sodno oblastjo je po svoji naravi utemeljen v razlikovanju med abstraktnim in konkretnim. Zakonodajna oblast proizvaja abstraktne pravne akte (le izjemoma tudi konkretne), ki v določeni pravni sferi urejanja nekaj zapovedujejo, prepovedujejo, dajejo določena pooblastila. Sodna oblast pa naj bi te zvečine zakonske pravne akte potem v konkretnih sporih konkretno razlagala in uporabila. Ideja, ki stoji za tako delitvijo dela med zakonodajno in drugima dvema vejama oblasti, je torej filozofsko utemeljena na kartezijskem razlikovanju med abstraktnim in konkretnim. Predpostavka in v veliki meri fikcija tukaj je, da zakonodajna veja s svojo abstraktno pristojnostjo vnaprej in na splošno ureja vse konkretne primere, medtem ko naj bi (predvsem) sodna veja oblasti to »le« konkretizirala.

Zakonodajna moč pa v resnici tudi sama ostaja abstraktna in je torej ne-moč natanko toliko, kolikor »konkretiziranje« vsake abstraktne ali načelne zakonodajne rešitve kakega problema ne more biti vnaprej natanko opredeljeno. To opredeljenost tistega, ki abstraktno zakonsko formulo uporablja za konkreten primer, pojmuje kot »načelo zakonitosti.

Toda te vrste »zakonitost« je, mogoča šele, ko iz konkretizirajoče pravne in sodne prakse empirično izide določnejša opredelitev določene situacije (francosko: *la qualification juridique des faits exposés*), na primer »kaznivega dejanja«, ko je torej izpeljan gnoseološko-fenomenološki postopek od posebnega k splošnemu in nazaj k posamičnemu. Kot v znanosti mora tudi v pravu fenomenologija izhajati iz empirične osnove, ki pa jo lahko nudi le tisti stik z dejanskostjo, ki ga ima pravna in sodna praksa – ne pa zakonodajalec. V takem primeru abstraktna zakonodajna formula, podobno kot v znanosti, v resnici »napoveduje« (v pravu »določa«), kaj se bo v konkretni situaciji zgodilo. Tukaj se žal v to ne moremo spuščati, toda pravna kvalifikacija neke zadeve je v ping-pong odnosu z dejstvi. Po kartezijski ločnici ostro ločevati abstraktno od konkretnega, pravno normo od dejstev, kot bi rekel Paul Ricoeur, je zato naivno in zavaja.

Kadar pa zakonodajna opredelitev nima takega induktivno-empiričnega temelja, kadar ostaja samo na ravni »načelnih« smernic, ki jih zakonodajna veja oblasti daje sodni in izvršni veji, preostaja med ravnijo te abstraktne načelnosti in konkretizacijo te zakonodajne opredelitve prazen prostor za samovoljo tistega, ki je pooblaščen to »načelnost« konkretizirati. Zaradi tega je treba ločevati najmanj dve vrsti »konkretizacije«: (a) determinirano konkretizacijo in (b) nedeterminirano konkretizacijo.

Pri slednji, ko ima na primer izvršna veja oblasti moč sprejemati »izvedbene« predpise, ali ko se sodna veja giblje v praznem prostoru med nedoločno »generalno klavzulo« ter konkretnim primerom, je jasno, da je bila oblastna moč na podlagi zaupanja (ali nespameti) z zakonodajne veje prenesena na izvršno oziroma sodno vejo oblasti. Nedeterminirana konkretizacija abstraktnega zakonodajnega akta slednjega polni z vsebino, ki je zakonodajalec sploh ni mogel predvideti, ker je v tem procesu umanjala prva faza induktivno-empiričnega procesa (»od posebnega k splošnemu«), ki bi bila epistemološko nujna.

Ker je v resnici tako, da danes večino »zakonodajnih rešitev« pripravljajo v izvršni veji oblasti in ker zakonodajna veja masovno zgolj potrjuje tako produkcijo zakonov,

je praktično jasno, da si je izvršna veja v modernih demokracijah uzurpirala velik del zakonodajne oblasti. Stvari so postale preveč zapletene, da bi jih urejalo že po opredelitvi razdeljeno zakonodajno telo. Sem ter tja se stvar (za izvršno) vejo zaplete, ko pride do kakega »amandmaja« od poslancev, ki potem »pokvari« sistemsko celoto zakonodajnega akta, s katero se je bil morda trudil kak strokovnjak v izvršni veji oblasti. V naših razmerah se potem dogaja, da tak zakonodajni poskus izpade kot teleološki *aberratio ictus* in pride pred Ustavno sodišče. To je potem nehote vpreženo v proces, v katerem se zakonodajni veji oblasti vzkrati še tisto malo moči, ki jo pogosto ima. Tak razvoj je seveda nevaren, ker se preveč moči osredotoča v izvršni veji oblasti še zlasti, ker tudi zahodni socialni teoretiki ugotavljajo, da je apatija zakonodajne veje, če ima politično večino zagotovljeno, prišla do točke, v kateri je le legitimacijska štampljka v rokah izvršne veje, ki seveda tako obvlada v veliki meri tudi redno sodstvo: stvar se lahko produktivno zaplete samo še pred ustavnimi sodišči.

Zakonodajna veja bo toliko bolj predmet manipulacije izvršne zakonodajne iniciative, kolikor bolj prava neuki so poslanci-zakonodajalci. Politični problem prve kategorije je zato pri nas dejstvo, da v Državnem zboru sedi malo pravnikov, ki bi sploh razumeli, za kaj v zakonodajnem postopku glasujejo, kaj šele, da bi bili zmožni uvideti mentalne rezervacije, ki jih v zakonodajnih pobudah skrijejo v izvršni veji oblasti. To je med drugim eden ključnih problemov »tranzicije« od komunizma h kapitalizmu, zaradi česar se pravni problemi politizirajo. S tem se država destabilizira.

Poseben problem je vprašanje, kako zakonodajna veja obvladuje sodno vejo oblasti. Vemo, da ideja o popolnem primatu zakonodajne veje oblasti izhaja iz razsvetljenskega (Montesquieu) zgledovanja po angleški tradiciji in je obenem reakcija na arbitrarnost francoske aristokratske justice. Ta je pripomogla k absurdnemu pojmovanju, po katerem naj bi se sodna veja oblasti kot pravnega vira ne smela posluževati lastnih predhodnih odločitev (»sodne prakse«). Tako naj bi se vzdrževala pravna praznina med popolno abstraktnostjo in splošnostjo zakona na eni ter konkretno sodno odločbo na drugi strani. To bi bilo smiselno samo, če bi bil zakonodajalec po božje vseveden—tako kot absolutni vladarji od Justinijana do Frederika Velikega—in bi lahko *in abstracto* predvidel vse dejanske splete dogodkov in okoliščin, na katere se bo njegova abstraktna zakonska norma kasneje nanašala.<sup>13</sup>

Največja omejenost kontinentalnega rednega sodstva—svetla izjema je bilo francosko upravno pravo—je v tem, da mora ta prepad med abstraktnim in konkretnim vzdrževati nezapolnjen in nepremoščen, da mora vztrajati v tej pravni praznini. Sistem, ki ne temelji na precedensih je sistem, ki nima povratnih zvez (*feedback*) iz lastnega spomina, torej kot sistem, ki je brez zavesti in se iz lastnih izkušenj ne more učiti. Prepovedano mu je ustvarjanje lastne judikature, če bi ta tudi le dopolnjevala abstraktne norme, ki jih producira zakonodajalec. To se je pri nas pričelo spreminjati šele z uvedbo ustavnosodne presoje, pri kateri se Ustavno sodišče od zdaj naprej

---

<sup>13</sup> Podrobneje o tem v THE OWL OF MINERVA, 2008, pp. 13-42. Pdf-različica je na razpolago od avtorja. Vsi od Justinijana do Katarine Velike so imeli isti namen: sodno vejo omejiti v njeni presoji-razsoji, vnaprej *in abstracto* določiti (predeterminirati) konkretne spore. Zato moralna nesuverenost sodne veje ni tehnično ampak zgodovinsko vprašanje. Situacija v Združenem kraljestvu pa je bila že od Magne Carte naprej drugačna; sodstvo je bilo domena fevdalnih posestnikov (*landed gentry*). Komunizem kot diktatura pa je iz sodnikov naredil prestrašene državne uradnike; njihov edini obrambni mehanizem je bila absurдна mera pravnega formalizma. Nasledke te kontinuitete, ker so medtem odpovedali drugi mehanizmi družbenega nadzora, čutimo danes še bolj kot prej. Personalni sestav slovenskega pravosodja je enostavno dekompenziral.

sklicuje na lastne odločbe kot na pravni vir. Ta pravni vir bi moral celo pri konkretni presoji *per analogiam* veljati *erga omnes*. Zato je enigmatičen torzo tretji odstavek 1. člena Zakona o ustavnem sodišču, ki samo pravi, da so odločbe Ustavnega sodišča obvezne.

Na Evropskem sodišču za človekove pravice kljub izrecni določbi Konvencije, da so sodbe veljavne samo *inter partes*, velja, da so *de facto* obvezne *erga omnes*. Ta *de facto* enostavno pomeni, da se bo naslednja analogna zadeva presojala analogno: *the like cases should be decided alike (stare decisis)*.<sup>14</sup>

Ustava v svojem 125. členu izrecno določa: »Sodniki so ... vezani na Ustavo in zakon.« Ker je sodnik v prvi vrsti vezan na Ustavo, to seveda pomeni, da bi moral imeti pravico Ustavo uporabiti neposredno v vseh primerih, ko po njegovem neodvisnem in nepristranskem mnenju zakon ni v skladu z Ustavo. Imel bi torej možnost Ustavo uporabiti neposredno in po lastni presoji, ne glede na določbo prve alineje 160. člena Ustave, ki daje pristojnost presoje skladnosti zakonov z Ustavo Ustavnemu sodišču. Ti dve določbi se ne izključujeta, ker Ustavno sodišče odloča o neskladju zakonov z Ustavo *in abstracto*, medtem ko to redna sodišča odločajo samo za konkretne primere. Ker sodniki niso vezani »samo« na Ustavo in zakon, bi bilo z ustavnega stališča povsem dopustno, če bi se sodišča v svoji skrbi za doslednost pri sodnih odločitvah sklicevala tudi na lastna, v preteklosti zavzeta stališča (sodna praksa, judikatura, precedensi). To bi bilo tudi povsem logično, če naj imajo sodišča v pravnem smislu *oblast*, kakor bi to izhajalo iz ustavne določbe, po kateri je oblast deljena in po kateri sodna oblast pripada – sodstvu.<sup>15</sup> Da se to seveda ne dogaja, je posledica, če govorimo o pravosodju, bolj ali manj zaslužene predstave o samem sebi.

Problem ni v premajhni podrejenosti sodstva zakonodajni oblasti, ampak nasprotno v njegovi subjektivni nesuverenosti. Žal se v to ne moremo spuščati, toda gre za vprašanje avtonomije pravnega mišljenja (*autonomous legal reasoning*). Taka suverenost je nasledek dosežene stopnje moralnega razvoja, po doktrini, ki jo je vpeljal Jean Piaget, od njega pa prevzel Lawrence Kohlberg. Za Slovenijo lahko žal ugotovimo, da je ta stopnja zelo nizka, saj zato pa je toliko več zanašanja na mehanični pravni formalizem, s katerim si država koplje svoj lastni grob.

Zakonodajna veja sicer izdeluje abstraktne norme, vendar v glavnem na pobudo izvršne veje oblasti. To je sicer v skladu z Ustavo<sup>16</sup> in je eno od ravnovesij, tu med izvršno in zakonodajno vejo oblasti.

Moderni parlamenti pa tudi v zahodnih formalnih demokracijah svoje zakonodajne funkcije ne obvladajo več; delujejo v glavnem kot štampljka izvršne veje oblasti, katere pobude parlamenti v glavnem brez problemov ratificirajo. Prihaja torej tudi na zakonodajnem področju do izrazite prevlade izvršne veje oblasti, kar je nevarno in

---

<sup>14</sup> To distinkcijo je na ECHR vpeljal avtor, ideja zanjo pa je izhajala iz znanega članka nemškega ustavnega sodnika profesorja Helmuta Steinbergerja.

<sup>15</sup> Drugi odstavek 3. člena Ustave pravi: »V Sloveniji ima oblast ljudstvo. Državljanke in državljani jo izvršujejo neposredno in (posredno) z volitvami, po načelu delitve oblasti na zakonodajno, izvršilno in sodno.« Ustava torej izrecno poudarja, da je sodna veja veja oblasti in da je nosilec suverenosti, ki izhaja iz ljudstva. Problem je seveda v tem, da se post-komunistično in zato formalistično-defenzivno sodstvo tega premalo zaveda in da s tem prepušča dominantnost drugima dvema vejama oblasti. To je po našem mnenju za stabilnost države izrazito škodljivo.

<sup>16</sup> »Zakone lahko predlaga vlada ...«, člen 88 Ustave.



škodljivo. Koruptivnega vidika lobiranja se tu ne bomo niti dotaknili in ne v isti smeri zgrešene nedavne sodbe ameriškega vrhovnega sodišča<sup>17</sup>, ki v imenu svobode političnega govora dovoljuje neomejeno financiranje političnega kandidata. Oboje iz formalne demokracije dela farso.

## Ad 2. Uravnoveženost zakonodajne in izvršne veje oblasti

Po določbi 110. člena Ustave je vlada odgovorna Državnemu zboru. Ker vlado voli državni zbor, je jasno, da bo za predsednika vlade<sup>18</sup> lahko izvoljen samo kandidat, ki ima v Državnem zboru večinsko podporo. Isto velja za člane vlade, torej za ministre.<sup>19</sup> V tem smislu zakonodajna veja ne le nadzoruje ampak vsaj formalno ustvarja izvršno vejo oblasti: funkcija predsednika vlade npr. preneha *ex lege* po 115. členu, »*ko se po volitvah sestane nov Državni zbor*«. Pred tem lahko vlada, če večina vseh poslancev izvoli novega predsednika vlade, pade že na pobudo desetih poslancev.<sup>20</sup> Nadzor zakonodajne oblasti nad izvršno se torej zdi vsemogočen, še zlasti, ker ima poleg vseh nezaupnic zakonodajna veja možnost, če misli, da so pri opravljanju funkcij kršili Ustavo in zakone, pred Ustavnim sodiščem sprožiti obtožbo (*impeachment*) zoper predsednika vlade ali ministre.<sup>21</sup> Toda ravno to dejstvo, da namreč etabliрана parlamentarna večina postavlja vlado, zagotavlja, da med zakonodajno in izvršno vejo oblasti ne bo tiste zoperstavljenosti, ki bi spodbujala kontrolo zakonodajne nad izvršno vejo oblasti. Med izvršno in zakonodajno močjo torej ni potrebnega ravnovesja. Nenadoma najdemo obe veji skupaj na isti strani tehtnice, prihaja do potuhe (konspiracije) med parlamentarno večino in vlado kot njenim političnim izrazom, začne se dogajati »koalicijska diktatura«. Tu je potem, vsaj do naslednjih volitev, zadnji varnostni ventil sodna veja, točneje, Ustavno sodišče.

Glavni sestavni del izvršne oblasti je seveda uprava, katere organizacijo, pristojnosti in način imenovanja njenih funkcionarjev ima v pristojnosti zakonodajna veja oblasti.<sup>22</sup> Ustavno-teoretično uprava »konkretizira«, udejanja zakonodajne smernice

<sup>17</sup> ARIZONA FREE ENTERPRISE CLUB'S FREEDOM CLUB PAC, ET AL., PETITIONERS v. KEN BENNETT, JOHN MCCOMISH, ET AL., PETITIONERS v. KEN BENNETT, IN HIS OFFICIAL CAPACITY AS ARIZONA SECRETARY OF STATE, ET AL. na

[http://www.bloomberglaw.com/public/document/Arizona\\_Free\\_Enter\\_Clubs\\_Freedom\\_Club\\_PAC\\_v\\_Bennett\\_131\\_S.Ct\\_2806](http://www.bloomberglaw.com/public/document/Arizona_Free_Enter_Clubs_Freedom_Club_PAC_v_Bennett_131_S.Ct_2806) (4/5/2012 ) Together with No. 10-239, *McComish et al. v. Bennett, Secretary of State of Arizona, et al.*: **Holding:** Arizona's matching funds scheme, which provides additional funds to a publicly funded candidate when expenditures by a privately financed candidate and independent groups exceed the funding initially allotted to the publicly financed candidate, substantially burdens political speech and is not sufficiently justified by a compelling interest to survive First Amendment scrutiny.

<sup>18</sup> »Predsednika vlade voli Državni zbor z večino glasov vseh poslancev ...«, člen 111 Ustave.

<sup>19</sup> Prvi odstavek 112. člena Ustave: »Ministre imenuje in razrešuje Državni zbor na predlog predsednika vlade.«

<sup>20</sup> »Državni zbor lahko izglasuje nezaupnico vladi le tako, da na predlog najmanj desetih poslancev z večino glasov vseh poslancev izvoli novega predsednika vlade. S tem je dotedanji predsednik vlade razrešen ...«

<sup>21</sup> »Predsednika vlade ali ministre lahko državni zbor pred Ustavnim sodiščem obtoži kršitve ustave in zakonov, storjene pri opravljanju njihovih funkcij.», Člen 119 Ustave.

<sup>22</sup> »Organizacijo uprave, njene pristojnosti in način imenovanja njenih funkcionarjev ureja zakon. Upravni organi opravljajo svoje delo samostojno v okviru in na podlagi Ustave in zakonov. Proti odločitvam in dejanjem upravnih organov in nosilcev javnih pooblastil je zagotovljeno sodno varstvo pravic in zakonitih interesov državljanov in organizacij.«

Zadnji navedeni odstavek nakazuje na kontrolo sodne oblasti nad izvršilno.

in je pooblaščen, da udejanja zakonodajne zapovedi in prepovedi. Toda to je seveda »nedeterminirana konkretizacija«, ki daje državni upravi nevarno široke pristojnosti.<sup>23</sup>

Zanimivo je, da Ustava pri določitvi funkcije upravnih organov uporablja dikcijo, ki je primerljiva s tisto, ki v 125. členu opisuje neodvisnost sodnikov. Tam pravi, da so sodniki *samostojni, da pa so vezani na ustavo in zakon*: v drugem odstavku 120. člena pa pravi, pravzaprav bolj širokosrčno, da upravni organi opravljajo svoje delo *samostojno v okviru in na podlagi ustave in zakona*. Sodniki naj bi bili potemtakem »vezani na Ustavo in zakon«, upravni organi pa naj bi bili »samostojni v okviru in na podlagi Ustave in zakonov.« Da to ne more pomeniti večje neodvisnosti upravnih organov, pa je razvidno iz tega, da je zoper odločitve upravnih organov vedno mogoče pred sodiščem sprožiti upravni spor.<sup>24</sup> Ker pa so sodišča »vezana na Ustavo in zakon«, je preko njih, torej preko sodne veje oblasti, izvršna veja oblasti spet podrejena zakonodajni. Kako bo to delovalo »v praksi«, je seveda odvisno od ozaveščenosti in energičnosti prizadetih in od splošne ravni pravne in politične kulture v državi. Demokracija ne pomeni nič, če se ljudje svojih pravic ne zavedajo in če so preleni, da bi se jih energično posluževali.

### Ad 3. Uravnoveženost sodne in zakonodajne oblasti

Na prvi pogled se morda zdi celo nelogično, da bi imela sodna veja oblasti nadzor nad zakonodajno vejo oblasti. Vse moderne ustave so nasnovane tako, da je zakonodajna veja oblasti povnanjena s suverenostjo ljudstva. Na ta način svobodna in celo arbitrarna presoja poslancev, ko je enkrat izglasovana v zakon, postane »zakon« – in je zaradi tega presumptivno izraz volje ljudstva.

Zakonodajni proces je torej metamorfoza, v kateri se nekaj arbitrarnega spreminja v nekaj legitimnega. To se dogaja zato, ker ga arbitrarno-zakonodajni proces »suverenizacije« spreminja v originarni pravni vir.

Ker zakonodajna veja oblasti voli sodnike in vlado, naj bi bil personalni substrat sodne in izvršne veje oblasti po svojem izvoru v zakonodajni veji oblasti. To je naravno in logično, ker se po fikciji država in pravo konstituirata že v samem spočetku v zakonodajni veji oblasti, in sicer s prvim in temeljnim pravnim aktom, to je z izglasovanjem Ustave.<sup>25</sup> Ustava je tista, ki edina pravno omejuje zakonodajno;

<sup>23</sup> Primer takega dogajanja je primer izbrisanih. Glej, *Kurić and Others v. Slovenia*, ECHR, case # 26828/06 (2012)

<sup>24</sup> »Protiv odločitvam in dejanjem upravnih organov in nosilcev javnih pooblastil je zagotovljeno sodno varstvo pravic in zakonitih interesov državljanov in organizacij.« Člen 120, tretji odstavek. Gre torej tudi za »dejanja« (ne samo »posamične akte«) upravnih organov, kar se kaže tudi v drugem odstavku 157. člena, kjer pravi Ustava, da takrat, kadar ni zagotovljeno drugo sodno varstvo, pristojno sodišče v upravnem sporu odloča tudi o zakonitosti »posamičnih dejanj« in aktov, s katerimi se posega v ustavne pravice posameznika. Ta določba je še posebej zanimiva, ker mora vsakdo, ki želi naperiti ustavno pritožbo zoper kako »dejanje« na primer policije, najprej izčrpati vsa pravna sredstva v sodnem varstvu (v skladu z Zakonom o ustavnem sodišču, Zakon o ust. sodišču. Ur. I. RS, 15/94).

<sup>25</sup> Edina določba v sami Ustavi, ki je še pomembnejša od same Ustave, je vedno določba o spremembi Ustave; ta določba oz. določbe, pri nas v IX. poglavju, so vir legitimacije za spremembo tistega, kar je v državi najbolj odločilno. Postopek za spremembo Ustave je pri nas zapleten ne le zato, ker ga mora predlagati najmanj dvajset poslancev Državnega zbora oziroma 30.000 volivcev in zato, ker mora že o sprejemu samega predloga obstajati v Državnem zboru dvotretjinska večina. Tudi če je predlog za spremembo izglasovan in če bi bila eventualno izglasovana sama sprememba Ustave, lahko manjšina v parlamentu, zopet trideset poslancev, zahteva, da je ta sprememba preverjena še na referendumu, tako

vsa nadzorstvena opolnomočenja sodstva nad zakonodajo izhajajo neposredno iz Ustave – in samo toliko tudi zoper zakon, kot (fiktivni) izraz zakonodajne volje in moči.

Suverenost zakonodajne veje oblasti torej ni omejena v prostoru. Omejena pa je v času. Veže jo njen prvi in najpomembnejši akt, ki je edina stvar, s katerim je tudi sama omejena. Ustava v tej luči je torej zaobljuba zakonodajne veje oblasti neposredno ljudstvu, je vzpostavljena vez med ljudstvom in njenim predstavništvom (formalna demokracija). To vez vzpostavi konstituenta, to je ustavodajni zbor, skupščina, in na to »družbeno pogodbo« so vezane vse zakonodajne naslednice konstituante.<sup>26</sup>

Nad suverenostjo zakonodajne veje pa kot suverenost predhodnega konstitutivnega akta, je logično, da mora skladnost tistega, kar počne zakonodajna veja oblasti, nekdo sproti preverjati: če tega ne bi bilo, bi bila Ustava mrtva črka, ki ne bi vezala nikogar, bila bi gola deklaracija, navadno priporočilo. Ko torej Ustava v svojem 160. členu (VIII. poglavje) našteva pristojnosti Ustavnega sodišča, je od naštetih pristojnosti najmanj šest takih, ki omejujejo zakonodajno oblast po presoji sodne oblasti:

1. alineja: Ustavno sodišče odloča o skladnosti zakonov z Ustavo;
2. alineja: Ustavno sodišče odloča o skladnosti zakonov in drugih predpisov z ratificiranimi mednarodnimi pogodbami in s splošnimi načeli mednarodnega prava;<sup>27</sup>
3. alineja: Ustavno sodišče odloča o skladnosti podzakonskih predpisov z Ustavo;<sup>28</sup>

---

da je vzpostavljena povratna zveza s samim virom suverenosti, to je z »ljudstvom«. Le-to se mora referendumu večinsko udeležiti in od te večine mora večina volivcev na referendumu za spremembo ustave pozitivno glasovati. Vidimo, da je sprememba Ustave namerno zelo otežena, ker je postopek (proces) spreminjanja Ustave seveda vir (novih) določb ustavnega ranga, kar navsezadnje res pomeni, da je ta postopek pomembnejši od same Ustave.

<sup>26</sup> Ker mora biti sama sprememba Ustave po 170. členu (na predlog tridesetih poslancev) preverjena na referendumu, bi bilo *a fortiori* logično, da bi bila tudi sama spočetna Ustava v celoti preverjena na referendumu: na ta način bi imela pečat izvirne ljudske suverenosti. Toda, tudi če bi tak referendum uspel, ni pojmljivo, da bi ljudje v resnici in do konca doumeli usodnost ne le posamičnih določb Ustave v celoti, še manj pa vsega civilizacijskega in zgodovinskega »materiala«, ki za njo stoji. Tu se torej tudi konča iluzija o tem, da »vlada ljudstvo«, ki mu žal ni mogoče pripisati zmožnosti, da bi to kvalificirano počelo. Lahko si zamišljamo sistem, ker danes spričo danih komunikacijskih možnosti to sploh ni več nepojmljivo, v katerem bi ljudje neposredno glasovali o vsakem zakonodajnem aktu, o katerem danes glasujejo v parlamentu. Ker je toliko govorjenja o tem, da vlada ljudstvo itd., bi bilo povsem naravno pričakovati, da se bodo moderne države trudile, da bi tako neposredno suverenost tudi poskušale vzpostaviti. (Edina država, ki se pogosto zateka k referendumu, je Švica.) Če se vse to ne dogaja, današnja tehnologija pa to definitivno omogoča, potem se zdi, da »odtujenost« predstavniško-formalne demokracije ni nekaj, kar bi bilo nujno.

<sup>27</sup> Tu gre za »primat mednarodnega prava« po drugem odstavku 153. člena, zlasti pa po 8. členu: »Zakoni in drugi predpisi morajo biti v skladu s splošno veljavnimi načeli mednarodnega prava in z mednarodnimi pogodbami, ki obvezujejo Slovenijo. Ratificirane in objavljene mednarodne pogodbe se uporabljajo neposredno.« Neposredna uporaba pa tu seveda pomeni, da je vsak ratificirani mednarodni akt po ugotovitvi ustavnega sodišča, če je slovenski zakon z njim v nasprotju, nad takim zakonom. Primarno je torej mednarodno pravo vsaj v odnosu do zakonov. Logično bi bilo seveda, da bi bile mednarodne obveze določene države celo nad njenimi ustavnimi določbami.

Velja opozoriti, da je uporaba mednarodnega prava, kadar je ta v koliziji z domačimi zakoni, seveda tudi oblika kontrole Ustavnega sodišča nad zakonodajno vejo oblasti: Ustava mu daje pooblastilo, da odloča – to je *lex specialis* glede na določbo 2. alineje 160. člena. Ustava ne govori o možnosti, da bi bila sama Ustava v nasprotju z mednarodnim aktom.

7. alinea: Ustavno sodišče odloča o sporih glede pristojnosti med državo in lokalnimi skupnostmi (in med samimi lokalnimi skupnostmi);<sup>29</sup>
8. alinea: Ustavno sodišče odloča o sporih glede pristojnosti med sodišči in drugimi državnimi organi;<sup>30</sup>
9. alinea: Ustavno sodišče odloča o sporih o pristojnosti med državnim zborom, predsednikom republike in vlado.

Nadzor zakonodajne oblasti po Ustavnem sodišču je torej izrecno določena in o oblastvenosti Ustavnega sodišča ter njegovih ustavnih pooblastilih ne more biti nobenega dvoma. Postavlja pa se vprašanje, v kolikšni meri so implicitno ali eksplicitno za ustavnosodno kontrolo<sup>31</sup> pooblaščen redna sodišča.

Določba 153. člena, prvi odstavek Ustave pravi, da morajo biti zakoni, podzakonski predpisi in drugi splošni pravni akti »v skladu z Ustavo«. Iz tega argumenta *a contrario* sledi, da obstaja možnost, da zakoni itd. ne bi bili v skladu z Ustavo: to seveda med drugim potrjuje 160. člen Ustave, ki v takem primeru daje Ustavnemu sodišču velike pristojnosti, ki so dodatno razdelane v Zakonu o Ustavnem sodišču. Kot smo videli, tu ne gre samo za možnost kolizije med Ustavo in zakonom, ampak je v to možnost vgrajena glavna omejitev pristojnosti zakonodajne veje oblasti, Državnega zbora. Če naj torej redna sodišča sodijo tako po Ustavi, kakor po zakonih, se morajo takrat, kadar zakoni niso v skladju z Ustavo, seveda odločiti, po čem se bodo ravnala. Seveda pa bi morala o tem imeti svoje suvereno pravno mnenje.

Vprašanje ni akademsko, ker je na primer veliko določb v Zakonu o kazenskem postopku in v Kazenskem zakonu očitno protiustavnih, čeprav seveda velja predpostavka, da so v skladju z Ustavo, dokler njihovega neskladja ne ugotovi Ustavno sodišče. Toda ta predpostavka ni *praesumptio juris et de jure*, poleg tega pa velja *in abstracto*, ne *in concreto* – ko gre za posamično kazensko zadevo. V taki konkretni kazenski zadevi se mora na primer kazenski sodnik odločiti, ali se bo ravnal po zakonu in s tem dobesedno briskiral ustrezno ustavno določbo, ali pa se bo ravnal po Ustavi in s tem prišel v pozitivno nasprotje s samim zakonom.

Že po logiki, po kateri *lex superior derogat legi inferiori*, je jasno, da bi se moral sodnik v taki situaciji ravnati neposredno po Ustavi in ne po zakonu, za katerega meni, da je protiustaven. Dilemo rešuje 156. člen Ustave, ki pravi, da mora sodišče v takem primeru konkretni postopek suspendirati in začeti postopek pred Ustavnim sodiščem.<sup>32</sup> V unificirani jurisdikciji, kjer je ustavnosodna kontrola v pristojnosti rednih sodišč, ima vsak sodnik možnost v takem primeru zavzeti stališče, da je

<sup>28</sup> ... toliko seveda, kolikor te izvedbene predpise izdaje Državni zbor; kolikor jih izdaja vlada oz. uprava, pa sodna oblast omejuje izvršno.

<sup>29</sup> Pri vprašanju lokalne samouprave v primeru Kopra je šlo v bistvu za ta spor v kombinaciji s prvo citirano alineo.

<sup>30</sup> Če bi si Državni zbor na primer arogiral pristojnost kazenskega sojenja v svojih preiskovalnih komisijah, bi prišlo do spora glede pristojnosti med njim in rednimi sodišči.

<sup>31</sup> Izraz »ustavnosodna kontrola« se uporablja kot prevod angleške oz. ameriške »*judicial review of constitutionality*«. Ameriški izraz ne zajema samo kontrole nad zakonodajno vejo, torej preverjanje ustavnosti zakonov. Nanaša se tudi na vsa »dejanja« izvršne oblasti in sploh vsako protiustavnost, ki izvira iz sfere oblasti. Taka kontrola izvira iz »unificirane jurisdikcije«, po kateri je ameriško Vrhovno sodišče obenem tudi Ustavno sodišče. Odloča torej v konkretnih primerih (»*case and controversy clause*« v ameriški Ustavi) in ne *in abstracto* kot naše Ustavno sodišče po 160. členu Ustave.

<sup>32</sup> Ker ima po Zakonu o Ustavnem sodišču v takem postopku redno sodišče status predlagatelja (ne pobudnika), Ustavno sodišče o predlogu rednega sodišča mora odločati in odločiti.

določba zakona, ki bi ga moral uporabiti, protiustavna, in odločiti po Ustavi, ne po zakonu. Seveda je taka odločitev potem lahko predmet pritožbe na instančno sodišče: v tem pogledu potem ta instanca zavzame precedenčno stališče podobno, kot to velja pri nas, kjer je ta pristojnost v celoti delegirana Ustavnemu sodišču. Lahko bi torej rekli, da je pristojnost rednih sodišč, da presojujejo ustavnost posameznih zakonov v našem sistemu, zvedena na obvezen predlog teh sodišč Ustavnemu sodišču.

To je logično in naravno. Problem je samo v tem, da redna sodišča, čeprav bi moral večinski pripad zadev Ustavnemu sodišču izvirati prav iz takih konkretnih sodnih postopkov, tega sploh ne počnejo. Šele v takih konkretnih zadevah se pokaže, kako sicer abstraktna zakonska norma lahko pride v kolizijo z določeno ustavno določbo.<sup>33</sup>

#### Ad 4. Uravnoveženost sodne in izvršne oblasti

V primerjavi s prejšnjo situacijo, v kateri se nesporazum odvija bolj ali manj na ravni ustavnosti, gre pri nadzoru sodne oblasti nad izvršno predvsem za kontrolo zakonitosti. V njej sodna oblast pravzaprav brani integriteto zakonodajne veje oblasti.

Situacija, na katero se nanaša 157. člen Ustave,<sup>34</sup> drugi odstavek, je situacija, v kateri na primer državni organ poseže v ustavne pravice posameznika, vendar v upravnem sporu sodišče ne odloča o ustavnosti takega posega, ampak o njegovi zakonitosti. To je seveda protislovno toliko, kolikor je določen poseg v pravice državljana lahko povsem v skladu z zakonom, vendar je pri tem kršena njegova ustavna pravica.

Edina predpostavka, po kateri je taka določba Ustave lahko logična, je, da potem (redno) sodišče, če ugotovi, da zakon ni v skladu z Ustavo, po 156. členu Ustave dá predlog Ustavnemu sodišču, naj presodi predpis, po katerem je državni organ sicer zakonito, a protiustavno—ker je predpis sam protiustaven—postopal v konkretnem primeru. V primeru, ko redno sodišče v nasprotju s svojo dolžnostjo po 156. členu Ustave take protiustavnosti ne registrira, preostane prizadetemu državljanu zoper odločbo rednega sodišča še ustavna pritožba.

Drug mehanizem, po katerem je mogoče sprožiti sodni nadzor nad delom državnih organov, torej izvršne veje oblasti, je predviden v ustavni določbi o varuhu

---

<sup>33</sup> Postavlja se na primer vprašanje, zakaj podobne možnosti nimajo upravni organi, to je, zakaj izvršilna veja oblasti nima podobne pravice dvomiti o ustavnosti posameznega zakonskega določila. Če bi to imela, bi lahko rekli, da ima uprava, torej izvršilna veja oblasti, prav tako možnost kontrole nad zakonodajno vejo oblasti – pa čeprav prek obveznega predloga za presojo ustavnosti zakona Ustavnemu sodišču (prim. 23. čl. Zakona o ustavnem sodišču). Člen 157 Ustave, ki govori o upravnem sporu, izhaja samo iz predpostavke, da bo z odločitvijo upravnega organa prizadeti posameznik oziroma organizacija – sprožil postopek za presojo zakonitosti (ne ustavnosti!) pred Vrhovnim sodiščem (upravni spor). Šele ta odločba, torej posamični pravni akt, pa je potem lahko predmet ustavne pritožbe pred ustavnim sodiščem. No, to je seveda oblika varstva državljana pred izvršilno vejo oblasti, ne pa tudi pravica izvršilne veje oblasti, da spodbija ustavnost zakona, ki ga je sprejela zakonodajna veja oblasti.

<sup>34</sup> »O zakonitosti dokončnih posamičnih aktov, s katerimi državni organi, organi lokalnih skupnosti in nosilci javnih pooblastil odločajo o pravicah ali obveznostih in pravnih koristih posameznikov in organizacij, odloča v upravnem sporu pristojno sodišče, če za določeno zadevo ni z zakonom predvideno drugo sodno varstvo.«

»Če ni zagotovljeno drugo sodno varstvo, odloča v upravnem sporu pristojno sodišče tudi o zakonitosti posamičnih dejanj in aktov, s katerimi se posega v ustavne pravice posameznika.« Člen 157 Ustave.

človekovih pravic in temeljnih svoboščin po 159. členu Ustave.<sup>35</sup> V resnici seveda nič ne preprečuje državnemu tožilstvu, da samo ne bi vlagalo predlogov na Ustavno sodišče in tako sprožalo vrste drugih postopkov, ki bi imeli za posledico enako kontrolo sodne oblasti nad akti in dejanji uprave. Dejstvo, da se to ne dogaja, ni posledek pomanjkanja ustavne in zakonske podlage za tako delovanje, ampak golo in enostavno pomanjkanje občutka za demokratičnost pravnega reda.

Posebno vprašanje je »*impeachment*«, torej obtožba predsednika republike, predsednika vlade ali ministra, o kateri sodi Ustavno sodišče. Po določbi 109. člena Ustave, ki govori o »odgovornosti predsednika republike«,<sup>36</sup> ga Državni zbor lahko obtoži, če (1) pri opravljanju svoje funkcije (2) krši Ustavo ali (3) huje krši zakon. Institucija *impeachmenta* je seveda kopija ameriškega ustrezne institucije, ko se v predsedniškem sistemu predsednika lahko odstavi za »*great crimes and misdemeanors*«, obtoži ga spodnji, predstavniški dom, o obtožbi pa sodi zgornji dom, senat. Ideja je izvedena iz angleškega sistema, saj spodnji dom tu deluje kot velika porota (*grand jury*), ki izvaja kontrolo obtožbe, zgornji dom pa deluje kot lordska zbornica v angleškem sistemu, kjer je ta tudi vrhovni sodni organ in obenem kot mala, sodna, porota (*petit jury*). V takem sistemu je potemtakem sodna funkcija pri ugotavljanju odgovornosti predsednika v celoti pridržana zakonodajni veji oblasti. Konfluenca sodne in zakonodajne oblasti v načelu sproža celo serijo vprašanj o naravi in funkciji prava v državi.

Če bi izhajali iz predpostavke o popolni suverenosti predstavniške, torej zakonodajne oblasti, seveda ne bi bilo nič bolj logično od tega, da bi tisto telo, ki zakone sprejema, po njih tudi sodilo. Po antični grški različici demokracije, na primer, sta bili ti dve funkciji združeni, nasledke pa poznamo iz Sokratove »*Apologije*«, iz kazenskega procesa proti Sokratu, ki naj bi »zavajal atensko mladino«. In vendar se nam danes zdi popolnoma nepojmljivo, da bi na primer Državni zbor, ki seveda sprejema vse kazenske zakone in jih kot njihov pravni avtor nominalno govorjeno tudi najbolje razume, po teh zakonih v konkretnem primeru tudi sodil. Tudi iz tega se vidi, da »delitev oblasti« ni samo pravni oziroma politični, ustavni postulat, ampak, da je delitev oblasti vgrajena v sam temelj družbenega sožitja in potrebe po pravni varnosti v državi.

Postavlja se vprašanje, zakaj je v resnici tako nepojmljivo, da bi zakonodajni organ, ki sprejema zakone, te v konkretnem primeru tudi uporabljal, da bi torej po njih v konkretnem primeru tudi sodil.<sup>37</sup> Ta zahteva izhaja iz Magne Carte, ki je določala, da ima vsak obtoženec pravico na »*judgment of his peers*«, torej na »razsodbo svojih vrstnikov«. Če damo odgovor na to vprašanje, smo odgovorili deloma tudi na vprašanje, zakaj sta zakonodajna in sodna funkcija po naravi stvari ločeni. Vprašanje vsebuje še nadaljnje vprašanje, zakaj morajo biti zakoni splošni in abstraktni, zakaj

---

<sup>35</sup> »Za varovanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin v razmerju do državnih organov, organov lokalne samouprave in nosilcev javnih pooblastil se z zakonom določi varuh pravic državljanov.« Člen 159, prvi odstavek.

<sup>36</sup> ... kar naj bi bil slovenski prevod za angleško besedo »*impeachment*«.

<sup>37</sup> Če bi kdo rekel, da korektna uporaba zakona vendar ne more biti vprašanje glasovanja v predstavniškem organu, da je to strokovno pravno vprašanje, potem je na ta (površen) pomislek seveda mogoče takoj odgovoriti, da v anglo-ameriškem sistemu o krivdi tudi glasuje pravzaprav ljudski predstavniški organ, laična porota, ki mora predstavljati »*cross section of the community*«, torej prerez skozi (lokalno) skupnost, v načelu tisto, iz katere obtoženec izhaja.

predstavniški nosilec suverenosti ne sme izdajati konkretnih »zakonov« (*leges in privos datae*).

Na koncu izpade, da je tisto, kar smo rekli za Ustavo, res tudi za zakone. Zakon ni, kot se pogosto domneva, samo manifestacija volje predstavniškega organa, ampak je v bistvu pogodba<sup>38</sup> med državo in ljudstvom. Te pogodbe ni mogoče pisati za nazaj, torej za konkreten primer, ampak jo je mogoče pisati samo za naprej, za situacije, ki jih samo abstraktno predvidevamo in za njih prav tako *in abstracto*, predvidevamo določene posledice<sup>39</sup>

Vloga Ustavnega sodišča v situaciji, ko ugotavlja »odgovornost predsednika republike« za kršenje Ustave oziroma za hujše kršenje zakonov, ki naj bi jo oz. ga zagrešil pri opravljanju svoje funkcije, ni ne popolnoma pravna in ne popolnoma politična. Gotovo, da je pravni vidik zadeve prisoten toliko, kolikor gre za strokovno pravno vprašanje, ali se je bila hujša kršitev v konkretnem zgodila ali ne. Vendar pa je sankcija, na razpolago pa sta dve (ugotovitvena odločba o utemeljenosti obtožbe ali odvzem funkcije), izrazito politične narave. Gre torej za ugotavljanje politične odgovornosti za pravno kršitev, kar med drugim tudi jasno kaže, da Ustavno sodišče ni izključno pravno-strokovni organ, ampak da je najvišji organ sodne *oblasti*, ki se tukaj kaže tudi v politični luči.

Predsednik republike po slovenski Ustavi pravzaprav ni član izvršne veje oblasti, kajti funkcije, našete v 107. členu, so vse več ali manj le protokolarne narave.<sup>40</sup> Šele v

<sup>38</sup> Ne smemo pozabiti, da je angleški Parlament nastal kot opozicija ljudstva nasproti suverenu, kralju – in nikakor ne obratno. Ker danes kralja tudi *de facto* ni več, je njegovo vlogo deloma privzela izvršna veja oblasti ne glede na to, da njena oblast formalno izhaja iz same predstavniške (zakonodajne) veje. Zakona kot »pogodbe« med ljudstvom in suverenom (tudi kot predstavnikom aristokracije) – to se še vedno kaže v tradiciji, da zakone podpisuje predsednik republike (107. člen druga alineja prvega odstavka Ustave) – seveda ne more razlagati in aplicirati niti »ljudstvo« niti »suveren«, ampak nekdo tretji, neodvisno sodstvo. Danes seveda ne govorimo o tej opoziciji med ljudstvom in suverenom, ampak o opoziciji »elit« in preostale družbe. Glej podrobneje Duverger. *SOCIOLOGIE POLITIQUE*, Presses universitaires de France, Paris, 1968, pp. 189–207. Danes gre za to, da je vsak zakon kompromis in pogodba med interesi države in njenega *establishment*a na eni strani in ljudmi na drugi strani. Če ta logika implicira odtujenost državnega interesa in predpostavko, da je država orodje v rokah kapitalnih elit in ekonomske oligarhije, potem se s tako predpostavko strinja tudi vodilni pravni in politični teoretik. Glej Duverger, *idem*.

V naši situaciji je pri zakonu kot pogodbi skladnost volj obeh strank presumirana zato, ker se v predstavniški demokraciji predpostavlja, da je zakonodajni organ v svoji ljudski »predstavniškosti« verodostojen. Predstavniški organ potemtakem »predstavlja« tako interes države kot »ljudstvo«, ki naj bi ga predstavljal v resnici. Gre seveda za to, da je predstavniški organ transmisija od ljudi k državi, zaradi česar je v bistvu politična in pravna dvoživka. V resnici veliko bolj »predstavlja« ljudstvo *vis-à-vis* državi, ne pa državo *vis-à-vis* ljudstvu.

<sup>39</sup> V luči povedanega potem »načelo zakonitosti« ni nič drugega kot golo spoštovanje te pogodbene obveznosti.

<sup>40</sup> "Predsednik republike:

- razpisuje volitve v državni zbor;
  - razglašča zakone;
  - imenuje državne funkcionarje, kadar je to določeno z zakonom;
  - postavlja in odpoklicuje veleposlanike in poslanike republike in sprejema poverilna pisma tujih diplomatskih predstavnikov;
  - izdaja listine o ratifikaciji;
  - odloča o pomilostitvah;
  - podeljuje odlikovanja in častne naslove;
  - opravlja druge zadeve, določene s to Ustavo."
- Člen 107, prvi odstavek.



izrednem (vojnem) stanju se tako zakonodajna kot izvršna funkcija združita, pod določenimi pogoji, v predsedniku republike.<sup>41</sup> V takih situacijah, ko na primer Državni zbor »odloči o uporabi obrambnih sil«, se postavlja (sicer bolj akademsko) vprašanje, ali je taka odločitev lahko predmet presoje Ustavnega sodišča. Glede na določbe 160. člena Ustave, po katerih Ustavno sodišče odloča o abstraktni (ne)skladnosti predpisov z Ustavo, že zaradi tega »vojna napoved« kot konkreten akt<sup>42</sup> ne bi mogla biti predmet ustavnosodne presoje.<sup>43</sup>

S tem pa še daleč ni rečeno, da vojno ali izredno stanje izključuje sodno vejo oblasti. Če bi na primer predsednik republike prekršil Ustavo v vprašanju razglasitve vojnega ali izrednega stanja, oziroma bi sam odločil o uporabi oboroženih sil, bi to definitivno pomenilo ne samo, da je njegova odločitev ustavnopravno nična, ampak da ga je treba klicati na odgovornost (*impeachment*), o kateri bi odločalo Ustavno sodišče.

#### Ad 5. Uravnoveženost izvršne in zakonodajne oblasti

Odnos med izvršno in zakonodajno vejo oblasti bi težko imenovali »kontrola« izvršne nad zakonodajno vejo oblasti. Razlog za to ne tiči v 110. členu Ustave, po katerem so »vlada in posamezni ministri ... odgovorni Državnemu zboru«, ki torej govori samo o kontroli zakonodajne veje nad izvršno.

Oblast je po konvencionalni opredelitvi stvar odločanja v javnih zadevah. To je sicer res, a vedeti je treba, da je odločanje, za razliko od mišljenja, stvar volje, volja pa je pogojena z interesi. Ti interesi se v parlamentu kot zakonodajni veji oblasti izražajo večrazsežno, antagonistično in mnogoplastno: v takih razmerah je (zakonodajno) odločanje največkrat stvar težko pridobljenega kompromisa, ki naj bi razkrival »razmerje sil« v parlamentu. Ta težaven način pridobivanja soglasja je izrazito neprimeren za učinkovito, hitro, specifično in konkretno – operativno odločanje.<sup>44</sup>

---

Opazimo seveda, da razen v tretji alineji ne najdemo nobene zakonske rezerve, kar pomeni da Državni zbor ne more delegirati predsedniku republike nobenih pristojnosti. Pri tem pa iz 102. člena, ki govori o tem, da je predsednik republike »vrhovni poveljnik njenih oboroženih sil«, seveda jasno izhaja, da imamo tu najmanj implicitno zakonsko rezervo v gornjem smislu: poleg tega je jasno, da poveljevanje oboroženim silam predstavlja vrh hierarhične piramide subordinacije, ki je za oborožene sile značilna. To implicira vrsto funkcij, ki daleč presegajo pomembnost vsega, kar je naštet v 107. členu Ustave, vendar le v vojnem stanju.

Eventualen spor med izvršilno vejo oblasti (obrambnim ministrstvom) in predsednikom republike glede vojaških pristojnosti je treba razlagati tudi v luči pristojnosti zakonodajne veje, kateri 92. člen Ustave (drugi odstavek) kot edini daje pristojnost za »uporabo obrambnih sil« države. To v bistvu pomeni, da se funkcija predsednika republike v vlogi vrhovnega poveljnika aktivira šele potem, ko je zakonodajna veja že odločila o »uporabi obrambnih sil«, ker v mirnem času pač ni čemu poveljevati, razen če bi predsednik republike želel sodelovati na manevrih.

<sup>41</sup> »Izredno stanje se razglasi, kadar velika in splošna nevarnost ogroža obstoj države. O razglasitvi vojnega in izrednega stanja, nujnih ukrepov in njihovi odpravi odloča (1) na predlog vlade /izvršilna veja/ (2) državni zbor /zakonodajna veja/. Državni zbor odloči o uporabi obrambnih sil. Kadar se državni zbor ne more sestati, odloča o zadevah iz prvega in drugega odstavka /brez predloga vlade?/ predsednik republike. Odločitev mora dati v potrditev državnemu zboru takoj, ko se ta sestane.« Ustava, člen 92.

<sup>42</sup> Zato 92. člen Ustave ne govori o »zakonu o uporabi oboroženih sil«, ampak enostavno »o uporabi oboroženih sil.«

<sup>43</sup> ... ustavna pritožba zaradi kršitve človekovih pravic in temeljnih svoboščin pa bi tu prišla v poštev samo pod posebnimi pogoji.

<sup>44</sup> Tri veje oblasti bi lahko razvrstili po merilu o tem, koliko ljudi v posamezni zadevi odloča. V zakonodaji jih je (člen 80, prvi odstavek) devetdeset, v sodni veji jih je (razen v bagatelnih zadevah, v



Oblast pa seveda ni samo stvar interesa in volje, kajti tam, kjer ni kolizije interesov, oblastna moč kot pripomoček odločanja sploh ni potrebna. Oblast je torej predvsem moč, s katero se lastna volja vsiljuje drugim.

Če je ta volja na primer izraz vseh prizadetih posameznikov,<sup>45</sup> potem za uveljavljanje te volje moč sploh ni potrebna, saj nikomur ni treba ničesar vsiljevati. Če o določeni stvari odloča veliko posameznikov (zakonodajna veja oblasti), potem je tako pridobljena odločitev v predstavniški demokraciji presumptivno volja večine, ki je vsiljena manjšini: da je to legitimno, je temeljna predpostavka demokratične ureditve, kompenzirana pa je samo z določenimi načelnimi prepovedmi, ki izhajajo iz Ustave in ki jih večini vsiljuje sodna veja oblasti.<sup>46</sup>

Eden od razlogov za delitev pristojnosti med zakonodajno in izvršno vejo oblasti je tudi v tem, da je na abstraktni in načelni ravni politično kompromisno odločanje možno, ni pa možno v operativni »izvršni« sferi oblasti, kjer se je treba pogosto hitro in učinkovito opredeliti do posameznega vprašanja. Taka opredelitev po naravi stvari ne more biti stvar »grupne dinamike«, kakršna prevladuje v zakonodajni in sodni veji oblasti. Iz tega logično izhaja, da mora obstajati sfera oblasti, v kateri je odločanje položeno v roke enega človeka (predsednika vlade, ministra).

Ker je taka koncentracija moči prevelika, ker navaja k zlorabi oblasti,<sup>47</sup> je naravno, da mora vsaka Ustava apostrofirati predvsem kontrolo zakonodajne in sodne oblasti nad izvršno, ne pa obratno.<sup>48</sup> Pri odnosu med izvršno in zakonodajno vejo oblasti ne gre toliko za kontrolo prve nad drugo, kolikor gre za »*balance of power*« – torej za uravnoteženje moči. Ker je očitno, da je koncentracija moči v izvršni veji oblasti že po naravi stvari izrazito nevarna in prej prevelika kakor premajhna, vse Ustave težijo k temu, da bi izvršni veji prirezale krila.

Teoretično izhaja problem prevelike koncentracije moči v izvršni veji oblasti prav iz dejstva, da ta veja v resnici seveda veliko več kot samo »izvršuje«,<sup>49</sup> konkretizira načelne in abstraktne napotke zakonodajne veje oblasti. Ker se konkretizira in v tem smislu izvršuje lahko samo nekaj, kar se ponavlja, pri čemer je abstrakcija izraz

---

katerih sodi sodnik posameznik) najmanj tri in največ (Ustavno sodišče) devet, medtem ko v izvršilni veji pogosto odloča predsednik vlade ali minister sam. Dikcija 110. člena Ustave sicer kaže samo na samostojnost vlade in posameznih ministrov, toda to je očitno redakcijska pomanjkljivost, ker je, če je samostojen minister, *a fortiori* samostojen tudi predsednik vlade, čeprav njegove samostojnosti Ustava ne omenja.

<sup>45</sup> ... za primer bi lahko vzeli referendum, ki bi popolnoma uspel, ali plebiscit.

<sup>46</sup> Člen 14 Ustave na primer prepoveduje diskriminacijo glede na narodnost raso, spol, jezik, vero, politično ali drugo prepričanje, gmotno stanje, rojstvo, izobrazbo, družbeni položaj ali katerokoli drugo osebno okoliščino. Večina torej po teh merilih ne more prevladati nad manjšino, zaradi česar mora sodna veja kontrolirati zakonodajno in izvršno, v kateri bi taka diskriminacija lahko prišla do veljave. Glej podrobneje B. M. Zupančič, *Enakost pred zakonom*, Zbornik znanstvenih razprav pravne fakultete, 1995.

<sup>47</sup> »*Power corrupts: absolute power corrupts absolutely.*« Rek pripisujejo Abrahamu Lincolnu.

<sup>48</sup> Zato ne preseneča, da so ustavne določbe členov 110 do 122, torej določbe, ki govore o izvršni veji oblasti, praktično vse omejujoče narave: vzpostavljajo kontrolo zakonodajne oblasti nad izvršno.

<sup>49</sup> V angleščini uporabljajo izraz »*executive branch*«, pri čemer glagol »*to execute*« pomeni izvršiti, izvrševati.

nepopolne indukcije, temelječe na preteklih empiričnih izkušnjah,<sup>50</sup> te vrste determiniranost konkretnega po abstraktnem možna v znanosti in deloma v pravu – ni pa možna pri ustvarjalnem odločanju, ki vsebuje velik del vladanja.

Če bi izvršna veja ne imela manevrskega prostora v vmesnem prostoru med načelnimi napotki zakonodajne veje oblasti in operativnostjo konkretne odločitve, pravzaprav sploh ne bi mogla vladati. Toda ker je bistvo vladanja prav v tem, je nevarna premoč izvršne veje oblasti nujno zlo tudi v demokraciji, ustavna doktrina pa teži pretežno k temu, da bi to moč omejila. Ugotovitve, ki smo jih navedli pod rubriko kontrole zakonodajne nad izvršno vejo oblasti, torej inverzno kažejo na naravno neravnotežje v moči, ki ga Ustava hoče karseda uravnotežiti.

#### Ad 6. Uravnoteženost izvršne in sodne oblasti

Vse, kar smo zgoraj povedali glede »kontrole« izvršne oblasti nad zakonodajno, se *mutatis mutandis* nanaša tudi na odnos med izvršno in sodno vejo oblasti. Zanimivo je, da slovenska Ustava vladi ne daje nobenih pristojnosti, ko gre za imenovanje sodnikov. Ne bi bilo nepojmljivo, če bi na primer sodnike zakonodajni veji v izvolitev predlagala vlada, ali celo predsednik vlade.<sup>51</sup> »*Nominates*« –, to je, Senatu jih predlaga v izvolitev, ta pa jih razen v redkih primerih tudi potrdi. V resnici pa ni nobenega razloga, da bi v parlamentarnem (za razliko od predsedniškega) sistemu izvršilna veja imela še to moč nad sodno vejo oblasti –, še zlasti, ker za vzpostavitev pravne države neodvisnost sodstva tako pomembna. Po določbi 130. člena Ustave zato »sodnike voli državni zbor na predlog sodnega sveta«, slednji pa je v skladu s 131. členom Ustave kompromisna transmisija moči državnega zbora, predsednika republike (ki ni del izvršne veje oblasti!) in same sodne veje oblasti.<sup>52</sup> Ker je jasno, da predsednik republike ne more v izvolitev predlagati članov, ki bi jih parlamentarna večina ne izvolila, je mogoče reči, da je iniciativa za člane sodnega sveta tu enakomerno razdeljena med predsednika republike in državni svet.<sup>53</sup> V sodnem svetu pa vendarle imajo eksponenti same sodne veje oblasti večino, kar kaže na to, da je intencija Ustave, naj bo sodna veja oblasti marginalno samonikla tudi po personalni genezi.

To je pomembno razumeti, ker bi se ta logika morala smiselno nanašati tudi na tožilstvo, ki ima pobudo pri varstvu zakonitosti v državi in zaradi tega ne more biti po

<sup>50</sup> Paradigmatično je taka situacija na primer pri opredelitvah kaznivih dejanj. Te opredelitve so v večini primerov tako eksaktne, da je mogoče reči, da sodišča samo konkretizirajo voljo zakonodajne veje oblasti, kadar te opredelitve uporabijo v konkretnih kazenskih zadevah: tu je zato smiselno govoriti o načelu zakonitosti.

<sup>51</sup> Za Združene države Amerike je značilno, da (federalne) sodnike »imenuje« predsednik ZDA, kar pomeni, da njegov vpliv traja še dolgo potem, ko sam ni več predsednik. Pri nas zaznamo to prvino predsedniškega sistema v ustavni določbi, po kateri predsednik republike državnemu zboru predlaga v izvolitev pet od šestih članov sodnega sveta ter, po določbi 163. člena, ustavne sodnike.

<sup>52</sup> »Sodni svet sestavlja enajst članov. Pet članov izvoli na predlog predsednika republike državni zbor izmed univerzitetnih profesorjev prava, odvetnikov in drugih pravnikov, šest članov pa izmed sebe izvolijo sodniki, ki trajno opravljajo sodniško funkcijo. Predsednika volijo člani sveta izmed sebe.« Člen 131 Ustave.

<sup>53</sup> Ker je predsednik republike izvoljen na neposrednih volitvah in je pravzaprav v naši ureditvi najbolj neposredno izvoljena politična osebnost, je v načelu malo verjetno, da bi parlamentarna večina ne odražala iste politične usmeritve, kakršno ima tudi predsednik republike. Državni zbor torej omejuje (»*checks*«) predsednikovo pobudo tudi zato, da ne bi prišlo do prevelike koncentracije pobude v eni, pa čeprav neposredno izvoljeni osebi.

svojem nastanku in personalni genezi odvisno od izvršne veje oblasti, nad katero bi moralo imeti kontrolo. Natanko toliko, kolikor je lahko predmet pregona korupcija v izvršni veji oblasti, je neprimerno in proti duhu Ustave, če je tožilstvo podrejeno izvršni veji. Na to kaže tudi 136. člen Ustave, ki državnemu tožilcu prepoveduje, da bi bil funkcionar kakega drugega državnega organa ali član organa kake politične stranke.<sup>54</sup>

Relevantna je razlika pri imenovanju ustavnih sodnikov, ki jih ne predlaga v izvolitev transmissijski organ, kakršen je večinsko strokovni sodni svet, ampak so izvoljeni neposredno na predlog predsednika republike v Državnem zboru. To seveda kaže, da je ustavno sodišče del politične oblasti, kar je naravno, če pomislimo, da je presoja ustavnosti v ustavnosodnem postopku vsaj toliko vrednostno, kolikor je strokovno pravno vprašanje.

Povedano sproža globlje vprašanje o naravi Ustave kot konstitutivnega državnega – in ne le pozitivnopravnega akta. Ustava je vir pozitivnega prava, zato so njene norme preskriptivne in ne instrumentalne narave.<sup>55</sup> Razlika med preskriptivno in instrumentalno normo je v tem, da je instrumentalna norma »instrument« za doseganje določenega, predpisanega (»preskribiranega«) cilja. Instrumentalna norma je na primer lahko predmet teleološke razlage prav v odnosu na preskriptivno normo, medtem ko preskriptivne norme, ki ta namen »predpisuje«, ni mogoče razlagati v odnosu na višjo (»še bolj preskriptivno«) normo.<sup>56</sup> Kadar je treba razlagati Ustavo, v samem pravnem redu seveda ni višjih preskriptivnih norm, glede katere bi bilo ustavne norme mogoče instrumentalno razlagati. Hierarhija se, globalno gledano, pri Ustavi neha in tak je tudi namen Ustave. Če ima pojem »temeljne norme« (Kelsnova »Grundnorme«) danes še kakšen pomen, potem ima gotovo prav tega.

Ustavnim sodiščem tako pogosto ne preostane drugega, kakor da ustavne določbe razlagajo teleološko, torej v luči namena, ki naj bi jih posamezna določba imela, za kar pa pogosto nimajo drugega kot sklicevanje na državotvorni, metajuridični namen Ustave.<sup>57</sup> Natanko toliko, kolikor je to res in kolikor se sodniki ustavnega sodišča

---

<sup>54</sup> Znano je, kakšni problemi nastajajo v ameriškem sistemu zaradi tega, ker je "attorney general" imenovan od predsednika ZDA in je obenem minister za pravosodje. V vsaki situaciji, v kateri je predmet pregona »executive branch« in je neodvisnost tožilca postavljena pod vprašaj, mora nastati *ad hoc* političen pritisk v Kongresu zato, da predsednik imenuje posebnega tožilca "special prosecutor". Taka je bila situacija v zadevi "Watergate", kjer je bil šele v zadnji fazi predsednik Nixon prisiljen imenovati takega posebnega tožilca, profesorja harvardske pravne fakultete, Archibalda Coxa. Šele to je zadevo privedlo h koncu.

<sup>55</sup> To je relativna trditev, ker so seveda tudi v Ustavi nekatere norme »adjektivne«, procesne itd. – ter v tem smislu »instrumentalne« narave. Toda to med drugim kaže, da tudi v Ustavi obstaja določena hierarhija, in to ne samo v spektru od instrumentalnosti do preskriptivnosti. Preambula, na primer, je izrazito preskriptivna in pomeni teleološki temelj za razlago Ustave. Prej omenjene določbe iz 131. člena o sodnem svetu so sicer kategorične, vendar je očitno, da so instrumentalne v luči »delitve oblasti«: postulat delitve oblasti (iz 2. odstavka 3. člena) je torej v odnosu do teh in mnogih drugih določb preskriptiven.

<sup>56</sup> To trditev moramo takoj modificirati toliko, kolikor je vsaka norma v hierarhičnem redu od ustave do uredbe navzgor instrumentalna in navzdol preskriptivna: distinkcija torej nikakor ni absolutna.

<sup>57</sup> Stvari seveda niso tako zelo enostavne, čeprav bi si laik morda predstavljal, da hibridni pravnopolitičen organ, kakršno je Ustavno sodišče, ves čas hodi po robu tistega, kar v angloameriški ustavni doktrini imenujejo »judicial activism«. Ker skoraj nobena ustavna določba ni ne nastala in ne obstaja v pravnem ali vrednostnem vakuumu, je vsako mogoče in treba razlagati v kompleksnem sklopu vsega političnega, ustavnega in pravnega sistema. Pri tem je celota vedno nekaj več kot zgolj vsota delov.

kake države te svoje funkcije zavedajo, so torej oni sami instrument ustave.<sup>58</sup> Iz tega bi logično sledilo, da bi moral Državni zbor ustavne sodnike voliti na način, ki bi bil identičen tistemu, na katerega izglasuje Ustavo: z dvotretjinsko večino. Določba 163. člena Ustave pa, ki pravi, da ustavne sodnike voli Državni zbor na način, ki ga določa zakon, pri tem gotovo ni imela v mislih kvalificirane večine, ker bi bila ta sicer gotovo omenjena v Ustavi, saj bi bila to ustavna materija *par excellence*. Če je sestava Ustavnega sodišča personalni odsev same Ustave, pa zoper zahtevo po dvotretjinski večini pri izvolitvi ustavnih sodnikov govori logika, po kateri je Ustava sicer konstitutivni akt, vendar je njen namen ravno nasproten majorizaciji, prevladi večine nad manjšino.

Kar zadeva odnos med rednim sodstvom in izvršno oblastjo, se ta manifestira v glavnem preko odnosa med ministrstvom za pravosodje na eni ter sodišči na drugi strani. To podrobneje ureja zakon o sodiščih, ki pa ministru za pravosodje ne bi smel dajati nobenih pristojnosti glede, na primer, imenovanja predsednikov sodišč in podobno, sprejemljivo pa je, če izvršna veja ureja administrativne zadeve za sodstvo, skrbi za njegovo financiranje, infrastrukturo, skratka, v načelu za vse, kar ne prizadeva neodvisnosti sodnikov in nepristranskosti sojenja. Prav kakor je v našem sistemu sporno, da bi bil minister za pravosodje obenem tudi državni tožilec, je tudi nesprejemljivo, da bi imel kakršnekoli ingerence nad sodstvom.

\* \* \*

Kot smo videli, je Ustava v velikem delu posvečena odnosom med posameznimi vejami oblasti, predvsem pa kontroli nad izvršno vejo kot najnevarnejšo, prosto po Bickelu, nosilko »dejanske« moči. Stabilnost države je odvisna od modre, transparentne in poštene uporabe državne moči. Beseda »korupcija« izhaja iz latinskega glagola »corrumpo«, ki ima konotacijo razbijanja: zloraba oblasti seveda v zadnji konsekvenci ni nič drugega kot razbijanje države. V današnjem času, bolj kot kadarkoli prej, je stabilnost družbe, njenega gospodarstva, politike itd. odvisna od verodostojnosti državnih vzpostavitev, torej navsezadnje od prvotne ustavnosti, ne le od drugotne pravnosti države.

---

<sup>58</sup> Tradicija ustavnega sodstva pozna dve skrajnosti, ki sta v zadnjem času sicer zabrisani, ostajata pa »v knjigah« in še vedno delujeta. Ameriški sodnik Black je na primer zagovarjal skrajno različico gramatikalne, dobesedne razlage Ustave, medtem ko sodnik Frankfurter v nekem primeru (*Wolf v. Colorado*), ko je policija osumljenca pripravila k bruhanju, da bi od njega dobila dve kapsuli mamila, ki ga je bil pogoltnil, dejal, da to »pretrese človekovo vest« – »it shocks the conscience«. Ta sintagma v ameriškem ustavnem pravu figurira kot simbol najbolj svobodnega pristopa k razlagi ustavnih norm. Po njej se sodišče ni nikoli odkrito ravnalo oziroma je take vrste presojo vedno skrbno prekrivalo s plastmi *ex post facto* racionalizacij. Primerjaj ECHR primera *Jalloh v. Germany*, apl. # 54810/00 in kasneje *Gäfgen v. Germany*, apl. # 22978/05, oboje na portalu [http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/Hof.nsf/Hof+doc/\\$Searchform?SearchView](http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/Hof.nsf/Hof+doc/$Searchform?SearchView), ki deluje bolj kot ECHR-Hudoc. Glej ločeno mnenje v OWLETS OF MINERVA, *Jalloh v. Germany* [GC], no. 54810/00, ECHR 2006-IX, str. 198 et seq. (Knjigo je v pdf-različici možno pridobiti od avtorja!) *Gäfgen v. Germany* je čista analogija primeru *Brewer v. Williams*, glej prevod v USTAVNO KAZENSKO PROCESNO PRAVO.

## Epilog

Kar zadeva strokovna besedila, da o ostalih ne govorimo, je čas tisti, ki prinese zadostno kritično distanco. Izvorno besedilo tega članka je bil objavljeno leta 1994 v *Sodobnosti*<sup>59</sup>, to je, v času ko sem bil še ustavni sodnik in ko se je še dalo verjeti v prihodnost slovenske državnosti. Minilo pa je teh osemnajst let. Medtem naj bi vladavina prava v Republiki Sloveniji prebolela norice in druge otroške bolezni. Kot zadnja slamica na kamelin hrbet, preden se zlomi na dvoje, pa se je zgodil primer *Vaskrsiće*—izvršba na hišo za 124 €—eksponirali so se nekateri vodilni pravniki. Nihče pa ni šel vnaprej pogledat, kaj pravi o tem ECHR.<sup>60</sup> Vemo, da je herpes zoster silno nevarna zadeva, je pa posledek v otroštvu prebolelih noric. Virus ostane v sistemu in se kasneje ob padcu imunskega sistema zbudi, postane dejaven.

---

<sup>59</sup> Glej <http://www.dlib.si/details/URN:NBN:SI:DOC-3ONJPVVV/?query=%27contributor%3dZupan%C4%8Di%C4%8D%2c+Bo%C5%A1tjan+M.%27&pageSize=25> (13.4.12)

<sup>60</sup> CASE OF ZEHENTNER V. AUSTRIA (*Application no. 20082/02*), 16 July 2009, na [wikilegia.com/wiki/images/b/bd/Case\\_of\\_Zehentner\\_vs\\_Austria.doc](http://wikilegia.com/wiki/images/b/bd/Case_of_Zehentner_vs_Austria.doc) (13.4.12)

## Abstract

The text is an edited version of an older one—when the author had been a constitutional court judge—dealing with the basics of the checks and balances doctrine in constitutional law. The perspective, however, is here slightly changed in as much the author rejects the positivist view. Essentially, he maintains the whole positivist legal order to be subject to subversion and is chronically insufficient to be a surrogate of true Equity. Iavolenus is cited to the effect that such an order may be, and constantly, is, subverted.

Reversal is made to the »sense of justice« with the metaphysical reference to Jacques Maritain and his PREFACE TO METAPHYSICS ( at <http://archive.org/details/prefacetometaphy032363mbp> ) a re-apraisal of the ancient dilemma of philosopher-king. The position of *spoudaios*, as with Aristotle and Plotinus, is postulated as a solution.

## Izveček

Besedilo je posodobljena različica starejšega teksta, v katerem je pisec, čeprav nikoli pozitivist, s stališča Ustave razčlenjeval doktrino zavor in ravnovesij. V novem tekstu je obrnil zorišče ter iz metafizičnega zornega kota motri pomen stare Iavolenove formule *In iure omnis definitio periculosa, parum est enim ut non subverti possit*. Iz drugih avtorjevih del izhaja podmena, da se ta subverzija zdaj—bolj kot kdajkoli prej—res dogaja. Kot rešitev postulira preseganje dileme kralja-filozofa in pri tem navaja ključni pomen Maritainovega *Uvoda v metafiziko* (<http://archive.org/details/prefacetometaphy032363mbp>) kot edinega možnega odgovora Juvenalu in njegovi iz Platona napak izvedeni enigmati *Quis custodiet ipsos custodes?*

## Ključne besede

Zavore in ravnovesja, ustavno pravo, ustava, občutek za pravičnost, *spoudaios*, metafizika.