

na premično in nepremično imovino ter z vpisom v javne registre, v teh mejah pa si jugoslovanski in italijanski pravdni red nudita vsa izvršilna sredstva, ki jih poznajo nacionalni zakoni.

Izvajanja pod A) in B) lahko strnemo v zaključek, da so prinas izvršljive samo one italijanske sodbe, ki nalagajo plačilo ali pa izročitev premičnih stvari. Zaradi tega se naš dogovor z Italijo tudi v tem pogledu vsebinsko krije s pravnopomočno konvencijo med Avstrijo in Italijo, ki v čl. 8. izrečno določa, da je dogovor uporaben samo na izvršilne naslove za denarne obveznosti ali na izročitev premičnih stvari, ako so ti naslovi nastali po 1. januarju 1922. Čeprav manjka ta določba v našem dogovoru, pridemo s pravilno razlago čl. 2. do istega zaključka.²⁵

VI. Gornja izvajanja veljajo nalično (čl. 5.) tudi za vse druge italijanske izvršilne naslove, ki niso izdani v obliki sodbe (n. pr. začasne odredbe, sodne poravnave, odločbe razsodišč, izvršilne notarske spise itd.).

Ustava, temeljne pravice, demokracija*.

Dr. Joso Jurkovič.

Ustavo v formalnem smislu definirajo kot skupino pravnih norm, ki so težje spremenljive kot ostale pravne norme. Tukaj se ustava odnosno ustavni zakoni ne vežejo z drugimi zakoni s stališča logike, ampak s stališča vrednotenja. Če naj bodo ustavni zakoni težje spremenljivi, se smatrajo za več vredne kot navadni zakoni. Ta višja vrednost iz same hierarhije norm ne more izvirati, zato mora imeti svoj temelj drugje. Iz samega dejstva namreč, da je ena norma apriorna drugi, ne moremo reči, da je apriorna norma sama po sebi več vredna.

Ustavni zakoni imajo svoj izvor v srednjeveških pogodbah med vladarjem in plemstvom. Da te pogodbe niso bile niti ustave niti ustavni zakoni, se kaže v tem, da je logično pogoj za pogodbo ustava. Ali so ustavni zakoni,

²⁵ Dogovora imata isto besedilo. Čl. 8., ki ga v našem dogovoru ni, se glasi: »La presente convenzione è applicabile soltanto per titoli esecutivi relativi ad obbligazioni pecuniarie od a prestazioni di cose mobili sorte dal 1° gennaio 1922.«

* Ta odlomek tvori nekaj skrajšano VIII. in IX. poglavje še neobjavljene razprave »Protustaven zakon«.

ki so za te pogodbe logični pogoji, dani in zapisani ali samo običajnopравни, ni odločilno. Te pogodbe, ki so prednice današnjih ustavnih zakonov, pa so bile posledek boja med vladarjem in plemstvom. Obsegale so v bistvu takozvane temeljne pravice. Zato je razumljivo, da so pripisovali tem pogodbam tako važnost in vrednost. Razumljivo je pa tudi, da so skušali dati tem pogodbam značaj zakonov. Pri pogodbi je namreč dana pod določnimi pogoji možnost enostranskega odstopa, pri zakonu pa, za katerega postanek in razveljavljenje so zahtevali sodelovanje vladarja in naroda, te možnosti ni. To vrednost temeljnih pravic so imeli za tako absolutno, da so poznejši revolucionarni, res pravi ustavni zakoni proglašali, da družba, kjer niso zajamčene te pravice, sploh nima ustavnih zakonov.⁶² S tem je postal tudi ustavni zakon, ki je vseboval te pravice, nekaj absolutnega, suverenega. O suverenstvu ustavnih zakonov so začeli govoriti najprej v Franciji, in sicer za časa monarhične restavracije.⁶³ Vendar so vprav v Franciji v tistem času poudarjali pri ustavnem zakonu bolj pojem zakona kot pa temeljnih pravic. Res so sicer ustavni zakoni vsebovali temeljne pravice in je v bistvu šlo za osiguranje teh pravic, vendar so mislili, da so te pravice najbolj varovane na ta način, da se je poudarjalo pri ustavnem zakonu naravnopravno načelo njegove absolutne pravilnosti. Danes sicer ne verujejo v absolutno pravilnost nobenih zakonov, tudi ustavnih ne, vendar pripisujejo ustavnim zakonom večjo vrednost kot navadnim vprav zato, ker vsebujejo te temeljne pravice. Ako imajo ustavne zakone tudi danes, ko ima narod vso moč v rokah, za bolj važne od drugih zakonov morda tudi vsled tega, ker smatra narod ustavne zakone kot plod boja in kot priborjeno zmago, in zlasti zato, ker so ustavni zakoni izraz države in s tem narodnosti, to vprašanje spada v psihologijo in sociologijo.

Če pogledamo sestav modernih ustavnih zakonov, vidimo, da se ločijo v glavnem v dva dela. Prvi obsega zgradbo države in njene naloge: ime države in nje politično obliko, zakonodajni aparat, vladarja in vlado, zakonodajo, upravo in sodstvo. Drugi vsebuje dolžnosti in pravice državljanov; pravice in dolžnosti posameznika, družb, verskih združb, način izobrazbe in vzgoje ter temelje gospodarskega življe-

⁶² Čl. 16. francoske proklamacije temeljnih pravic iz l. 1789.: »Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de constitution«.

⁶³ I. Barthélemy, Introduction du régime parlementaire en France, 1904, str. 20 ss.

nja. Kar imenujemo ustavo v pravem smislu, je vsebovano v tej razdelitvi v enem oddelku prvega dela; ostali prvi in ves drugi del je ustavni zakon.

Pojem zakona v materialnem in formalnem smislu se razmejuje tako, da se pravi: pojem zakona v materialnem smislu je splošna norma, ki jo izda državna oblast, pojem zakona v formalnem smislu pa norma, ki jo izda zakonodajna oblast.⁶⁴

Zdaj, ko gre za to, da norma navadnega zakona nasprotuje normi ustavnega zakona, da jo hoče derogirati, nastane vprašanje: za kakšen navaden zakon bo šlo tukaj? Za zakon v materialnem ali formalnem smislu? Jasno je, da bo šlo za zakon v materialnem smislu. Kajti tudi če kakšen ukrep ali kakšna specialna norma ni v skladu z ustavnim zakonom, nosi že sama na sebi pečat enkratnosti, izjemnosti. To je ukrep, ki nastane vsled nujne trenutne potrebe in za čas te potrebe, zato tudi nima namena, da bi nekaj trajno urejal. Ta zakon noče derogirati določbe ustavnega zakona, ampak jih samo za konkreten slučaj začasno ustavlja. Drugače pa zakon v materialnem smislu. On je generalna norma, ki hoče veljati trajno, zato ni njegov namen, da bi določbo ustavnega zakona samo za konkreten primer začasno ustavil, ampak jo hoče derogirati in zavzeti njeno mesto. Zato je vprašanje protiustavnega zakona v bistvu vprašanje, ki ga stavlja zakon v materialnem smislu, dasi si ni prikrivati nevarnosti, ki grozi s strani zakona v formalnem smislu.

Ni mogoč zakon, ki bi derogiral ustavo kot politično odločitev. Faktov, na katerih slone norme, namreč ni moči spreminjati ali odpravljati na kratko z normami, dasi so skušali dati tem faktom obliko normativnosti s tem, da so ugotovili njih obstoj med normami. Če tako izločimo iz tega vprašanja ustavo samo, nam ostane ustavni zakon, glede katerega se moramo vprašati, v kakšnem odnosu stoji nasproti njemu navaden zakonodajec.

Individualne ali temeljne pravice so, kakor smo videli, dajale predvsem in še dajejo ustavnemu zakonu višjo vrednost nad navadnimi zakoni. Zato moramo najprej pogledati, v kakšnem odnosu stoji navaden zakonodajec nasproti

⁶⁴ Hans - Heinrich Lammers, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, II. zvezek 1927: Gesetz im materiellen Sinne ist jeder durch einen Ausspruch des Staates geschaffene Rechtssatz. Gesetz im formellen Sinne ist jede von den gesetzgebenden Organen des Staates auf dem verfassungsmässig vorgeschriebenen Wege und in der verfassungsmässig gebotenen Form erlassene Anordnung.

tem pravicam. Pri tem je treba pomisliti nastopno. Zaščita teh temeljnih pravic je bila poudarjena samo proti upravi. Kakor pa je s te strani v začetku grozila nevarnost, tako je bila ta nevarnost tem bolj odstranjena, čim bolj je bila izvedena delitev oblasti, čim bolj so bile te oblasti vsled zahteve po uravnovešenju glede moči izenačene in čim bolj je bila izvedena zakonitost uprave. Danes pa je vprašanje drugo. Danes grozi ali naj bi grozila temeljnim pravicam nevarnost od zakonodajce. In stvar naj bi bila toliko težja, ker je baje danes zakonodajna oblast pretežna nad obema drugima; danes naj bi se težko še govorilo o ravnovesju med oblastmi. Vzemimo te supozicije za sedaj kot točne. Iz odnosa zakonodajca nasproti tem temeljnim pravicam mora biti razvidno dvoje: prvič, ali so sploh kakšne norme ustavnega zakona, preko katerih se ne bi upal navaden zakonodajec, ki so torej same ščitene vsled svoje vsebine? In drugič: če se ščitijo te norme same, ali se lahko ščitijo same tudi ostale norme ustavnega zakona, in če ne, ali je potrebna njih zaščita?

Temeljne ali človeške in državljanske pravice imajo svoj izvor v verski svobodi.⁶⁵ Pozneje se je pridružila tej verski svobodi zahteva po politični in gospodarski svobodi. Te pravice so prišle do pravega izraza najprej v Severni Ameriki. To je lahko razumljivo: kajti odpad severo-ameriških kolonij od Anglije je med prvimi novejšimi prevrati, kjer je dobil narod popolno moč samoodločbe. In vprav ideje, vsebovane v temeljnih pravicah, so morale imeti globoke korenine v teh severnoameriških kolonistih. Temeljne pravice se namreč dajo skrčiti na te tri: duhovna, telesna in gospodarska svoboda. To troje pa je bilo, po čemer so stremeli ti kolonisti:⁶⁶ izselili so se vsled verskega in političnega pritiska ter vsled revščine; in vsled gospodarskega pritiska Anglije so se uprli. Zato je razumljivo, da so temeljne pravice zavzele prvo mesto v njih ustavnih zakonih. Napačno pa bi bilo seveda misliti, da so temeljne

⁶⁵ Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 4. izdaja 1919.

⁶⁶ André Blondel, Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, 1928, str. 23: »Ces émigrants, tout en gardant un certain loyalisme, emportèrent des sentiments de défiance envers un pays qui les avait fait souffrir dans certaines de leurs libertés les plus chères ou dans leurs croyances les plus intimes. Ceux qui n'avaient pas à se plaindre de la Métropole partaient avec l'idée de faire des affaires; ce qu'ils désiraient avant tout c'était qu'on leur laissât le plus de liberté économique, et partant, autant que possible.«

pravice vzrasle morda iz specialnih ameriških razmer in da so se presadile pozneje v Evropo vsled instinkta posnemanja. Temeljne pravice so globoko vkoreninjene v naravi posameznega človeka, od specialnih razmer je odvisno samo, ali je potreba po njih zavarovanju bolj ali manj občutena, in kdaj je dana možnost njih zavarovanja.

Kako stališče bo zavzel nasproti tem, v ustavnem zakonu zajamčenim pravicam, moderni zakonodajec? Ali jih bo morda imel vsled njih zgodovine samo za častljivo tradicijo, ki je navzlic vkoreninjenosti brez pomena, če ne celo nevarna, ali pa bo videl v njih tiste vrednote, kakor so jih videli prvi uzakonjevalci teh pravic? Če bi bil danes parlament to, kar naj bi bil po svoji ideji, in kar je bil prvotno tudi v resnici, ni nobenega dvoma, da bi bile te pravice navadnemu zakonodajcu nedotakljive, če ne že vsled eventualne pravilnosti, vsaj vsled svoje individualističnosti. Današnjemu zakonodajcu, to je demokraciji, pa je parlament institucija, ki je izgubila del svoje prvotne vsebine, je samo neka tehnična ustanova, kjer izrazi zakonodajec svojo voljo, ki se je stvorila izven parlamenta, ne pa tribuna za javne debate. Bolj važno pa je v tem pogledu drugo. Ta zakonodajec, ki prizna samo večino, ne more priznati pravic poedinca, ki bi jih imel poedinec izven večine in proti večini. Vprav temeljne pravice pa so izrazito individualistične pravice, ki jih ima posamezni človek pred družbo ali državo tako, da je sfera poedinca načelno neomejena, sfera družbe ali države pa v načelu omejena. Poedinec kot privatna oseba sploh ne šteje v demokraciji ampak samo kot državljan, ko izvršuje državljske dolžnosti. Kot državljeni pa so vsi enaki brez predpravil. Zato postavlja demokracija tem individualističnim preddržavnim pravicam nasproti demokratične pravice, ki nimajo za osnovo posameznika vobče kot človeka, marveč samo kot državljana, ki niso torej preddržavne svoboščine, ampak se tičejo samo tega, da so državljeni enako udeleženi na državnem življenju, kakor: enakost pred zakonom, peticijska pravica, enaka volilna pravica, enak dostop do vseh državnih služb. Če gledamo s tega stališča na odnos zakonodajca napram temeljnim pravicam, se ne more reči, da bi bile zavarovane te pravice po svoji vsebini. Tukaj bi prišla v poštev morda sociološka preudarnost ali celo resignacija, češ ker je vse minljivo, je dobro ohraniti te pravice nedotaknjene, da nam bodo služile, če bo treba, ko bomo v manjšini. To pa je slaba tolažba tako za temeljne pravice kakor najbrže tudi za demokracijo. Ali je s tem vprašanje popolnoma pojasnjeno? Tudi demokracija hoče družbo in državo, zato

mora hoteti tudi pravo. K bistvu prava pa spada tudi ideja prava. Ideja prava zahteva, da mora skušati pravo, približati se pravilnosti.⁶⁷ Na kakšen način naj bo to mogoče? V racionalizem, ki bi skušal umstveno dognati, kaj je prav, danes ni več vere. Merilo pravilnosti prava je danes posamezni človek, odnosno: njegov svetovni nazor. Tukaj seveda ne gledamo na to, da je posamezni človek v svojem socialnem vrednotenju odvisen od družbe in specialno od svojega družabnega razreda. Kajti to vrednotenje je več ali manj samo izraz posameznega kot člana družbe in se nanaša na pravo, kolikor ima pravo samo socialno-gospodarsko funkcijo. Vendar posamezni človek ni nikdar samo član družbe in subjekt gospodarjenja, ampak vedno tudi posameznik, individuuum. In prav s te sfere, kolikor zadeva pravo specifično posameznika, vrednoti posameznik najprej pravo. To se pravi: čim manj posega pravo v njegov svetovni nazor, čim več svobode ima posameznik v tej sferi, tem bolj pravilno mu bo pravo. Iz tega vrednotenja pa ne sledi samo ob sebi, da bi uporabljal posameznik vprav isti vidik svobode, kolikor bi vrednotil pravo samo glede na njegovo socialno in ekonomsko funkcijo. Vendar je vrednotenje prava z individualističnega stališča vsaj na višji stopnji kulture brezdvomno primerno in merodajno za celotno vrednotenje prava.

Ker ni danes enotnega svetovnega nazora, da bi se dal določiti okvir za njegovo svobodno izražanje, se skuša to doseči na ta način, da dajo določne temeljne pravice (ali so vse temeljne pravice, kakor se po navadi naštevajo, res prav temeljne, je tukaj postranskega pomena), s katerimi je varovana poedincu določna svobodna sfera v dveh ozirih: prvič, da ne sme posegati v njo država, drugič pa, da ne smejo posegati v njo tudi drugi poedinci. Samo na ta način je mogoče pri pomanjkanju enotnega svetovnega nazora doseči tolerantnost med posameznimi svetovnimi naziranjmi. Temeljne pravice so torej nekakšne vrste idejni temelji in legitimacija vsega pravnega reda.^{68, 69} Ker posameznik ne more biti sam, mora hoteti družbo in s tem nekakšen red,

⁶⁷ Julius Binder, *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, 1915, str. 61.: »Darin liegt zugleich, dass alles Recht darauf hinstrebt, seiner Norm zu entsprechen, oder m. a. W. richtiges Recht im Sinne Stammlers zu sein; und diese Richtung ist es, die etwas überhaupt zum Rechte macht. So erscheint uns die Idee des Rechts als der formale begriffbildende Faktor alles positiven Rechtes und zugleich als die Norm seiner Bewertung.«

⁶⁸ Hans Gerber, *Gesetz und Verfassung*, *Zeitschrift für Ostrecht* III. let. I., z. v. str. 5.: »Die Stelle, die im Gesamtprozess der Rechtsver-

neke norme, naj si bodo te norme državne ali družabne. Te norme bodo tem bolj pravilne, čim večjo svobodno sfero bo imel kot posameznik in čim pravilneje bodo urejale njegove odnose kot člana družbe. Vendar so posamezniku te norme v določnem oziru samo sredstvo, da se utegne svobodno razvijati v izvendružabni sferi.

Šele ta razmejitev med svobodno sfero posameznika in med pravno urejeno družbo, med ciljem in sredstvom, nam da vpogled v razmerje med subjektivnim in objektivnim pravom. Juridično gledano stoji pravo v objektivnem smislu, dolžnost, v ospredju. Norme statuirajo dolžnosti in samo kot refleksi teh dolžnosti se pojavlja pravo v subjektivnem smislu, pravica.^{69a} Pravnofilozofskemu gledanju, ki išče, zakaj je nekaj prav, pa stoji v ospredju pravo v subjektivnem smislu. Kajti pravo, ki je v službi etične spopolnitve posameznika, ne more posegati v to etično sfero s svojimi normami, kolikor statuirajo te norme dolžnosti: etična dolžnost ne pridobi ničesar s tem, če bi nje izpolnitev imela pravno sankcijo, kajti etična dolžnost se mora izpolnjevati zaradi nje same. Drugače pravo v subjektivnem smislu: pravice, ki jih ima posameznik, so upravičene kot pravice samo zavoljo tega, ker omogočajo posamezniku vršiti njegove etične dolžnosti. Tako je pravna dolžnost v službi subjektivnega prava, subjektivno pravo v službi etične dolžnosti. Samo tako je možno razumeti, zakaj je nekaj, kar je pravno, tudi prav. V tem smislu izzveni tudi člen 153. weimarske ustave, da lastnina nalaga dolžnosti;⁷⁰ da je tukaj gledana lastnina s kolektivnega stališča, ne spremeni ničesar na stvari: bistvo je, da ni lastnina sama sebi namen, ampak, da je v službi neke ideje. In samo s stališča pravne ideje nam postaneta razumljiva pravo in država.

Če sedaj pogledamo vsa nasprotja, ki se kažejo med materialnim in formalnim zakonom, med personalizmom in

wirklichung früher das Naturrecht einnahm, hat heute die Verfassung inne«.

⁶⁹ Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 1929, str. 164.: »Ganz abgesehen von aller positiven Rechtsgeltung proklamieren die Grundrechte ein bestimmtes Kultur-, ein Wertesystem, das der Sinn des von dieser Verfassung konstituierten Staatslebens sein soll. Staatstheoretisch bedeutet das sachlich Integrationsabsicht, rechtstheoretisch Legitimierung der positiven Staats- und Rechtsordnung: im Namen dieses Wertesystems soll diese positive Ordnung gelten, legitim sein«.

^{69a} Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie 1914, str. 50, ss.

⁷⁰ Čl. 153., zadnji odstavek: »Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste.«

transpersonalizmom, med liberalizmom in demokracijo, med državo v pravnem in političnem smislu, vidimo to-le: vsa ta ostra nasprotja nastajajo vsled tega, ker se na eni strani poudarja samo posameznik in njegova svoboda, na drugi strani pa družba in njen red. Kakor pa posameznik ne more biti brez družbe, tako zgubi družba, ki bi hotela biti sama sebi namen, vsak pomen. Zato je iskati točko, od koder se vidijo te nasprotno tendence delno izravnane: kajti upati na popolno harmonijo se pravi, loviti se za fantomi.

Zato je pač jasno, da prave temeljne pravice niso ogrožene od navadnega zakonodajca, kajti zakoni, ki bi se upali posegati v te pravice, ki so osnova današnje družbe, bi bili samo zakoni na papirju. In ker smatramo te pravice danes tako samo ob sebi umljive, jih n. pr. ustava Latiške niti ne kodificira. Na vsem tem ne spremeni nič dejstvo, da je moči te pravice začasno suspendirati. Kajti tu gre za izjemne primere, ki so točno določeni v ustavnem ali kakšnem drugem zakonu, ko mora posameznik začasno žrtvovati svojo svobodo za to, da utegne ta njegova svoboda zajamčena biti.

Tako vidimo, da ustava in del ustavnega zakona, kolikor vsebuje temeljne pravice, nista ogrožena po navadnem zakonodajcu. Nastane vprašanje, kako je z ostalimi določbami ustavnega zakona.

Tukaj je treba pregledati odnos ustave k ustavnemu zakonu in stališče političnih strank v današnji državi.

Če je ustava enkratna odločitev naroda glede celotne politične enote, potem ima ustavotvorna skupščina nalogo, da kot reprezentant naroda izdela ustavni zakon, ki ustreza tej temeljni odločitvi, to se pravi: ustavni zakon mora vsebovati norme, ki nujno sledijo iz te odločitve. To pa je lažje teoretično rečeno, kot pa praktično izvršeno. Kajti tudi temeljna odločitev ni izoliran čin, ampak le člen v historično-politični verigi dogodkov. Zato dobi tudi ta čin šele svoj pravi smisel, če ga gledamo vključenega v celotni razvoj. Vzemimo konkreten primer: narod se odloči za republiko. Kakšen bo volilni red? Ali splošna volilna pravica ali le omejena? Možno je oboje: šlo bo za to, ali so izvršili prevrat predvsem gospodarsko močnejši sloji ali pa se je udeležil tega akta ves narod na ta način, da ga odobrava in se ga zaveda. In če je politično odločal ves narod, kakšno je razmerje moči med posameznimi sloji? Če je gospodarsko močnejši sloj tudi politično bolj močan, bo našlo to razmerje morda izraz v ustanovitvi še druge zbornice. Kako gleda narod na parlament? To se bo izražalo v eventualnem institutu referenda, inicijative itd. Kako naj

se voli predsednik: ali ga naj voli parlament odnosno obe zbornici skupaj, ali naj ga voli narod neposredno. Vse to so samo kot primeri vprašanja, ki niso rešljiva teoretično, ampak mora njih rešitev nujno slediti iz temeljne odločitve. Samo tedaj, če so odgovori na ta vprašanja dani kot nujna posledica iz konkretnega historično-političnega fakta, ima ustavni zakon nado, da bo relativno stalen.

Tak ustavni zakon pa je samo ideal. Kajti ne glede na človeške zmožnosti, ki so pomanjkljive, je treba upoštevati tukaj različne faktorje. Časi, ko se dela ustavni zakon, vobče niso časi urejenih razmer in ne dopuščajo po navadi mirnega pretehtavanja, nasprotno, po navadi je tako, da mora biti ustavni zakon čim prej mogoče izgotovljen in stopiti v veljavo, ker je on glavna točka, okoli katere se mora začeti ustaljevati politično in gospodarsko življenje. Take razmere gotovo niso v korist pravilnosti ustavnega zakona glede na temeljno odločitev.

K temu pride še drugo. Današnja država je demokratična država, demokratična država pa je nujno bolj ali manj strankarska država. Proti temu dejstvu je zaman vsaka argumentacija.⁷¹ Kajti demokracija ima tendenco za identiteto med vladavci in vladanci. To se pravi, da hoče vsaj v obsegu možnosti pritegniti ves narod k sodelovanju pri tvoritvi državne volje. Narod kot celota pa ni organiziran, v tem je tudi njegova slabost, ker na vprašanja kakor n. pr. referendum lahko odgovori samo z »da« ali »ne«. Edino, kjer pride narod vsaj delno kot organiziran v poštev, so politične stranke. To sicer ni popoln ekvivalent za organizacijo celote, vendar so to nekakšna zbirališča, kjer pride izolirani poedinec do veljave.

Politične stranke se dobro zavedajo, da je demokracija vlada absolutne večine. To daje političnemu življenju, zlasti če je mnogo strank in so možne razne vladne kombinacije, neko gotovo labilnost in nestanovitnost. To je posebne važnosti za ustavni zakon. Kajti stranke, ki vedo, da so njih eventualne strankarske pridobitve po strankar-

⁷¹ Triepel, Die Staatsverfassung und die politischen Parteien, 1927. str. 24/25: »In der Sphäre der Gesetzgebung und Regierung, im Bereich der staatlichen »Integration«, auf den es uns letztlich doch allein ankommt, ist die Partei eine extrakonstitutionelle Erscheinung, ihre Beschlüsse sind, vom Standpunkt des Rechtes aus gesehen, unverbindliche und unmassgebliche Äusserungen eines dem Staatsorganismus fremden sozialen Körpers. Wenn man also erklärt, der moderne Staat sei auf den Parteien aufgebaut, so ist das eine rechtlich unhaltbare Behauptung.«

ski konstelaciji v parlamentu efemerne, si skušajo zagotoviti svoje programe na drug način. In sicer tako, da skušajo te pridobitve eskamotirati na ta način, da jih spravijo v ustavni zakon.⁷² Tako naj bi bile te pridobitve na eni strani bolj zavarovane, kakor če bi si bila priborila stranka njih uveljavljenje v parlamentu, ker se jim daje pečat ustavnosti, na drugi pa je ta pot mnogo lažja. Kajti v parlamentu odločuje večina, ustavotvorna skupščina pa po navadi skuša, da se njeni sklepi kolikor mogoče približajo soglasnosti, da delajo utis, da je skupščina v svojih sklepih samo izraz celote naroda. To pa je mogoče samo po kompromisu in izbegovanju odločitev na ta način, da se vmešajo v ustavni zakon določbe, ki ne samo, da niso v nobeni zvezi s temeljno odločitvijo, ampak si tudi same med seboj nasprotujejo. Pri pretresu zakonov, ki naj se izdajo potem na podlagi ustavnega zakona, se upravičeno stranke diametralno nasprotnih stališč sklicujejo v parlamentu na ustavni zakon. Tukaj se šele pokaže, kako napačno je vnašati v ustavo razne strankarsko politične postulate. Na mesto, da bi bil ustavni zakon osnova, na katerem naj se razvija državno življenje, postane ovira razvoju. S tem ne postanejo dotični politični programi in pridobitve nekaj absolutnega, pač pa zgubi ustavni zakon tisto veljavo, ki bi jo po svoji zamisli kot osnovna točka državnega življenja moral imeti.

Drugo, kar je treba upoštevati je to-le: narodi in države niso izolirani, ampak so v stalnem stiku med seboj. Zato se ideje, ki so se pojavile danes na enem koncu, pokažejo jutri že na drugem. To velja tudi glede ustavnih zakonov. Zato so si vsi po vojni nastali evropski ustavni zakoni tako podobni. Kakor je to s splošnega juridičnega stališča glede na izenačenje prava morda razveseljivo, tako je to za veljavnost konkretnega ustavnega zakona morda usodno. Kajti ustavni zakoni se ne dajo poljubno prenašati z ene države na drugo, oni morajo biti nujno produkt kon-

⁷² Schmitt, Verfassungslehre, 1929 str. 15: »Die Verfassungen der verschiedenen Staaten erscheinen als eine Reihe verschiedenartig zusammengesetzter Normierungen: Organisatorische Bestimmungen über die wichtigsten staatlichen Behörden, über das Verfahren der Gesetzgebung und die Regierung, Programme und Richtlinien allgemeiner Art, Garantien gewisser Rechte und zahlreiche Einzelbestimmungen, die nur deshalb in die Verfassung hineingeschrieben werden, weil man sie den wechselnden Parlamentsmehrheiten entziehen will und weil die Parteien, welche den Inhalt der »Verfassung« bestimmen, die Gelegenheit benützen, um ihren parteimässigen Forderungen den Charakter von Verfassungsgesetzen zu verleihen.«

kretnih političnih razmer. Kakor hitro zapustimo tukaj realna tla in postane ustavni zakon samo nekaj politični ideal in vzgojno sredstvo,⁷³ potem ni več problema protustavnega zakona, ni pa tudi več ustavnega zakona, kajti njegovo mesto zavzemajo potem navadni zakoni in običajno pravo. Brezdvomno se da tudi s tega idealnega starišča gledati na ustavne zakone, vendar je potrebno, da se prej pove, kakšno funkcijo ima ustavni zakon.

Če se vprašamo, ali je ta del ustavnega zakona vsled notranje moči svojih določb zavarovan pred navadnim zakonodajcem, moramo reči, da ne. Pri teh sploh izločimo vprašanje tistih določb, ki naj bi bile samo ideal, in se omejimo na določbe, ki imajo namen, da jih izvajamo.

Demokracija je po svoji ideji vlada absolutne večine in demokratična država je strankarska država, zato je jasno, da demokracija ne bo koncedirala manjšinskih strankarskih pridobitev, dasi so vnesene te pridobitve v ustavni zakon. Tukaj je iz položaja samega violacija ustavnega zakona neizbežna. Kajti če bi hotela demokracija v teh primerih revidirati ustavni zakon, bi morala sama negirati načela, na katerih sloni: nikjer ni namreč vobče za spremembo ustavnega zakona zadostna samo navadna absolutna, zahteva se marveč kvalificirana večina. Na ljubo manjšini bi morala torej demokracija zatajiti na eni strani svoje načelo absolutne večine, na drugi pa tvegati, da svojega cilja sploh ne doseže. Razložek med navadno in kvalificirano večino utegne biti namreč v konkretnem primeru tako velik, da se kvalificirana večina vsled raznih okoliščin sploh ne da doseči. To se pravi v praksi, da v tem primeru manjšina vlada nad večino. Nasproti sklicevanju na ustavni zakon se bo sklicevala demokracija na svetovni nazor. To bi bil argument proti argumentu, kjer odloči potem moč.

Iz tega pa se vidi, da ne leži zlo teh konfliktov v demokraciji sami, ampak v kumulaciji funkcij, ki morda ni nujna, dasi možna posledica demokracije. Ta kumulacija je v tem, da vrši ustavodajna skupščina dve funkciji: funkcijo ustavodajca in funkcijo navadnega zakonodajca. Dasi je vsled strankarske strukture današnje države ta kumulacija možna in zelo verjetna, nujna se zdi, da ni. Kajti s tem, da se za-

⁷³ B. Mirkin-Getzewitsch, Die Rationalisierung der Macht im neuen Verfassungsrecht, Zeitschrift für öffentliches Recht, zv. VIII. seš. 2, str. 185: »Aber der Wert des Versuches wird durchaus nicht herabgemindert durch die Tatsache, dass in gewissen Ländern diese »sozialen« Rechte nur auf dem Papier stehen. Denn der Verfassungstext hat einen erzieherischen Wert für die Bevölkerung.«

enkrat še loči ustavodajna skupščina od navadne skupščine, se dajejo ustavodajni skupščini naloge, ki niso in ne bi smele biti istovetne z nalogami navadne skupščine. Ustavodajna skupščina bi morala kot izraz celote naroda vnesti v ustavni zakon samo določbe, ki se nanašajo na celoto. To mora biti postulat, ki se mora vzeti jako resno. Kajti že demokratični pojem zakona, ki je samo formalen, vzbuja pomisleke, kumulacija ustavodajne in navadne zakonodajne funkcije je korak dalje, torej korak ustavodajne skupščine k vladanju. Če si prilasti ustavodajna oblast še upravne funkcije, je tiranija neizogibna.⁷⁴ To je tem nevarnejše, ker bi se ta tiranija sklicevala v dobi splošne volilne pravice na formalna pooblastila, kakor se ni mogel sklicevati nanje noben absoluten vladar, niti se ne more noben navaden parlament. To vnašanje strankarskih programov v ustavni zakon ni torej samo škodljivo državi kot celoti, ampak nevarno tudi državljanom kot poedincem, ker si je začela ustavodajna oblast prilaščati s tem funkcije in kompetence, ki so nezdržljive z njo.

Pravimo, da so nerazdržljive z njo. Vendar je izrečena ta trditev samo s stališča pravne države in ne s stališča demokratične ideologije. Kajti s stališča identitete med vladavci in vladanci se bi težko govorilo sploh o kaki nezdržljivosti. Zato se kaže v stališču današnje ustavotvorne skupščine in v smislu demokratičnega zakona nek važen simptom: simptom namreč, da se skušajo do sedaj ločene oblasti združiti. Na eni strani se hoče izločiti odnosno pritegniti ustavotvorna skupščina v parlament, na drugi strani pa dobiva parlament z demokratičnim zakonom izrazito značaj uprave. Kajti čim preneha biti zakon generalna norma, utegne postati navaden ukrep za konkreten primer. Ker so to danes samo še simptomi, se ne da reči, kako bo šel ta razvoj. Mogoče so tukaj sile, ki bodo onemogočile razvoj v tendirani smeri. Zato smo prej rekli, da pride kot protustaven zakon v poštev samo zakon v materialnem smislu, da si utegne biti formalen protustaven zakon nevaren poedincu. Kajti takrat, ko bi parlament v celoti usvojil samo zakon v formalnem smislu, bi bile najbrže razmere take, da bi bilo težko govoriti o protustavnem zakonu. Zato so gorenji postulati izrečeni sicer s stališča pravne države, vendar so vsaj za zdaj še veljavni.

Razmerje ustave in ustavnega zakona do navadnega zakona bi bilo torej nastopno: ustava kot osnova institucij bi bila zavarovana pred spremembo po navadnem zakonu,

⁷⁴ Hauriou, o. c. str. 251/52, opomba.

enako temeljne pravice. Ves ostali del ustavnega zakona pa nima tega jamstva. Proti tem dedukcijam se bodo vzbujali pomisleki.

Najprej se bo reklo, da je vsa ta delitev nenaravna in izumetničena, zlasti, da ni razumljivo, kaj je ustava v pomenu, kakor se uporablja v tej razpravi. Kajti temeljna odločitev utegne biti tudi samo beseda v zadregi. Zato se spomnimo na že omenjeno ugotovitev Mirkin-Geceviča, da je dosti določb povojnih ustavnih zakonov takorekoč samo na papirju in da so samo vzgojno sredstvo. Kaj se to pravi? Jasno, da to-le: pri dotičnem narodu ni potrebe po teh določbah, pri dotičnem narodu ni snovi, ki naj bi jo urejale te določbe. Kajti najprej mora biti dano nekaj, kar se naj ureja, potem se še-le da to urejati. To se vidi najbolj jasno pri revolucijah. Stari red ne pade sam od sebe kar po naključju, ampak nastale so nove razmere, ki se ne dajo spraviti pod stari red. Seveda niso nastale te nove razmere čez noč, ampak so plod daljšega razvoja. Zato ne pomeni temeljna odločitev nič drugega, kakor da je stari red padel vsled razvoja in s soglasnostjo naroda in da je treba zgraditi za nove razmere novega. Te nove razmere pa niso nekaj, kar bi bilo moči umetno spremeniti od danes do jutri, ampak se razvijajo po svojih lastnih zakonih. In če se pravi, da je to temeljna odločitev naroda, ne pomeni to, da bi moral ves narod v celoti delati revolucijo, kajti nikdar ne dela revolucije ves narod, ampak poedinci in grupe. Narod njih dejanje samo legitimira, s tem da ga sprejme. Brez te legitimacije so ta podjetja samo efermeni pojavi, kakor so brezpomembne institucije, ki se skušajo ustvariti na njih.⁷⁵ Res pa je, da so vse to pojavi, ki se ne dajo ugotavljati, še manj pa predvideti matematično. Zato je neumljiva argumentacija, češ, da tudi ta temeljna odločitev ni zavarovana pred navadnim zakonodajcem: kajti danes da je volilna pravica tako splošna, da se bolj skoro ne da več razširiti, da je torej navaden zakonodajec vsaj s kvalificirano večino isto kakor ustavodajec⁷⁶. Ne glede na to, da smo videli kako

⁷⁵ Hauriou, o. c. str. 5.: »Tout le secret de l'ordre constitutionnel est dans la création d'institutions vivantes. Les lois, constitutionnelles ne signifient rien en tant que règles; elles n'ont de signification qu'en tant que statuts organiques d'institutions.«

⁷⁶ Fritz Hartung, Verfassungslehre, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, zv. 87. seš. 2, 1929, str. 230: »Wo findet sich im heutigen demokratischen Staat eine Instanz, die mit Aussicht auf Erfolg ein Veto gegen Verfassungsänderungen einlegen könnte, hinter denen eine grosse Mehrheit des Volkes steht? Selbst die Forderung, substanz-

nevarna bi utegnila postati kumulacija funkcije ustavodajca in zakonodajca, leži hiba te argumentacije v tem: ne samo navaden zakonodajec ampak tudi ustavodajec ne sme iti preko temeljne odločitve. Njegova naloga je, da dá norme za institucije, kakor jih zahteva tedanja kulturna in socialna stopnja naroda. Tukaj je on absolutno vezan, kajti v njegovi moči ni, da bi dajal norme naravnemu razvoju. Prav zato, ker prestopa ustavodajec svoje meje in daje norme, ki niso ustavne, čeprav jih vsebuje ustavni zakon, in ker potem navadni zakonodajec spreminja te norme, se sklepa po neki čudni logiki, da ni za navadnega zakonodajca nobenih mej več, tudi tistih ne, ki so začrtane ustavodajcu po naravnem razvoju. Hiba tega sklepanja in zamenjavanja med ustavodajcem in navadnim zakonodajcem leži vprav v tem, da se ne gleda na ustavne norme kot na izraz celotnega razvoja, ampak se nasprotno misli, da ustvarja ustavni zakon razvoj, da je razvoj nekaj sekundarnega in norme nekaj primarnega. Prav tako se bodo morda pojavili pomisleki proti izjemnemu stališču človeških in človečanskih ali temeljnih pravic v ustavnem zakonu, češ, da so izvajanja o teh pravicah ostanki naravnega prava. Zato je potrebno dodati k prejšnjim izvajanjem o tem predmetu še par pripomb. Današnja družba z vsemi svojimi institucijami bazira na individualističnem principu. Postransko je vprašanje, ali in kako se je ta individualna svoboda, ki je neločljivo vezana z današnjo kulturo in današnjim pravom, v posameznih periodah krčila ali širila. Glavno je: do danes ta individualizem obstoji. Dokler torej računamo s temelji dosedanje družbe in kulture, moramo računati z individualizmom vsaj v najmanjšem možnem obsegu. Ta najmanjši obseg pa je meja, preko katere se začne nekaj čisto novega, o čemer bi bilo brezplodno govoriti: kajti zgodovina kulturnih narodov ne nudi za to nobenega empiričnega materiala.

berührende Verfassungsänderungen nicht auf dem einfachen Wege der Verfassungsgesetzgebung des Parlaments, sondern durch besonders gewählte »verfassungsgebende Versammlungen« beschliessen zu lassen, stellt keine wirkliche Schranke mehr dar, seitdem das Wahlrecht der normalen Parlamente fast in allen Staaten eine auch für Konstituanten kaum mehr zu überbietende Allgemeinheit und Ausdehnung erlangt hat, eine Heranziehung weiterer, im Parlament nicht vertretener Schichten also nicht mehr möglich ist.«

—♦—