

SLOVENSKI PRAVNIK.

Leto XXXVI. V Ljubljani, junija meseca 1922. Štev. 1.—4.

Ustava in zakon.

Univerzitetni profesor dr. Leonid Pitamic.

Non ex regula jus sumatur,
sed ex jure, quod est, regula.

I.

Namen teh vrst je, pojasniti pojme »ustava« in »zakon« ter njih medsebojno razmerje po naši, takozvani vidovdanski ustavi z dne 28. junija 1921. Z ozirom na ta konkretni namen ni mi treba, da bi se bavil z vso obširno literaturo, ki razpravlja o teh pojmi vobče; pač pa bo treba, da vsaj na kratko kritično premetrim one teorije, ki so splošno znane in priznane in ki utegnejo vsled tega vplivati na interpretacijo ustave.¹⁾

Vladajoča teorija razločuje zakon v formelnem in zakon v materielnem smislu. V formalnem smislu je zakon sklep izvestnih državnih organov, izražen na izvesten način v izvestni obliki. V moderni državi n. pr. je to sklep parlamenta, sankcioniran in proglašen po načelniku države. Taka izjava navedenih državnih organov ima lastnost, da se načeloma more spremeniti le na isti način, t. j. pod istimi formalnostmi, kakor je nastala, ne pa na drug način, n. pr. ne z enostranskim činom ali parlamenta (resolucijo) ali načelnika države ali drugih upravnih oblastev (uredbo).

Poleg tega formalnega pojma zakona, ki se da definirati po samem tekstu sodobnih ustav, pa pozna moderna teorija še pojem zakona v materielnem smislu, ki se z ravno

¹⁾ Ker mi gre samo za presojo idej, ne pa za polemiko z posameznimi pisatelji, izogibam se kolikor mogoče citatov, navajam pa pred kratkim izišlo tretjo izdajo St. Jovanovićeve knjige „O Državi“, Beograd, 1922, ker podaja ravno ta knjiga zelo dobro in lepo sliko državnopravnih teorij in idej in ker je domačemu čitatelju laže dostopna.

definiranim pojmom ne krije, tako da je lahko formelen zakon, ki ni materielen, in materielen, ki ni formelen. Dočim se da pojem zakona v formalnem smislu prav lahko razbrati iz pozitivnega prava, ker pove vsaka ustava, kdo so zakonodajalni činitelji in kako naj vršijo svojo funkcijo, ter je zato teoretikom prepričanje glede tega pojma pri najboljši volji skoro nemogoč, je pojem zakona v materialnem smislu produkt same teorije. Naravno je vsled tega, da gredo nazori o tem pojmu vsaksebi. Ne glede na manjše difference v definicijah se lahko razločujete dve teoriji: 1.) francoska in 2.) teorija, zastopana po večini nemških pisateljev.

Večina nemških pisateljev pravi, da je zakon v materialnem smislu *p r a v n i* predpis ali *p r a v n o* pravilo. Pravni predpis pa ni vsak predpis, izdan od državnih organov, temveč le oni, ki razmejuje pravno sfero posameznika napram posamezniku ali napram državi; pravna sfera pa obsega vse one pravice in dolžnosti, ki se tičejo ali osebne svobode ali osebne imovine. Po tej teoriji je torej principiuelno mogoče, da se izdajo pravna pravila tudi v drugi obliki, nego v obliki formalnega zakona, namreč v obliki uredbe (takozv. »pravne« uredbe), da so formalni zakoni, ki niso materialni, n. pr. en del organizatornih zakonov, zlasti »notranja« upravna organizacija, katera se (bajé) ne tiče pravic in dolžnosti posameznikov, dalje tudi budžet, ki je izdan v obliki formalnega zakona, ki pa ni zakon v materialnem smislu, temveč le upravni akt, dalje zakonska pooblastitev za državno posojilo i. t. d. Ne glede na to, da so po tej teoriji lahko državne norme, ki niso »pravne« (kar navadnemu razumu ni lahko pojmljivo), ne bi mogli pri tej umetni zožitvi pojma prava spoznati velikega dela ravno najvažnejših organizatornih zakonov kot materialnih, torej pravnih zakonov (kar je za navadni razum še težje pojmljivo).

Po francoski teoriji je zakon v materialnem smislu *s p l o š n o* pravilo, abstrakten predpis, nekaj, kar velja za celo vrsto slučajev in ne samo za poseben primer. Po tej definiciji, ki se očitvidno približuje pojmu prirodoslovnega zakona, je tudi uredba lahko zakon v materialnem smislu, ako je namreč splošna, dočim formelen zakon, ki je individualen, ki velja samo za en primer, ni zakon v materialnem smislu. K temu je

treba najpreje pripomniti, da je »splošnost« le relativen pojem, ki nima absolutne veljave. Pozitivno pravo nam pokaže zakone, ki so na eni strani »splošni«, na drugi strani »specialni«. Splošen je n. pr. občni državljanski zakon napram trgovinskemu, le-ta pa je specialen napram državljanskemu; trgovinski zakon pa je zopet splošen napram zakonu o delniških družbah, ki je napram njemu specialen zakon, i. t. d. To so pripadniki te teorije tudi uvideli; radi tega ne zahtevajo za pojem zakona absolutne splošnosti, temveč priznajo kot zakon tudi tako normne, pri katerih je splošnost »zožena«;¹⁾ n. pr. pri zakonu, ki se izda za posamezne grupe ljudi ali za poseben teritorij v državi ali samo za določen čas. Vendar pa je smatrati tudi taka norma kot splošna, dokler se ne nanaša na točno določene posameznike, temveč na izvestne vrste ljudi, in ne na konkretne slučaje, temveč na po kakem abstraktnem znaku določeno vrsto primerov. To naziranje, da zakon nikdar ne more biti »individuelen«, je z vso rigoroznostjo zastopal Rousseau, Du Contrat Social, Paris, nouvelle édition, 1791, p. 66, 67: »Quand je dis que l'objet des lois est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu, ni une action particulière. Ainsi la loi peut bien statuer qu'il y aura des privilèges, mais elle n'en peut donner nommément à personne; la loi peut faire plusieurs classes de citoyens, assigner même les qualités qui donneront droit à ces classes, mais elle ne peut nommer tels et tels pour y être admis: elle peut établir un gouvernement royal, et une succession héréditaire; mais elle ne peut élire un roi ni nommer une famille royale: en un mot, toute fonction qui se rapporte à un objet individuel, n'appartient point à la puissance législative.«

Ne glede na logično-filozofično vprašanje, ali sta »splošnost« in »individualnost« res izključujoča si pojma, ali pa, kar se meni verjetneje zdi, da ne tvorita kvalitativnega, temveč

¹⁾ Slobodan Jovanović op. cit. str. 197. Jovanović se pridružuje tej francoski teoriji.

kvantitativno, torej le relativno nasprotje,¹⁾ trdim, da je za pravno spoznanje ta razlika brez pomena. »Splošnost« norme v pravem smislu more imeti le ta pomen, da je norma splošno veljavna, to pa je v bistvu vsake pravne norme, naj se nanaša na en primer ali na 100.000 ali pa na nepregledno število primerov. Splošna veljavnost je istovetna z veljavnostjo sploh, ki ne pomeni nič drugega nego da se morajo vsi tej normi pokoriti ali pa, da ne more norma obenem veljati in ne veljati. Če podeli zakon kaki osebi izjemen, privilegiran položaj, potem je tudi tak »individuele« zakon splošno veljaven, ker ne sme nihče tega položaja pravno ignorirati. Sicer ne bi bilo uvideti, zakaj se tudi individualni zakoni publicirajo; n. pr. zakon z dne 14. aprila 1922, »Službene Novine« br. 92, s katerim se zvišuje civilna lista kralju Aleksandru I. Ne oziraje se na prej rečeno, pa ustvarja tudi vsak takozvani individualni zakon pravne dolžnosti za nedoločeno število oseb, pri ravno navedenem zakonu n. pr. za vse osebe, ki sestavljajo državni budžet, ki likvidirajo, izplačujejo določeno svoto i. t. d.

Naziranje, da je kategorija »zakon v materielnem smislu« — naj si bo to po nemški ali po francoski teoriji — pravno brezpomembna, je potrjeno tudi po pravni praksi. Praksa se za take teoretične iznajdbe sploh ne zmeni.²⁾ Zakonodajna oblast mirno ustvarja zakone, ki so »splošni« in ki so »individuele« v smislu francoske teorije, ki vsebujejo pravne predpise ali pa druge (?) predpise v smislu nemške teorije, sodišča in upravne oblasti izvršujejo, ne oziraje se na to razlikovanje, te zakone, — vsaka oblast po svoji kompetenci. Teorija seveda grupira lahko norme po raznih vidikih. Vprašanje je le, ali ima taka grupacija v dotični vedi upravičen razlog; če ga ni, potem povzročuje taka razpredelba samo nepotrebne komplikacije. Tudi konstrukcija juridičnih pojmov je le tedaj upravičena, ako so ti pojmi za pravno vedo in prakso potrebni ali vsaj

¹⁾ To pa radi tega, ker moremo individuele primer, ako se iznebimo zgolj čustvenega, naivnega doživljaja, znanstveno spoznati, t. j. definirati le pojmovno, to pa je po abstraktnih, splošnih znakih.

²⁾ Jovanović, str. 204.

koristni. Glede znaka »splošnosti« se je to tudi trdilo, češ da sledijo že iz te splošnosti same izvestne pravne posledice, namreč da pravno pravilo »lex posterior derogat priori« ne velja v časovni konkurenci splošnih in individualnih zakonov.¹⁾ Reklo se je, da poznejši individualni zakon ne derogira prejšnjega splošnega (lex posterior specialis non derogat legi priori generali), in da poznejši splošni zakon ne derogira prejšnjega individualnega (lex posterior generalis non derogat legi priori speciali). Ta latinska reka govori o »specialnem« in ne o »individualnem« zakonu; toda logično razmerje, za katero tu gre, je isto: razmerje namreč med splošnim in manj splošnim zakonom. Ako se hoče s prvim pravilom reči, da specialni zakon ne derogira celega splošnega zakona, temveč le toliko, kolikor mu je nasproten, je to tako jasno, da o tem sploh ne bi bilo treba govoriti, če se ne bi upotrebila ravno ta posledica kot dokaz za pravno pomembnost splošnosti. Na to je le odgovoriti, da dokazuje ta posledica ravno tako pomembnost »specialnosti« ali »individualnosti«, ali pa da je pravno pomembno le to, kar zakon obseza, ali da zakon le to spremeni, kar hoče spremeniti, kar menda ni posebno duhovito razkritje. Ako se pa hoče reči, da specialni zakon ne derogira, temveč le suspendira splošnega, tako da za slučaj, da specialni zakon odpade, ne nastane pravna vrzel glede onih razmerij, ki jih je uredil, temveč da se nanje avtomatično raztegnejo določbe splošnega zakona, potem je treba pripomniti, da to ni samo po sebi umevno, ampak vprašanje interpretacije poznejšega specialnega ali pa onega zakona, ki ga je razveljavil, ali pa da je to interpretativno pravilo takega nad vsemi temi zakoni stoječega pozitivnega prava. Isto, namreč da to ni logično nujna posledica iz kake občne pravne lastnosti, ampak le vprašanje interpretacije namena konkretnega zakona, velja za drugi prej navedenih rekov, da poznejši splošni zakon ne derogira prejšnjega specialnega, temveč da le-ta, ker je specialni ali ker vsebuje kak privilegij, ostane kot izjema nespremenjen v veljavi. Mimogrede bodi omenjeno, da je načelo »lex posterior generalis non derogat legi priori

¹⁾ Jovanović, str. 203.

speciali«, če ga tolmačimo strogo, ali logično napačno ali vsaj terminološko pogrešeno. Ako namreč *lex generalis* ne derogira *legi speciali*, potem ravno ni »*generalis*«, ker ne velja generalno za vse primere, temveč pusti nekatere primere ali vsaj en primer nedotaknjen; potem je (pri obstoju takega specialnega zakona) taka *lex* že vnaprej deklarirana za *lex specialis*, samo da ni rečeno, za katere posamezne primere velja, temveč za katere ne velja.

Da so vsa ta vprašanja le vprašanja interpretacije, dokazuje jasno ena izmed najnovejših kodifikacij, zelo skrbno izdelani »*Codex Juris Canonici*« iz leta 1917, ki pozna dve pravili. Canon 6, prva točka pravi: »*Leges quaelibet, sive universales sive particulares, praescriptis huius Codicis oppositae, abrogantur, nisi de particularibus legibus aliud expresse caveatur.*« S tem kodeksom se torej, ako sam kaj drugega ne določa, derogirajo vsi prejšnji specialni zakoni. Obratno pravilo pa velja za bodočnost. Canon 22: ...*sed firmo praescripto can. 6, n. 1, lex generalis nullatenus derogat locorum specialium et personarum singularium statutis, nisi aliud in ipsa expresse caveatur.*« Po tem pravilu ostanejo v bodoči zakonodaji, če sama ne določa kaj drugega, specialni zakoni nedotaknjeni.

Za nas ni toliko zanimivo, dali je sprejel kodifikator cerkvenega zakonika to pravilo ali ono; zanimivo je, da je smatral potrebnim, pravilo samo uzakoniti in s tem pripoznal, da ni samo po sebi umevno in logično nujno, temveč da je le izraz njegove volje. Zanikanje logične nujnosti pa je na najnedvoumnejši način izraženo s tem, da ste bili sprejeti dve nasprotujoči si interpretativni pravili, eno glede preteklosti, drugo glede bodočnosti.

Mislim, da sem dovolj dokazal, da nista ne »pravni« predpis v smislu nemške ne »splošnost« v smislu francoske teorije bistvena znaka zakona, ali pa bolje rečeno, da je pravno brezpomembno, konstruirati si tak pojem zakona, ki napram formelnemu pojmu ima navedena dva »materielna« znaka, ali enega ali drugega izmed njih. Kakšen značaj pa imata ta dva znaka, ako nista pravna znaka? Ni težko pokazati, da sta političnega izvora.

Nemška teorija, da je pojem zakona istoveten s pravnim predpisom, da pa je pravni predpis le oni, ki se tiče ali osebne svobode ali osebne imovine, je le izraz reakcije proti absolutističnemu monarhičnemu principu. V dobi francoske revolucije začenjajoči pokret je izzval v prvi vrsti protest proti samovolji monarhov na onem pravnem polju, ki je bilo posamezniku najvažnejše, to je svoboda osebe in imovine. Zaradi tega se je zahtevalo, da se norme tičeče se teh dveh predmetov ne smejo ustanavljati z ukazom monarha, temveč le s formalnim zakonom, to je s sodelovanjem parlamenta. Iz tega političnega načela se je razvila teorija, da so le norme, ki omejujejo svobodo in imovino pravne norme, potem pa, da so taki predpisi vsled svoje vsebine zakoni, t. j. zakoni v materielnem smislu. V tem se izraža le delna reakcija proti absolutizmu in sicer reakcija iz individualističnega vidika.

Izhodišče za francosko teorijo pa so politični nazori Jean Jacques Rousseauja. Zakaj je zahteval ta filozof za pojem zakona splošnost? Ker je vsa njegova politična teorija slonela na principu enakosti. Hotel je, da bodo zakoni enaki za vse, da naj ne bo izjemnih, temveč le splošnih zakonov. Contrat Social, str. 56: »Par quelque côté qu'on remonte au principe, on arrive toujours à la même conclusion; savoir, que le pacte social établit entre les citoyens une telle égalité, qu'ils s'engagent tous sous les mêmes conditions, et doivent jouir tous des mêmes droits. Ainsi, par la nature du pacte, tout acte de souveraineté, c'est à dire, tout acte authentique de la volonté générale, oblige ou favorise également tous les citoyens, en sorte que le souverain connaît seulement le corps de la nation, et ne distingue aucun de ceux qui la composent.« Ta napram ravno omenjenemu nemškemu individualističnemu načelu očitno kolektivistični princip enakosti je bil Rousseauju tako ljub,¹⁾ da ga je skušal v svoji znameniti knjigi podpirati z raznimi blestečimi, a ne vedno prepričevalnimi izreki, n. pr. s frazo, da se more splošna volja, t. j. zakon

¹⁾ Značilno je, da je bil eden njegovih prvih spisov „Razprava o neenakosti“ (Discours sur l'inégalité, 1755.).

nanašati samo na splošne predmete (point de volonté générale sur un objet particulier) itd.

Kategorija »zakon v materialnem smislu« je torej političnega značaja in ima za pravno spoznanje ravno toliko vrednosti kakor bi n. pr. imela v znanstveni botaniki klasifikacija rastlin po njihovih barvah. Stvar pa ni tako nedolžna kakor izgleda in zato se ne moremo pomiriti s samo konstatacijo nepotrebnosti tega pojma. Na podlagi političnih idej konstruirani in vsled tega le navidezno juridični pojmi so radi tega nevarni, ker se iz njih izvajajo posledice, ki so le navidezno juridičnega, v resnici pa političnega značaja, ker je ravno njih premisa politična. Kakor za mnoge pojme zlasti iz takozv. javnega prava, se da to tudi dokazati glede pojma »zakon v materialnem smislu« in sicer tako glede francoske kakor glede nemške konstrukcije tega pojma.

Med francoskimi pisatelji, izhajajočimi iz stališča, da je vsaka splošna norma zakon v materialnem smislu, pojavil se je v novejši dobi resen spor o tem, ali je uredba kot splošna norma čin zakonodajne ali upravne oblasti¹⁾). Ako je uredba čin uprave ali upravni čin, potem pristojna sodišču, da razsoja o zakonitosti uredbe, zlasti pa je potem dopustna pritožba na državni svet radi nezakonitosti tega upravnega akta, ravno tako kakor radi vseh drugih nezakonitih upravnih činov. Ako pa je uredba čin zakonodajne oblasti, potem ne bi smela sodišča soditi o zakonitosti uredb, ker niso te uredbe upravni, temveč zakonodajni čini. Na dlani leži, da operira ta argumentacija z zamenjavo zakona v formalnem smislu z zakonom v materialnem smislu. Žalostno je sicer, da »znanstveni teoretiki« s takim »trikom« delujejo; toda do take zamenjave sploh ne bi moglo priti, če jim teorija ne bi prezentirala nepotrebnega pojma zakona v materialnem smislu.

Ravno tako značilen primer glede nevarnosti pojma zakona v materialnem smislu nudi nemška pravna znanost. To je Labandova teorija o budžetu²⁾). Laband izhaja iz stališča, da je budžet zakon v formalnem, ne pa zakon v

¹⁾ Glej Jovanović, str. 212.

²⁾ Jovanović, str. 220.

materielnem smislu, ker ne obsega »pravni« pravil, temveč le finančni načrt; v materielnem smislu je to akt finančne uprave. Odobravajoč budžet ne vrši parlament kakega zakonodajnega čina, temveč sodeluje pri ustvarjanju u p r a v n e g a a k t a; vsled tega je vezan po obstoječih zakonih, kakor vsaka druga upravna oblast; vsled tega ne more zavreči onih dohodkov in izdatkov, ki so predvideni v obstoječih zakonih. Če torej parlament ne odobri budžeta, sme vlada vendar pobirati vse zakonite dohodke in napraviti vse zakonite izdatke. Pa še več! Vlada sme v takem slučaju napraviti tudi takih izdatkov, ki niso predvideni v nobenem zakonu, ki jih pa zahtevajo nujni državni interesi. Nočem dalje razpravljati o tej teoriji, ki kljub ustavnim predpisom o vsakoletnem uzakonjenju budžeta, parlamentu niti ne priznava absolutne pravice, da z budžetom povezuje zakonitost že predvidenih izdatkov in ki s tem več ali manj omogočuje v s a k i vladi upravljati brez uzakonjenega budžeta, nočem se tudi baviti z vprašanjem, ali je utemeljeno dati parlamentu tako moč, da z odklanjanjem celega budžeta obustavi državno upravo in ali ni bolj priporočljiva angleška praksa, ki iz obstoječih zakonov izvirajoče dohodke in izdatke sploh ne vnaša v budžet in ki je tako na vsak način veliko bolj odkritosrčna kakor ta rabulistika s teoretičnimi konstrukcijami, — gre mi samo za ugotovitev, da je pojem zakona v materielnem smislu pomagal ustvariti to rabulistiko!

Iz vsega tega sledi, da takozvana »materielnost« zakona v smislu omenjenih teorij ne more biti p r a v n o važna lastnost zakona. Nepravnega izvora, so te teorije dovedle in zavedle do nepravni posledic, kar ni čudno, ker le iz p r a v n i h lastnosti se dajo deducirati p r a v n e lastnosti.

Za pojem zakona ne more biti odločilna razpredelba pravnih norm po njih predmetnem, osebnem ali časovnem obsegu, in tudi ne po vrednočenju od strani tistih, katerim je zakon vir bremena ali koristi (svoboda in imovina!), meročajno je edinole razmerje po pozitivnopravnih formelnih znakih določene skupine norm napram njej pozitivnopravno nadrejeni in podrejeni skupini, kar pa je istovetno s p r a v n o močjo norme. Pravna moč (bolje bi bilo reči pravna veljava) je

juridična esenca tako zakona kakor tudi razsodbe in ukrepa, sploh vsakega pravnega pojava.

Iz tega stališča je prematrati tudi pravni pojem ustave, ki je kompleks norm z večjo pravno močjo nego zakon in vsi drugi na nižji nego zakonski vrednostni stopinji stoječi pravni pojavi. Ustava je — če abstrahiramo od meddržavnega prava — ona skupina norm, ki stoji v hierarhiji prava najviše in iz katere črpajo vse druge norme in pravni čini sploh svojo pravno moč. Pravna moč pa ni nič drugega nego po kompetentni oblasti definitivno ugotovljena pravilnost, to pa je skladnost takega nižjega pravnega predpisa z višjim, na podlagi katerega je izdan; glede zakona skladnost z ustavo, glede sodne razsodbe skladnost z zakonom, glede upravne razsodbe skladnost z zakonom ali uredbo, glede izvršbe skladnost z razsodbo ali ukrepom.

Poleg ravno označenega pojma ustave, ki je strogo formalen, pa pozna teorija tudi pojem ustave v materielnem smislu, ki pa ni igral od daleka tako važne in žalostne vloge nego zakon v materielnem smislu. Trdilo se je namreč, da morajo izvestni predmeti biti urejeni v ustavi; to so seveda tisti predmeti, ki se smatrajo posebno važnim in ki naj se zato obvarujejo pred naglo izpremembo. Ker se pa mnenja o važnosti pravnih institucij čestokrat in hitro menjavajo, menjavajo se tudi nazori o tem, kaj je urediti v ustavi in kaj je prepuščati navadni zakonodaji ali uredbi. V dobi francoske revolucije so smatrali kot nekak minimum za »ustavo« garancijo pravic in ločitev oblasti. Člen 16. takzv. deklaracije človeških in državljanskih pravic iz leta 1789 pravi: »Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution«. Danes se smatrajo drugi predmeti kot taki, ki naj se urejajo v ustavi; poleg določanja kompetenc najvišjih organov in registriranja takzv. državljanskih pravic zlasti še narodno zastopstvo, neodvisnost sodišč in upravno sodstvo; dočim se nikjer popolnoma izvedeni in s parlamentarnim režimom nezdružljivi princip ločitve oblasti sedaj ne povdarja več. Sicer se pa smatra v eni državi to, v drugi ono za ustavni predmet; v ustavah nekaterih ameriških držav najdemo marsikaj, kar bi

se v Evropi ne uredilo niti z zakonom, ampak z navadno uredbo. Pri nas je postala celo razdelitev države v oblasti »ustavni« predmet. Kakor znano, Angleži pojma »ustavni predmet« sploh ne poznajo. Vprašanje, kaj je treba urediti v ustavi in s tem opremiti z večjo garancijo pravnega obstoja, je torej politično in socialno vprašanje, pravno vprašanje je le, kak pomen ima taka že izvršena ureditev na druge pravne pojave.

II.

Sedaj lahko raziskujemo, kaj značita pojma »ustava« in »zakon« po naši ustavi. Povsod, kjer govori tekst ustave o »ustavi«, je mišljen oni enotni kompleks pravnih norm, ki ga je ustavotvorna skupščina kot ustavo sprejela in ki je bil kot tak v imenu kralja od regenta potrjen in proglašen. Te norme se ne dajo izpremeniti navadnim zakonodajnim potom, temveč samo po onem kompliciranejšem postopku, ki je določen v členih 125 in 126 ustave. Vprašanje je, ali je pojem »ustava« rabljen tudi v prej označenem materielnem smislu. To bi bilo mogoče le v 1. členu, ki navaja med drugimi atributi naše države tudi ta, da je »ustavna« monarhija. Ta izraz bi se lahko smatral za znak one monarhije, ki se v teoriji kot »konstitucionalna« stavi nasproti i absolutni i parlamentarni monarhiji. Ta interpretacija je gotovo napačna, ker se v istem členu pravi, da je naša država parlamentarna monarhija in je s tem, kakor dokazuje to tudi postanek ustave, že določena smer, v kateri se morajo v dvomu tolmačiti posamezne ustavne določbe.¹⁾

Drugič bi se lahko reklo, da je s tem izrazom izjavljeno, da ima naša država določeno, napisano ustavo. Tudi ta interpretacija bi bila brezsmiselna, ker se nahaja ta izraz itak v določeni, napisani ustavi.

Tretjič je s tem izrazom mogoče mišljeno, da morajo biti vse državne norme v skladu s to ustavo in da je vsak režim izven določb te ustave prepovedan. Pa tudi ta razlaga nima pravega smisla, ker je že s pojmom ustave kot najvišje norme v državi nezdržljivo, da veljajo še druge norme, ki izvirajo

¹⁾ Ustavodajalec je hotel pri nas ustanoviti parlamentarno monarhijo po angleškem vzorcu.

iz drugega nego iz tega ustavnega vira. Sicer pa je ta misel že (po mojem mnenju čisto odveč) izražena v členu 45. ustave: »Vse državne oblasti se izvršujejo po določilih te ustave«.

Četrtrič se je hotelo mogoče s tem atributom izraziti, da mora ustava vsebovati vse one institucije, ki jih smatra moderna politična teorija »ustavnim«, ki morajo torej imeti večjo nego navadno zakonsko garancijo za svoj obstoj; n. pr. splošno volilno pravico za parlament, odgovornost ministrov, neodvisnost sodišč, upravno sodstvo itd. Ti principi pa so itak s pozitivnimi določbami sprejeti v tekst ustave in imajo le toliko, kolikor so sprejeti (n. pr. načelo ločitve oblasti le deloma), prej omenjeno večjo garancijo obstoja. Atribut »ustavni« je torej v tem slučaju le nepotrebna anticipacija.

Petič je mogoče (in najbolj verjetno), da si ustavodajalec sploh nič jasnega ni predstavljal pod tem atributom, oziroma si ni bil svest, da ta izraz spričo konkretnih ustavnih določb prav nič ne pomeni, in da ga je sprejel v nepremišljenem namenu, da naj bo ustava posebno »ustavna« (!), ali pa tudi, da ga je, kakor marsikaj drugega, čisto mehanično prevzel iz drugih ustav, kakor so ga te zopet prevzele iz prejšnjih,¹⁾ od katerih je mogoče ena ali druga hotela s tem na slovesen način proglasiti prelom z absolutnim režimom; kar je n. pr. prav lahko mogoče glede srbske ustave iz leta 1888., katera ima v prvem členu isti izraz.

Ne morem torej v tem izrazu najti nič pravno pomembnega, tudi tega ne, da bi se moglo z njim prepričati izločitev prej navedenih institucij iz ustave; ker so itak sprejete v ustavo, se ne dajo z nič večjo in nič manjšo lahko spremeniti in razveljaviti kakor atribut »ustavni« sam.

Vidimo torej, kako se pojem »ustava v materielnem smislu« pri kritični analizi pozitivnega prava razprši v nič.

Še manj bi odgovarjalo tekstu ustave, ako bi hoteli pri njegovi razlagi upotrebiti pojem »zakon v materielnem smislu«,

¹⁾ Es erben sich Gesetz' und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort;
Sie schleppen von Geschlecht sich zum Geschlechte,
Und rücken sacht von Ort zu Ort.

bodisi po nemški ali po francoski teoriji. Kaj je zakon, se da čisto točno razbrati iz sledečih členov ustave:

46.: »Zakonodajno oblast izvršujeta kralj in narodna skupščina skupno.«

49.: »Kralj potrjuje in proglašča zakone ...«

80.: »Zakone proglašča kralj z ukazom, ki obsega tudi sam zakon, sklenjen po narodni skupščini. Ukaz sopodpišejo vsi ministri. Minister za pravosodje pritisne nanj državni pečat in skrbi, da se zakon razglasi (obnaroduje) v »Služ. Novinah.« Zakon dobi obvezno moč 15 dni po obnarodovanju v »Službenih Novinah«, ako zakon sam ne določi drugače. Dan obnarodovanja v »Službenih Novinah« se všteva.«

Zakon je torej sklep parlamenta, potrjen po kralju in proglašen po njem ter obnarodovan tako kakor je določeno v členu 80. ustave.

Pravna moč ali veljava zakona napram njemu nadrejeni normi, t. j. ustavi, je določena v členu 126., ki govori o spremembi ustave in iz katerega sledi, da navadni, t. j. na prej navedeni način oblikovani zakon nima moči, izpremeniti ustave, ker je za tako spremembo predviden poseben postopek, ki edinole ima to moč. Pravna moč zakona napram njemu podrejeni zapovedi, t. j. uredbi, pa je določena v členu 94., po katerem sme upravno oblastvo izdajati uredbe, potrebne za uporabljanje zakonov, torej samo take uredbe, ki služijo izvršitvi, aplikaciji (srbski »primeni«) zakona. Uredba sme torej le k temu pripomoči, da se predpisi zakona izvedejo, ne more pa teh predpisov izpremeniti. Nadaljne odredbe čl. 94. so v popolnem skladu s tem principom, ker se mora upravna oblast tudi v slučaju posebne zakonske pooblastitve gibati le v mejah te pooblastitve, t. j. zakona.

Že ta način uvrstitve »zakona« v sistem našega ustavnega prava nas podučuje v splošnem o tem, kaj se ne sme z zakonom in kaj se mora z njim urediti. Poleg prej navedenih pa pridejo za naše vprašanje še druge določbe ustave v poštev, tako da si lahko napravimo o celokupnosti predmetov, ki se morajo z zakonom urediti, sledečo sliko:

1.) V ustavi je za nekatere posamezne predmete izrecno zapovedano, da se morajo urediti z zakonom. Kot primere

navajam člen 29. (zakon o zadrugah), člen 30. (kmetijsko zavarovanje), člen 31. (zavarovanje delavcev), čl. 34. (zavarovanje mornarjev), člen 37. (vsebina, obseg in omejitve privatne imovine), člen 41., 43. (ekspropriacija gozdov in veleposestev), člen 57. (statut o kraljevskem domu), člen 68. (civilna lista kralja), člen 106. (pravice in dolžnosti državnih uradnikov), člen 119. (ustroj in velikost vojske in mornarice) itd. . . . Vspričo teh pozitivnih predpisov bi bilo odveč, iskati po kakem drugem pravnem razlogu, zakaj se morajo ti predmeti urediti z zakonom; drugega pravnega razloga razen ustavnih predpisov ni, politični in socialni razlogi pa so bili merodajni, da so se ti predpisi vnesli v ustavo.

2.) Velja z ozirom na pravno moč zakona pravilo, da se to, kar bi se smelo urediti z uredbo, kar pa se je kljub temu uredilo z zakonom (n. pr. izvršilne določbe h kakemu zakonu), da izpremeniti samo z normo iste ali eventuelno večje pravne veljave, t. j. z zakonom odnosno z ustavnim zakonom.

3.) Za vse ostale slučaje pa velja predpis čl. 94., da sme upravna oblast izdajati le take uredbe, ki so potrebne za izvedbo zakonov, torej le izvršilne uredbe. Iz tega pa sledi: kolikor ustava za posamezne slučaje ni določila kaj drugega, morajo vse norme, ki niso le izvršilne, imeti ali zakonsko obliko ali pa posebno zakonsko podlago; to slednje pa pomeni, da samo zakon lahko pooblasti upravno oblast, da odredi nekaj, kar bi se moralo brez te pooblastitve odrediti direktno z zakonom. Ako torej konkretni zakon sam ne delegira ureditve kakega predmeta upravni oblasti, morajo biti vsi novi (a contr. izvršilni) predpisi sploh izdani v obliki zakona.

Od tega principa je napravila ustava nekatere izjeme. N. pr. čl. 114., po katerem se za slučaj, da je narodna skupščina pred rešitvijo proračuna razpuščena, proračun minulega računskega leta z ukazom (kralja) podaljša najdalje za 4 mesece; ali pa čl. 135., po katerem se mora razdelitev države na oblasti, ako se to ne bi izvedlo v določenih rokih niti po navadnem niti po skrajšanem zakonodajnem postopku, urediti s kraljevo uredbo, ki se pa more spremeniti samo z zakonom. Ravno tako imajo uredbe, izdane na podlagi

posebne zakonske pooblastitve po čl. 94. z a k o n s k o veljavo, to se pravi, da se smejo i z p r e m e n i t i samo z zakonom; pač pa jih sme po pozitivnem predpisu istega člena narodna skupščina r a z v e l j a v i t i z navadno r e s o l u c i j o v celoti ali deloma.

Ustava pa pozna tudi izjeme od pravila, da se smejo ustavni predpisi izpremeniti samo ustavnim potom. Po členu 127. se smejo v izvestnih za državo nevarnih položajih obustaviti z n a v a d n i m z a k o n o m izvestne državljanske pravice. Ako ne bi bilo tega predpisa, bi se smelo to zgoditi le po onem postopku, ki je določen za spremembo ustave, ker je ta suspenzija državljanskih pravic tudi sprememba ustave, ako ravno le začasna. Zato je bilo čisto pravilno, da se je ta člen uvrstil v oddelek o »izpremembah v ustavi«. Dalje se sme v členu 138. predvidena posebna omejitev svobodnega izhajanja in razširjanja državi nevarnih spisov ukiniti z n a v a d n i m z a k o n o m; (v čl. 13. obsežene omejitve pa samo potom spremembe ustave.).

Ti primeri — izjemno zvišanje pravne moči zakona v razmerju z ustavo, pravne moči ukaza, uredbe in parlamentarne resolucije v razmerju z zakonom — nam pokažejo, da tudi po pozitivnem pravu niso ti pojmi nekaj absolutnega in da vsebujejo vedno le toliko pravne moči, kolikor jim podeljuje ustava sama.

Rekli smo, da pride pri interpretaciji ustave le zakon v formelnem smislu v poštev. Ali se da to trditi tudi o »začasnih zakonih, uredbah, pravilnikih in odločbah ministrskega sveta in drugih aktih in odlokih z določenim rokom trajanja, z a k o n s k e g a z n a č a j a«, ki so bili izdani pred proglasitvijo ustave in za katere predpisuje čl. 130. ustave poseben postopek, da ostanejo kot zakoni v veljavi ali da se spremenijo ali razveljavijo? Ker je to postopanje že končano, nima stvar več praktičnega pomena, pač pa je interpretacija tega člena iz stališča e n o t n e g a pojmovanja v ustavi rabljenih izrazov zanimiva. Ali se ne mora za razumevanje pojma »zakonski značaj« vendar pritegniti kak materielen znak v smislu prej odklonjenih teorij? Ne glede na to, kakega mnenja je bil zakonodajni odbor, mislim, da je najenostavnejša razlaga, ki se

strinja popolnoma z našimi prejšnjimi izvajanji glede pojma zakona v naši ustavi, ta, da so tudi od teh predustavnih, v revolucionarni dobi izdanih predpisov, zakonodajnega značaja oni, ki niso le izvršilni; torej oni, ki so po prejšnjem pravu veljavne formelne zakone izpremenili ali ki so postavili čisto nove norme.

S tukaj zastopanim stališčem, da morajo po naši ustavi (izvzemši v nji sami izrecno predvidenih izjem) vse nove norme biti izdane v obliki zakona in da je le za izvršilne predpise k tem normam dopustna oblika uredbe, niso seveda vse težkoče odstranjene; za prakso ostane še, da reši ne vedno lahko vprašanje, kaj je v konkretnem slučaju nova norma in kaj le izvršilna; to bo odvisno od splošnosti oz. detajliranosti zakona, ki se naj izvede. Skrajni slučaj napram uredbi bo na eni strani ta, da je zakon tako detajliran, da sploh ne potrebuje »izvršilne« uredbe, na drugi strani pa v čl. 94. ustave predviden slučaj, v katerem je zakon samo blanket, ki prepušča vso svojo izpolnitev uredbi. Presoja, ali je izvršilni predpis v resnici samo izvršilen, t. j. ali je krit po tekstu zakona, pripada koncem konca sodiščem. Radi tega moram tudi na kratko govoriti o pravnem položaju sodišč napram ustavi, zakonu in uredbi.

Čl. 48. ustave pravi, da se razsodbe in rešitve sodišč izrekajo in izvršujejo v imenu kralja n a p o d s t a v i z a k o n a; čl. 109. pa, da so sodišča nezavisna, da niso pri izrekanju pravice pod nobeno oblastjo, nego da sodijo p o z a k o n i h. To velja seveda ravno tako za upravna sodišča in po čl. 120. za vojaška sodišča. S tem je rečeno, da je zakon za sodnika edino merilo. V to svrhu pa si mora sodnik biti najprej na jasnem o tem, ali je norma, predpis, po katerem naj sodi, v resnici zakon. Da pa je kaka norma res zakonska norma, da se je ustvaril veljaven zakon, to posvedočuje po čl. 80. ustave kralj s proglaševalnim dokumentom (ukazom). Pomen proglaševanja (promulgacije) zakona po kralju obstoji ravno v posvedočenju, da kralj in skupščina soglašata glede izvestnega zakonskega teksta. Vsled tega obseza navedeni dokument troje: 1.) ugotovitev, da je skupščina sprejela dotični zakon; 2.) ugotovitev, da ga je kralj potrdil; 3.) celotni zakonski tekst. Po naši ustavi ni razen kralja

nobena instanca predvidena, ki bi smela ta dejstva avtorizirati. Ta dejstva so tedaj s kraljevim proglašenjem definitivno, to pa je pravomočno poverjena; torej ne pristojata nobenemu drugemu organu, tudi sodniku ne, da bi resničnost te avtorizacije še presojal. Preostaja še ugotoviti, dali se je proglašanje vršilo pravilno. To pripada sodniku (po mojem mnenju tudi vsakemu drugemu državnemu organu, ki naj izvršuje zakone), ker mu je pravilna proglasitev edini znak, da ima opraviti z zakonom, kajti to, kar ne bi bilo pravilno kot zakon proglašeno, ne bi imelo zakonske oblike. Sodnik ima torej kontrolo o tem, ali je kralj v proglaševalnem dokumentu posvedočil, da je skupščina zakon sprejela in da ga je kralj potrdil; ali je proglaševalni ukaz sopodpisan od vseh ministrov; ali je minister za pravosodje nanj pritisnil državni pečat; potem pa tudi, ali je zakon obnarodovan v »Službenih Novinah«, ker dobi po čl. 80. ustave zakon obvezno moč šele z razglasitvijo v tem listu. Razen te formelne kontrole pa nima sodnik takozv. »materielne« kontrole; n. pr. o tem, ali je skupščina v resnici zakon sprejela, ali ga je pravilno sprejela, ali ga je kralj res sankcioniral; kajti vse to je že kralj s proglašenjem pravomočno posvedočil, tako da ne obstoji o tem pravno noben dvom več; ravno tako kakor je sodna rzsodba zadnje instance pravomočna, dasi mogoče ni v skladu z zakonom. Ker je sodnik po prej navedenih določbah ustave vezan na zakon, t. j. na to kar je pravilno kot zakon proglašeno in obnarodovano, je s tem že rečeno, da nima soditi o tem, ali je zakonska vsebina v skladu z ustavo; odklonitev izvedbe zakona iz tega razloga bi bila v nasprotju z določbo, da je sodnik vezan na zakon. Znano je, da je v Zjedinjenih državah Severne Amerike v tem pogledu drugače. Tam sme sodnik presojati zakone na njih ustavnost, ker je tam absolutno vezan le po ustavi; pri nas, kakor v vseh drugih evropskih državah¹⁾, pa je absolutno vezan po zakonih. Če bi se reklo: ustava je tudi zakon, celo posebno kvalifikovan zakon in je vsled tega sodnik v prvi vrsti vezan na ustavo, je treba odgovoriti, da je sodnik seveda podvržen ustavi, da pa more direktno po njej soditi

¹⁾ Jovanović str. 232.

le tedaj, ako je ona dotični predmet uredila in ako ni o tem predmetu kak p o z n e j š i zakon izdan. Če je tak zakon izdan, potem je po p r e d p i s i h u s t a v e s a m e zakon za sodnika merodajen. Vprašanje ustavnosti zakona pa zanj sploh ne obstoji, ker je že definitivno rešeno s kraljevo sankcijo, oz. promulgacijo in ker ni predvidena druga instanca n. pr. ustavno sodišče, ki bi o tem odločalo. Vsled tega tudi ni ne sodnik, ne kak drugi državni organ odgovoren za izvrševanje protiustavnih zakonov; odgovorni so za to ministri, ki so sopolpisali kraljevo sankcijo in ukaz proglasitve zakona. Sodnik je celo dolžan izvršiti tudi protiustavne zakone, ker bi sicer vsled svoje u s t a v n e obveze napram zakonu zagrešil protiustaven čin. To izgleda na prvi pogled paradokсно, v sistemu državnega organizma pa ni paradokсно, ker se pač noče dopuščati v s e m organom kontrola o vsem, temveč se radi reda in enotnosti uprave in sodstva prisodi izreku i z v e s t n e g a državnega organa obvezna moč za vse druge organe. To je princip pravne moči, glede zakona ravno tako kakor glede rzsodbe.

Iz istega razloga, namreč ker je vezan le na zakon in ker mora nanj v s e proicirati, ima sodnik dolžnost, presoјati uredbe, ki pridejo za njegovo sodbo v poštev, na njih zakonitost. Dokler ni kak zakon spremenjen s poznejšim zakonom, obstoji še vedno za sodnika; uredba, ki bi hotela izpremeniti zakon, kakor sploh uredba, ki se ne naslanja kot »izvršilna« na kak zakon, ne more biti zanj obvezna. V tem leži sodniška garancija za zakonitost uredb. Take s o d n i š k e garancije za ustavnost zakonov pri nas ni.

Dolžnost, presoјati uredbe na njih skladnost z zakonom, pa ima samo sodnik, ne upravni uradnik; ta ima napram uredbam višje upravne oblasti isto stališče kakor sodnik napram zakonu: mora jih izvrševati, za eventuelno nezakonnost pa je odgovoren dotični, ki je uredbo izdal, končno minister. Če bi taka uredba prišla v poštev pri sodnem postopanju, potem je sodnik ne bi smel kasirati, ker bi s tem posegel v delokrog upravnih oblasti, ki so uredbo izdale. On je kratkoma ne uporabljaja; zanj sploh ne eksistira, ker je zakon tu, kateremu nasprotuje, ali pa ker ni zakona, za kojega izvedba bi bila izdana.