



*Boštjan M. Zupančič*¹

KONTROLA IN RAVNOTEŽJE V DRŽAVI

Delitev oblasti

Čeprav je v ustavni demokraciji in pravni državi oblast po naravi stvari, *necessitatae naturae*, deljena, pa ideja o tem, da naj bi bila oblast »deljena« – na zakonodajno, izvršno in sodno – ni imanentna samemu pojmu »oblasti«²: konec koncev je katerakoli od treh vej oblasti toliko manj sploh »oblast«, kolikor jo v njeni oblastvenosti preostali dve veji omejujeta. Deloma zavaja že napačen prevod sintagme »*separation of powers*«, torej »ločitve /posameznih/ moči«, tistih, ki oblast sestavljajo: zato bi bilo primerneje govoriti, namesto o oblasti, o »moči«. Pojem »delitve oblasti« je namreč prišel v kontinentalno teorijo o državi s pomočjo razsvetljenstva, iz angleške tradicije, tam pa ne govorijo o delitvi oblasti, temveč o »razdružitvi moči« –, »*separation of powers*«. Takoj na začetku je treba tudi pripomniti, da »delitev oblasti« ni enoznačen pojem. »Delitev oblasti« je kot pojem samo vrh ledene gore, pod katerim se skriva na desetine ustavnopravnih doktrin: ena od krovnih doktrin je na primer doktrina »kontrolne in ravnotežja« – med posameznimi vejami oblasti.³ Ker seveda ne gre samo za statično »delitev« oblasti, temveč gre za dinamično kontroliranje ene veje oblasti po drugih dveh vejah oblasti, obstaja v razvitih ustavnopravnih sistemih na tisoče precedenčnih primerov o tem, kako ena veja oblasti kontrolira drugi dve veji oblasti. Primer »Watergate«, v katerem je sodna veja oblasti presojala vprašanje, kako daleč sega »predsedniški privilegij«⁴ izvršne veje oblasti, z drugo besedo, kaj je predsednik Nixon smel in česa ni smel

¹ Boštjan M. Zupančič, dipl. iur. (Lab.), LL.M. (Harv.), S. J. D. (Harv.), redni univerzitetni profesor kazenskega materialnega in procesnega prava ter pravne filozofije, sodnik ustavnega sodišča Republike Slovenije

² Trditev, da naj ideja o delitvi oblasti ne bila imanentna sami oblasti, pa moramo takoj dopolniti z ugotovitvijo, da je to, kar so v prejšnjem sistemu imenovali »enotnost oblasti«, zelo blizu tega, kar sicer imenujemo »diktatura«, »tiranija«, »samodržstvo« itd. Ker v državnem sistemu, ki ima ustavo, ustava predpisuje temeljna pravila politične in oblastvene igre, je naravno, da je ne more razlagati tisti, ki naj bi ga ta ustava – skozi ta pravila – omejevala. Tako smo na primer že v prejšnjem sistemu imeli zvezno in republiška ustavna sodišča, ki so vsaj nominalno omejevala zakonodajalca in izvršno oblast, ki tako le ni bila povsem »enotna«.

³ »*Checks and balances*« v ameriškem ustavnem pravu: kot bomo videli, gre za značilno ameriško antiteoretično oznako, ki seveda ni samo nominalen privesek ustave, ampak je vgrajena v samo bistvo ustavnega reda vsake države, saj že sam obstoj ustave diktira, da je ne razlaga tisti (zakonodajna veja oblasti, izvršna veja oblasti), ki ga ustava v njegovih pristojnostih – omejuje.

⁴ »*Presidential privilege*«, glej podrobneje istoimensko delo, vodilno na tem področju, katerega avtor je Raoul Burger. V ameriškem pravu označujejo z besedo »*privilege*« na primer odnos med odvetnikom in klientom oz. zdravnikom in pacientom: »*attorney-client privilege*«, »*doctor-patient privilege*«. Informacije iz teh zaupnih odnosov so »*privileged information*«, »*presidential privilege*« pa se nanaša na pravico predsednika v predsedniškem sistemu, da kot zaupne obravnava nekatere informacije, ki izhajajo iz njegovega, pooblaščenega delokroga.

prikriti kot šef izvršne veje oblasti, ponazarja enega takih precedenčnih primerov. Ker gre za kompleksen sistem zavzetih ustavnopravnih stališč, ki vsa izhajajo iz konkretnih situacij, je zavajajoče govoriti o »delitvi oblasti« tudi kot eno-značnem in eno-stavnem pojmu, še zlasti ker tu ne gre za kak izmišljen formalistični pravni koncept, ampak za nekaj, kar je vgrajeno v samo bistvo ustavne demokracije.

Ce se najprej lotimo z »naravnopravnega« vidika delitve oblasti, takoj opazimo, da bi do delitve moralo priti tudi, če sama sintagma »oblast je deljena« sploh ne bi bila omenjena v Ustavi.⁵ Celo več, če v Ustavi ne bi našli nobenega elementa »kontrole in ravnotežij« – 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 *vira* (ne zgolj temelja!) vsega, kar se političnega in pravnega v državi dogaja, logično vseboval predpostavko, da bo to 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.

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 je na primer morala vsaka smrtna obsodba v avstro-ogrskem imperiju, da jo je potrdila oziroma spremenila.⁶

Koncept »delitve oblasti« pa je bil vsebovan že petsto petdeset let prej v Magni Carti, s katero si je angleško plemstvo zagotovilo, da bo davke predpisovala samo zakonodajna sfera oblasti (*Parliament*) in da bo sodna veja oblasti, neodvisno od kralja, imela moč »*habeas corpus ad subjiciendum*«, skratka, da kralj ni mogel neomejeno posegati v sojenje konkretni osebi.

Prej kot karkoli drugega je treba doumeti, da Ustava ni samo dokument oziroma papir. Ustava je glavna os državnosti, tista družbena pogodba v najširšem smislu te besede, ki preprečuje državljansko vojno. Ker so v vsako družbo vgrajeni konfliktni interesi različnih slojev oziroma je konfliktnost teh slojev posledica teh nezdružljivih interesov, je za vsako družbo naravno, da mora iskati ravnotežje in kompromis, ki bo omogočil koeksistenco teh slojev: absolutna prevlada enega sloja nad drugim, ki bi se kazala na primer v absolutnosti kraljeve oblasti, danes ne zagotavlja več trajnosti neke družbene ureditve in naravno teži k revoluciji, uporu in državljanski vojni. Ker je očitno, da tak izid ni v interesu nobenega od družbenih razredov, pride do pogajanj med njimi. Rezultat teh pogajanj je družbena pogodba, ki je danes že tako standardizirana kot paradigmatična ustava kake zahodne demokracije, da smo pozabili, kakšna je prava narava tega temeljnega pravnega akta vsake države.⁷

⁵ Člen 3, drugi odstavek Ustave Republike Slovenije: v nadaljevanju »Ustava«.

⁶ 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, uporabljena benevolentno. Toda ne smemo pozabiti, da je njen minister Sonnenfeld potreboval dolga 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.

⁷ To, kar se zdaj dogaja v preostanku bivše Jugoslavije, je nazoren primer prvinskosti ustavotvornega procesa. Po koncu državljanske vojne med Srbi, Bosanci in Hrvati bo sprejet političen kompromis, kakršen je že zdaj del vsakega poskušaneega mirovnega načrta. Ta kompromis med posameznimi etničnimi skupinami

Ker ustava potemtakem dobesedno vzpostavlja, taka pa je tudi etimologija besede »*Constitutio*»⁸, 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 najbližje, ponavadi najteže zaznati, je sicer logično, da Ustavo doživljamo kot naravno danost in da se ne zavedamo njene usodne državotvorne prvinske. Vedno pa se je zato dobro vprašati, kaj bi bilo, če ne bi bilo ustave. 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 tudi dokument sam jemati lahkotno. To je vse tudi stvar državne tradicije, zgodovinske 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 vzpostavitevnihih 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 določen organ⁹, pri čemer pa morajo samo ustavo *apriori* upoštevati tudi vsi nosilci politične in dejanske oblasti v državi.

na spornih območjih bivše Jugoslavije, bo, če bo državljanske vojne nekoč konec, našel svojo temeljno pogodbeno artikulacijo v ustavi, ki bodo očiten nasledek ravnotežja vojaške in drugih moči. Take ustave bodo sprejete, da bi se izognili ponovnemu izbruhu državljanskih spopadov; to tudi pomeni, da bi kršenje teh ustav pomenilo ponoven spopad.

Lahko bi tudi rekli, da do spopadov zdaj prihaja zato, ker se sprte strani niso zmožne pogoditi, skleniti ustavotvornega političnega kompromisa. Vztrajajo vsaka pri svoji hipotezi o svoji vojaški (pre)moči, zaradi česar na koncu ne preostane nič drugega kot to, da se te medsebojno nezdružljive hipoteze faktično in eksperimentalno preverjajo – v vojni.

Grobo rečeno, za omenjeno situacijo torej značilna regresija na predustavno stanje »državljanske vojne«, katere mora biti konec takrat, ko bosta sprti strani ugotovili, da popolna zmaga ene strani nad drugo sploh ni mogoča in da torej morata skleniti kompromis, kajti sicer bi se enostavno uničili do konca. In prav to je paradigmatična ustavotvorna situacija: *ex factis jus oritur*, pravo izvira iz dejstev; je nasledek ugotovitve, da medsebojno uničenje nima nobenega smisla. Ta situacija v svoji elementarnosti ni prav nič različna od tiste, iz katere je zrasla Magna Carta leta 1215, le da so bili Angleži tedaj (in večkrat kasneje) dovolj pametni, da ravnotežja posameznih frakcij v potencialni državljanski vojni niso šli »eksperimentalno« preverjati – kot to počno bolj strastni in manj racionalni balkanski narodi.

⁸ *Constituere*, lat. vzpostaviti: dobeseden prevod besede »*constitutio*« bi bil »vzpostavitev«, torej prej »vzpostava« kot »ustava«: podobnost med obema slovenskima besedama je torej očitna.

⁹ Ni nujno, da bi bil ta »organ« ravno Ustavno sodišče, je pa nujno, da je to neodvisen organ, ki ni ne del zakonodajne in ne izvršilne oblasti. Iz tega izhaja, da mora biti del sodne oblasti, ki ni vezana na političen proces (zakonodaja) in ki nima pred sabo tistih operativno oblastvenih skušnjav dejanske oblasti, ki je značilna za izvršilno vejo. V resnici bi bilo bolje, če bi namesto ustavnega sodišča pristojnosti iz 160. člena Ustave imelo Vrhovno sodišče, kar je primer v ZDA – tim. »*unified jurisdiction*«. Če so pristojnosti Ustavnega sodišča ločene od siceršnjih sodnih pristojnosti, potem so nujno ločene po razmejitvi med abstraktnim in konkretnim pravnim aktom. Pristojnost abstraktne skladnosti z Ustavo pripada Ustavnemu sodišču, presoja konkretnih primerov pa rednemu sodstvu in na koncu Vrhovnemu sodišču: izjema je samo situacija pri ustavnih pritožbah (6. alineja 160. člena). Ker je sama ločitev med abstraktnim in konkretnim pravnim aktom utemeljena v kartezijskem mitu o razliki med abstraktnim in konkretnim, ta mit pa temelji na predpostavki, da je abstrakcija nekakšen *objektiven* destilat konkretnosti in ne teleološki konstrukt, ki ločuje »bistveno« od »nebistvenega« po subjektivnih kriterijih tistega, ki to počne, prihaja pri razmejitvi med abstraktnim in konkretnim pravnim aktom do povsem arteficialnih zapletov, ko postane vprašanje, ali je na primer »zazidalni načrt« ali kak izvedbeni predpis občine o vodovodni napeljavi »abstrakten predpis«. Kakor da ne bi bilo mogoče *ad hoc* izdajati abstraktnega prepisa za to, da bi se uredila ena sama konkretna zadeva. In seveda obratno – s čimer se izdajatelj takega akta, na primer občinska skupščina, lahko izogne presoji Ustavnega sodišča. O naravi abstrakcije glej podrobneje Zupančič, PRAVO IN PRAV, poglavje »Iz presežka«, Ljubljana, Cankarjeva založba 1990.

Ustava je samo papir in seveda je ni težko prekršiti. Vendar je prav v tem razlika med civilizirano zahodno demokracijo na eni strani 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 loči vse vrste »banana republik« na eni ter urejene države na drugi strani.

I.

Nasprotovanje ene veje oblasti drugi nam dá šest oblik kontrole in šest oblik ravnotežij.¹⁰

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

Kontrola zakonodajne nad sodno oblastjo je po svoji naravi utemeljena prav v razlikovanju med abstraktnim in konkretnim. Zakonodajna oblast producira abstraktne pravne akte (izjemoma tudi konkretne), ki v določeni pravni sferi urejanja nekaj zapovedujejo, prepovedujejo ali dajejo določena pooblastila, sodna oblast pa naj bi te zvečine zakonske pravne akte potem v konkretnih sporih konkretno razlagala in uporabila.¹¹ Ideja, ki stoji za tako delitvijo dela med zakonodajno in drugima dvema vejama oblasti, je torej filozofsko utemeljena na razlikovanju med abstraktnim in konkretnim. Predpostavka 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 ni vnaprej natanko opredeljeno. To opredeljenost tistega, ki abstraktno zakonsko formulo uporablja za konkreten primer, pojmuje kot »načelo zakonitosti«, v kazenskem pravu pa, ki temu najdosledneje sledi, kot kategorični imperativ, zapisan tudi v ustavo, da mora zakon (*lex certa*) vnaprej

¹⁰ 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«.

¹¹ V svojem 87. členu Ustava govori o »zakonski pristojnosti državnega zbora« (marginalna rubrika): »Pravice in obveznosti državljanov ter drugih oseb lahko državni zbor določa samo z zakonom.« To seveda pomeni, ker je zakon abstrakten pravni akt, da ima zakonodajna veja oblasti možnost producirati pravo. Pravo je po svoji naravi, zakon pa je njegova glavna oblika, splošno, enotno, udejanljivo in dosledno uporabljeno. S tem državni zbor dobesedno predpisuje vsem državljanom sploh, sodni (pa tudi izvršilni veji) pa še posebej, kaj smeta, kaj morata in česa ne smeta. Gramatikalni poudarek in smiselna poanta gornje določbe pa je drugje, ker določba med drugim prepoveduje državnemu zboru, da bi na konkreten način urejal »pravice in obveznosti državljanov«. Ustava torej prepoveduje leges in privos datae, namreč »zakone«, s katerimi bi posamičnemu državljanu na primer bilo dano državljanstvo ali, kar je bolj relevantno, parlamentarna komisija iz 93. člena ne sme izdajati konkretnih odločb v konkretnih zadevah. (Glej Zakon o parlamentarni preiskavi ter poslovnik o parlamentarni preiskavi, Ur. l. RS 63/93, št. 2285 in 2286.)

določati, kaj je kaznivo: *nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia*, kot je to formuliral Anselm Feuerbach.

Toda te vrste »zakonitost« je, paradoksalno, mogoča šele, ko iz konkretizirajoče pravne in sodne prakse empirično izide določna opredelitev določene situacije, na primer »kaznivega dejanja«, ko je torej izpeljan normalni gnoseološko-fenomenološki postopek od posebnega k splošnemu in nazaj k posamičnemu. Natanko tako 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.

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 abstraktno 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 zato, 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 aprobira tako produkcijo zakonov, je praktično jasno, da si je izvršna veja v modernih demokracijah uzurpirala velik del zakonodajne oblasti tudi zato, ker so stvari postale preveč zapletene, da bi jih urejalo eratično in politično po definiciji 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 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 nehotе 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 zaplete samo še pred ustavnimi sodišči.

Jasno je, da bo zakonodajna veja toliko bolj predmet manipulacije izvršne zakonodajne iniciative, kolikor bolj prava neuki in naivni so 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 strokovnjaki v izvršni veji oblasti. To je med drugim eden ključnih problemov »tranzicije« od komunizma h kapitalizmu, zaradi česar se pravni problemi politizirajo in s tem destabilizira država.

Poseben problem je vprašanje, kako zakonodajna veja obvladuje sodno vejo oblasti. Vemo, da ideja o popolnem primatu zakonodajne veje oblasti izhaja iz razsvetljskega (Montesquieu) zgledovanja po angleški tradiciji in je obenem reakcija na arbitrarnost francoske aristokratske justice. To je pripomoglo k absurdni koncepciji, po kateri naj bi se sodna veja oblasti ne smela posluževati lastnih odločitev («sodne prakse») kot pravnega vira, kar v bistvu pomeni, da naj bi se vzdrževala pravna praznina med popolno abstraktnostjo in splošnostjo zakona na eni strani ter konkretno sodno odločbo na drugi strani. To bi bilo smiselno samo, če bi imel zakonodajalec v resnici vsevedno moč in bi lahko *in abstracto* predvidel vse dejanske splette dogodkov in okoliščin, na katere se bo njegova abstraktna zakonska norma nanašala. Funkcionalno govorjeno je torej največja omejenost rednega sodstva v tem, da mora ta prepad med abstraktnim in konkretnim vzdrževati nezapolnjen in nepremoščen, da mora vztrajati v tej pravni praznini in da mora delovati, kakor da je povsem brez spomina, torej kot sistem, ki je brez zavesti in se ne more učiti iz lastnih izkušenj. Prepovedano mu je ustvarjanje lastne judikature, če bi tudi le dopolnjevala abstraktne norme, ki jih producira zakonodajalec.

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.¹²

Problem, skratka, širše povedano, ni v premajhni podrejenosti sodstva zakonodajni oblasti, ampak nasprotno v njegovi subjektivni nesuverenosti. Zakonodajna veja sicer producira abstraktne norme, vendar v glavnem na iniciativo izvršne veje oblasti. To je sicer v skladu z Ustavo¹³ in je eno od ravnovesij, tu med izvršno in zakonodajno vejo oblasti. Toda danes je popolnoma jasno, da moderni parlamenti svoje zakonodajne funkcije ne obvladajo in da delujejo v glavnem kot štampljka izvršne veje oblasti, katere pobude parlament v glavnem brez problemov ratificira. Prihaja torej tudi na zakonodajnem področju do izrazite prevlade izvršne veje oblasti, kar je nevarno in škodljivo.

Ad 2. Uravnoteženost 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 vlade¹⁴ lahko izvoljen samo

¹² 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 veje oblasti in da je nosilec suverenosti, ki izhaja iz ljudstva. Problem je seveda v tem, da se sodstvo tega premalo zaveda in da s tem prepušča dominantnost drugima dvema vejama oblasti. To je po našem mnenju za stabilnost države izrazito škodljivo.

¹³ »Zakone lahko predlaga vlada . . .«, člen 88.

¹⁴ Predsednika vlade voli Državni zbor z večino glasov vseh poslancev . . .« Člen 111 Ustave.

kandidat, ki ima v Državnem zboru večinsko podporo. Isto velja za člane vlade, torej za ministre.¹⁵ V tem smislu zakonodajna veja ne le nadzoruje ampak dobesedno ustvarja izvršno vejo oblasti, saj funkcija predsednika vlade preneha ex lege po 115.členu, »ko se po volitvah sestane nov Državni zbor«. Pred tem lahko vlada pade že na pobudo desetih poslancev, če večina vseh poslancev izvoli novega predsednika vlade.¹⁶ Kontrola zakonodajne oblasti nad izvršno se torej na prvi pogled zdi vsemogočna, še zlasti, ker ima poleg vseh nezaupnic zakonodajna veja možnost sprožiti obtožbo (impeachment) zoper predsednika vlade ali ministre pred Ustavnim sodiščem, če misli, da so pri opravljanju funkcij kršili Ustavo in zakone.¹⁷ Toda ravno to dejstvo, da namreč etablirana 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 in ravnovesje med obema. Nenadoma najdemo obe veji skupaj na isti strani tehtnice, prihaja do konspiracije med parlamentarno večino in vlado kot njenim eksponentom, začne se dogajati tim. »koalicijska diktatura«. Tu je potem, vsaj do naslednjih volitev, zadnji varnostni ventil sodna veja, točneje, Ustavno sodišče, zaradi česar je še toliko bolj bistveno, saj je samo nasproti obema drugima vejama, da je absolutno zagotovljena njegova neodvisnost –, s tem pa koalicijska nadvlada omejena vsaj v pravnih okvirih Ustave.

Glavni sestavni del izvršne oblasti je seveda uprava, katere organizacijo, pristojnosti in način imenovanja njenih funkcionarjev ima v pristojnosti zakonodajna veja oblasti.¹⁸ Ustavno-teoretično uprava »konkretizira« zakonodajne smernice in udejanja, in je avtorizirana da implementira zakonodajne zapovedi in prepovedi. Toda to je seveda »nedeterminirana konkretizacija«, ki daje državnemu upravi nevarno široke pristojnosti. Te v veliko večji meri vplivajo na usodo in vsakdanje življenje ljudi kot na primer sodne odločitve. Uprava je pehota oblasti in česar pehota ne osvoji ter zavzame, tisto ni okupirano. Hipertrofija oblasti v modernih državnih sistemih se torej kaže prav v birokratizaciji vsakdanjega življenja in v upravnem vmešavanju ter v omejevanju svobode –, kar ima tudi v razvitih državah, kakršne so na primer Združene države Amerike, nesluteno in neizmerljivo zaviralne posledice na organsko solidarnost v družbi ter s tem na ustvarjalnost in zasebno svobodo (ter pobudo!) posameznika. V kapitalistični ureditvi pa je vendar treba poudariti, da je upravna kontrola na kapilarni ravni glavna obrambna linija javnega interesa, na primer v ekološkem smislu ali v smislu varstva potrošnika, zoper podivjani zasebni interes.¹⁹ To je funkcija državne uprave kot imunskega sistema za borbo zoper

¹⁵ Prvi odstavek 112. člena Ustave: »Ministre imenuje in razrešuje Državni zbor na predlog predsednika vlade.«

¹⁶ »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...«

¹⁷ »Predsednika vlade ali ministre lahko državni zbor pred Ustavnim sodiščem obtoži kršitve ustave in zakonov, storjene pri opravljanju njihovih funkcij.« Člen 119 Ustave.

¹⁸ »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.

¹⁹ Legendarni Ralph Nader, odvetnik, ki je pričel z »varstvom potrošnika«, Federal Drug Administration (FDA), Environmental Protection Agency (EPA) in tako dalje, so razviti primeri take izrazito pozitivne funkcije upravnega aspekta države. Kot je nek politik nekoč vzkliznil: »Meni je potrebna velika in močna država, da me ubrani pred majhnimi državami!« – torej pred zasebnimi interesi, ki delujejo kot države v državi.

nekontrolirano zasebno pobudo, ki jo postkomunistične države šele počasi uvajajo in na katero njihovi upravni sistemi še niso docela prilagojeni.

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 sprožiti upravni spor pred sodiščem.²⁰ 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 jih energično uporabljali.

Ad 3. Uravnoteženost sodne in zakonodajne oblasti

Na prvi pogled se morda zdi celo nelogično, da bi imela sodna veja oblasti kontrolo nad zakonodajno vejo oblasti. Vse moderne ustave so koncipirane tako, da je zakonodajna veja oblasti investirana 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 proces, v katerem se nekaj arbitrarnega spreminja v nekaj nearbitrarnega samo zato, ker ga ta zakonodajni proces »suverenizacije« spreminja v originarni pravni vir. Ker zakonodajna veja oblasti voli sodnike in vlado, je tudi personalni substrat sodne in izvršne veje oblasti po svojem izvoru v zakonodajni veji oblasti. To je naravno in logično, ker se 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.²¹ V bistvu je torej Ustava tista, ki edina pravno omejuje

²⁰ »Proti 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. l. RS, 15/94).

²¹ 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 na referendumu, tako 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.

zakonodajno vejo oblasti in v načelu torej vsa kontrolna pooblastila sodstva nad zakonodajo izhajajo neposredno iz Ustave – in samo toliko tudi zoper zakon, kot manifestacijo zakonodajne oblasti.

Suverenost zakonodajne veje oblasti torej ni omejena v prostoru, pač pa 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 obljuba zakonodajne veje oblasti ljudstvu, je konstitutivna vez med ljudstvom in njenim predstavništvom. To vez vzpostavi konstituenta, to je ustavodajni zbor, skupščina, in na to »družbeno pogodbo« so vezane vse zakonodajne naslednice konstituante.²²

Ker je nad suverenostjo zakonodajne veje oblasti 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 mrtev papir, 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;²³
3. alineja: Ustavno sodišče odloča o skladnosti podzakonskih predpisov z Ustavo;²⁴
7. alineja: Ustavno sodišče odloča o sporih glede pristojnosti med državo in lokalnimi skupnostmi (in med samimi lokalnimi skupnostmi);²⁵

²² 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 pomisljivo, 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 fantastičnih 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« predstavniške demokracije ni nekaj, kar bi bilo nujno.

²³ 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.

²⁴ ... toliko seveda, kolikor te izvedbene predpise izdaje Državni zbor; kolikor jih izdaja vlada oz. uprava, pa sodna oblast omejuje izvršno.

²⁵ Pri vprašanju lokalne samouprave v primeru Kopra je šlo v bistvu za ta spor v kombinaciji s prvo citirano alinejo.

8. alineja: Ustavno sodišče odloča o sporih glede pristojnosti med sodišči in drugimi državnimi organi;²⁶

9. alineja: Ustavno sodišče odloča o sporih o pristojnosti med državnim zborom, predsednikom republike in vlado.

Kontrola 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 kontrolo²⁷ 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 *argumento 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 možno kolizijo med Ustavo in zakonom, ampak je v to možnost vgrajena glavna omejitev pristojnosti zakonodajne veje oblasti, torej 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.

Vprašanje ni akademsko, ker je na primer veliko določb v Zakonu o kazenskem postopku in v Kazenskem zakonu očitno protiuustavnih, 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 moral sodnik v taki situaciji ravnati po Ustavi in ne po zakonu, za katerega meni, da je protiuustaven. Dilemo rešuje 156. člen Ustave, ki pravi, da mora sodišče v takem primeru konkretni postopek suspendirati in začeti postopek pred Ustavnim sodiščem.²⁸ V unificirani jurisdikciji, kjer je ustavnosodna kontrola v pristojnosti rednih sodišč, ima vsak sodnik možnost v takem primeru zavzeti stališče, da je določba zakona, ki bi ga moral uporabiti, protiuustavna, in odločiti po Ustavi, ne po zakonu. Seveda je taka odločitev potem lahko predmet pritožbe na instančno sodišče; v tem pogledu potem 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 presojuje ustavnost posameznih zakonov v našem sistemu zvedena na obvezen predlog teh sodišč Ustavnemu sodišču.

²⁶ 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.

²⁷ Izraz »ustavnosodna kontrola« se uporablja kot prevod angleške oz. ameriške »judicial review of constitutionality«. Ameriški izraz ne zajema samo kontrole nad zakonodajno vejo oblasti, torej preverjanje ustavnosti zakonov, ampak se nanaša tudi na vsa »dejanja« izvršne oblasti in sploh vsako protiuustavnost, ki izvira iz sfere oblasti. Taka kontrola izvira iz že omenjene »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 le in abstracto kot naše Ustavno sodišče po 160. členu Ustave.

²⁸ 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.

To je v našem sistemu logično in naravno. Problem je samo v tem, da redna sodišča tega sploh ne počnejo, čeprav bi moral večinski pripad zadev Ustavnemu sodišču izvirati prav iz takih konkretnih sodnih postopkov, saj se šele v takih konkretnih zadevah pokaže, kako sicer abstraktna zakonska norma lahko pride v kolizijo z določeno ustavno določbo.²⁹

(Nadaljevanje in konec prihodnjic)

²⁹ 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). 157. člen 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 pravica izvršilne veje oblasti, da spodbija ustavnost zakona, ki ga je sprejela zakonodajna veja oblasti.



Boštjan M. Zupančič

KONTROLA IN RAVNOTEŽJE V DRŽAVI(II)

Delitev oblasti
(Nadaljevanje in konec)

Ad 4. Uravnoteženost sodne in izvršne oblasti

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

Situacija, na katero se nanaša 157. člen Ustave³⁰, 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 državljanov lahko povsem v skladu z zakonom, vendar je pri tem kršena njegova ustavna pravica. Edina predpostavka, po kateri je taka določba Ustave logična, je, da potem (redno) sodišče, če ugotovi, da zakon ni v skladu z Ustavo, po 156. členu Ustave da predlog Ustavnemu sodišču, da presodi predpis, po katerem je državni organ sicer zakonito, a protiustavno, ker je predpis sam protiustavno, 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 sodno kontrolo nad delom državnih organov, torej izvršne veje oblasti, je predviden v ustavni določbi o varuhu človekovih pravic in temeljnih svoboščin po 159. členu Ustave.³¹ V resnici seveda nič ne preprečuje državnemu tožilstvu, da samo ne bi vlagalo predlogov na Ustavno sodišče in sprožalo vrste drugih postopkov, ki bi sprožili 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

³⁰ »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 predvideno 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.

³¹ »Za varovanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin v razmerju do državnih organov, organov lokalne samouprave in nosilcev javnih pooblastil se z zakonom določijo varuh pravic državljanov.« Člen 159, prvi odstavek.

Ustave, ki govori o »odgovornosti predsednika republike«³², 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 najboljše 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.³³ 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 predstavniški nosilec suverenosti ne sme izdajati konkretnih »zakonov«.

Na koncu izpade, da je tisto, kar smo rekli za Ustavo, res tudi za zakone. Zakon ni samo manifestacija volje predstavniškega organa, kot se pogosto domneva, ampak je v bistvu pogodba³⁴ med državo in ljudstvom: pogodba, ki je ni mogoče

³² ... kar naj bi bil slovenski prevod za angleško besedo »*impeachment*«.

³³ 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, različna porota, ki mora predstavljati »*cross section of the community*«, torej prerez skozi (lokalno) skupnost, v načelu tisto, iz katere obtoženec izhaja.

³⁴ Ne smemo pozabiti, da je angleški *Parliament* 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 ta pravzaprav 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 elinea 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* 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 teoretiki. Glej Duverger, *idem*.

pisati za nazaj, torej za konkreten primer, ampak je mogoče pisati samo za naprej, za situacije, ki jih samo abstraktno predvidevamo in za njih prav tako *in abstracto*, predvidevamo določene posledice.³⁵ 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 je bila kršitev v konkretnem primeru podana 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, naštetje v 107. členu, so vse več ali manj le protokolarne narave.³⁶ Šele v izrednem (vojnem) stanju se tako zakonodajna kot izvršna funkcija združita, pod določenimi pogoji, v predsedniku republike.³⁷ 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

V naši situaciji je pri zakonu kot pogodbi skladnost volj obeh strank presumerana zato, ker se v predstavniki demokraciji predpostavlja, da je zakonodajni organ verodostojen v svoji ljudski »predstavnosti«. Predstavniki organa potemtakem »predstavlja« tako interes države kot »ljudstvo«, ki naj bi ga predstavljal v resnici. Gre seveda za to, da je predstavniki 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.

³⁵ V luči povedanega potem »načelo zakonitosti« ni nič drugega kot golo spoštovanje te pogodbene obveznosti.

³⁶ Predsednik republike:

– razpisuje volitve v državni zbor;

– razglašá 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.

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 seveda 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 naštetje 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.

³⁷ 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.

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 akt³⁸ ne bi mogla biti predmet ustavnosodne presoje.³⁹

S tem pa še daleč ni rečeno, da vojno ali izredno stanje izključuje sodno vejo oblasti iz odločanja. 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 –, 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.⁴⁰

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 posameznikov⁴¹, 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 predstavniki 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.⁴²

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

³⁸ Zato 92. člen Ustave ne govori o »zakonu o uporabi oboroženih sil«, ampak enostavno »o uporabi oboroženih sil.«

³⁹ ... ustavna pritožba zaradi kršitve človekovih pravic in temeljnih svoboščin pa bi tu prišla v poštev samo pod posebnimi pogoji.

⁴⁰ 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 katerih sodi sodnik posameznik) najmanj tri in največ (Ustavno sodišče) devet, medtem ko v izvršni 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.

⁴¹ ... za primer bi lahko vzeli referendum, ki bi popolnoma uspel, ali plebiscit.

⁴² 14. člen 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 osebo 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.

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 oblasti⁴³, je naravno, da mora vsaka Ustava apostrofirati predvsem kontrolo zakonodajne in sodne oblasti nad izvršno – ne pa obratno.⁴⁴ 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«⁴⁵, 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 nepopolne indukcije, temelječe na preteklih empiričnih izkušnjah⁴⁶, 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.⁴⁷ »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

⁴³ »Power corrupts; absolute power corrupts absolutely.« Rek pripisujejo Abrahamu Lincolnu.

⁴⁴ Zato ne preseneča, da so ustavne določbe členov 110 do 122, torej določbe, ki govorijo o izvršni veji oblasti, praktično vse omejujoče narave: vzpostavljajo kontrolo zakonodajne oblasti nad izvršno.

⁴⁵ V angleščini uporabljajo izraz »executive branch«, pri čemer glagol »to execute« pomeni izvršiti, izvrševati.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ 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 prvo 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.

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.⁴⁸ 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.⁴⁹ 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 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.⁵⁰

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.⁵¹ 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.⁵² Kadar je treba razla-

⁴⁸ »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.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ 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.

⁵¹ To je relativna trditev, ker so seveda tudi v Ustavi nekatere norme »adjektivne«, procesne itd. – ter v tem smislu »instrumentalne« narave. Toda to med drugi 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.

⁵² 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.

gati 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.⁵³ Natanko toliko, kolikor je to res in kolikor se sodniki ustavnega sodišča kake države te svoje funkcije zavedajo, so torej oni sami instrument ustave.⁵⁴ 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 nosilko »dejanske« moči. Stabilnost države je odvisna od modre, transparentne in poštene uporabe državne moči. Beseda »korupcija« izhaja iz latinskega glagola »corrumpo«, ki vsebuje 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 kredibilnosti državnih institucij, torej navsezadnje od ustavnosti, ne le pravnosti države.

⁵³ Stvari seveda niso tako zelo enostavne, čeprav bi si laik morda predstavljal, da hibridni pravno-političen 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 eksistira 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.

⁵⁴ 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 gramatične, 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 pogotnil, 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.