



**Revus**

Journal for Constitutional Theory and Philosophy of  
Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava

**8 | 2008**

**Sodniki in pravna kultura**

---

## Schmittova teorija legalnosti in legitimnosti

*Schmitt's theory of legality and legitimacy*

**Andraž Teršek**



### **Electronic version**

URL: <http://journals.openedition.org/revus/646>

DOI: 10.4000/revus.646

ISSN: 1855-7112

### **Publisher**

Klub Revus

### **Printed version**

Date of publication: 1 septembre 2008

Number of pages: 45-66

ISSN: 1581-7652

### **Electronic reference**

Andraž Teršek, « Schmittova teorija legalnosti in legitimnosti », *Revus* [Spletna izdaja], 8 | 2008, Datum spletne objave: 04 mars 2013, ogled: 01 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revus/646> ; DOI : 10.4000/revus.646

---

All rights reserved

Andraž Teršek

## Schmittova teorija legalnosti in legitimnosti

Zaradi vezi z nacističnim režimom in svoje družbene vloge velja Carl Schmitt za kontroverznega pravnega teoretika in nosilca moralne odgovornosti. Hkrati pa je nedvomno eden izmed najpomembnejših evropskih ustavnopravnih teoretikov in pravnih filozofov. Med drugim je tudi avtor ene izmed najznamenitejših teorij o razmerju med legalnostjo in legitimnostjo. To razmerje je utemeljil v sozvočju s svojo politično teorijo o razlikovanju med prijateljem in sovražnikom kot temeljem politične organiziranosti države. Utemeljeval jo je ob konceptu suverena kot izvorne in konstitutivne odločitve za vzpostavitev države kot homogene politične enote. Temelj in izvor legitimnosti je videl v tej isti suvereni odločitvi, v konstitutivni volji ljudstva. Razlikoval je med plebiscitarno legitimnostjo, ki jo izraža trenutna volja ljudstva ob določenem vprašanju, in demokratično legitimnostjo, ki jo pogojuje vsebina predpostavke o volji ljudstva kot suvereni odločitvi za oblikovanje politične skupnosti. Razlikoval je med legalnostjo in legitimnostjo. Poudarjal je nujnost vsebinske nadgradnje in preseganja gole formalne legalnosti in prednost materialnega dela ustave, s temeljnimi pravicami in načeli, pred organizacijskim delom.

**Ključne besede:** Carl Schmitt, legalnost, legitimnost, ustava, temeljne pravice, nacizem, Weimar

### 1 TEORIJA LEGALNOSTI IN LEGITIMNOSTI

Vprašanje odnosa med legalnostjo in legitimnostjo velja v politični in pravni filozofiji za eno izmed osrednjih in vselej prisotnih vprašanj legitimiranja politične oblasti in legitimiranja pravnega sistema. Kljub pestrosti, številnosti in kakovosti pa teorije in koncepte legitimnosti (razumljivo in pričakovano) niso izoblikovale končnega in absolutnega odgovora o razmerju med legalnostjo in legitimnostjo. Najznamenitejši teoretiki legalnosti in legitimnosti so najverjetneje Max Weber (s teorijo o treh čistih tipih legitimne oblasti, z idealnotipskim pozitivizmom in z objektivnim pozitivizmom zaprtih proceduralnih teorij), Niklas Luhmann (s sistemsko teorijo in v njenem okviru teorijo o legitimaciji prek postopka in postopka kot nujne funkcije legitimnosti), Hans Kelsen

(s čisto teorijo prava in s pravoznanstvenim izenačenjem legalnosti in legitimnosti), Jürgen Habermas (z materialno proceduralno teorijo legitimnosti, izdelano v okviru diskurzne teorije demokracije, osredotočeno na razlikovanje med legalnostjo in legitimnostjo, ter s postavitvijo temeljnih človekovih pravic kot osrednjega vsebinskega kriterija v središče) in Gustav Radbruch (s teorijo nadzakonskega prava in zakonskega neprava, s koncepcijo o nesprejemljivosti očitnega zanikanja sicer nespremenljivih nadzakonskih temeljnih načel, utelešenih v temeljnih človekovih pravicah in svoboščinah).<sup>1</sup>

Vsi omenjeni pravni znanstveniki in vse omenjene teorije ali koncepcije legitimnosti so darovali neizbrisljiv, tudi odločilen pečat kontinentalni pravni znanosti kot takšni. Seveda je delo omenjenih teoretikov neposredno in močno zaznamovalo tudi tradicijo kontinentalnega ustavnega prava. Del te družčine pa je tudi Carl Schmitt. Tudi njegova teorija legalnosti in legitimnosti ima prevelik ustavnopravni pomen, da bi jo smeli prezreti ali tvegati njen zdrs v zgodovinsko pozabo. S tem prepričanjem je utemeljen pričujoči spis.

## 2 WEIMAR, NACIZEM IN SCHMITTOVA PRAVOZNA NSTVENA VELIČINA

Weimarska republika, vznikla, preigrana in ugasla na nemških tleh v letih 1919–1933, je zaznamovala evropsko zgodovino in pravno tradicijo nesorazmerno s svojo kratkostjo. Ugasla, pravzaprav propadla je sila neslavno, s Hitlerjevim prihodom na oblast. Dyzenhaus jo opiše kot »krhko podlago za teme o pluralizmu, liberalno-demokratskem pravnem redu in njegovi legitimnosti, ker je pogosto uporabljena kot paradigmatični primer tega, kako lahko sovražniki liberalne demokracije uporabijo pravni red za sesutje demokracije od znotraj«. Weimar naj bi bil zato »spodleteli eksperiment demokracije. Posledice so bile velikanske. Holokavst, množični pobjoj šest milijonov evropskih Židov ... 50 milijonov mrtvih.« Pri tem pa weimarska republika, še pravi Dyzenhaus, »ni bila prekleta že v izhodišču, ampak so jo spodnesli protidemokrati«.<sup>2</sup>

Po drugi strani pa naj bi bilo za nemško pravno in politično teorijo prav obdobje pred vzponom nacizma, med vzponom in tik po njem celo najproduktivnejše. In pri tem naj bi izstopala Strauss in Schmitt.<sup>3</sup>

- 1 Podrobno o teh teorijah in koncepcijah legitimnosti v Andraž Teršek, *Legitimnost kot prva političnih in pravnih konceptov sodobne ustavne demokracije* (doktorska disertacija), Ljubljana, Pravna fakulteta, 2008.
- 2 David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 1, 17, 28.
- 3 Glej Jelica Šumič Riha, *Totemske maske demokracije*, Ljubljana, Znanstveno in publicistično središče, 1996, 171.

Schmitta spremlja etiketa moralno kontroverznega teoretika in intelektualca. Bil naj bi celo eden najkontroverznejših političnih mislecev dvajsetega stoletja. »Gre za misleca, ki se mu po eni strani priznava, da je bil, predvsem zaradi analitične in retorične briljantnosti svojih predavanj in besedil, še za časa svojega življenja mit, po drugi strani pa se njegov prispevek k politični teoriji zanika zaradi kolaboracije z nacionalsocialističnim režimom v tridesetih letih.«<sup>4</sup>

Po vstopu v nacionalsocialistično stranko je Schmitt objavil vrsto člankov v podporo režimu. Leta 1934 je napisal članek v podporo krvavemu zatrtju organizacije SA, leta 1935 pa v podporo nürnberškim rasističnim zakonom. V času weimarske republike naj bi bil najpomembnejši teoretik desne politične opcije in pravni svetovalec takratnega (leta 1932) ministra za obrambo. Četudi se je kasneje, po napadu SS-ovskih častnikov, iz prakse umaknil v teorijo, ni objavil nikakršne kritike nacistične oblasti ali antisemitizma. Njegov »komunitarijanski eksistencializem« naj bi bil po mnenju nekaterih analitikov po eni strani pozitivno vplival na vzpon nacistov na oblast, četudi po drugi strani njegova teoretična razmišljanja sama po sebi še niso bila »razlog« za vzpon nacistov. Podobno kot njegovim razmišljanjem nasprotna teoretična stališča niso mogla preprečiti nacistične vladavine.<sup>5</sup> Schmitta so nekateri označili za »mefista nemškega predhitlerjevskega časa«, ki naj bi bil režimu priskrbel avro legitimnosti.<sup>6</sup>

Obstajajo tri temeljne interpretacije Schmittovega odnosa do nacizma. Po prvi naj bi bil med vrsticami nagovarjal liberalce, naj z drugačno politiko preprečijo sesutje sistema, ki ga samo zagovarjajo, od znotraj in tako preprečijo vzpon nacizma. Po drugi naj bi bil utemeljeval protislovje med liberalizmom in pozitivizmom, zaradi česar liberalizem kot realizacija družbenega reda ni mogoč in je zato njegov konec neizogiben, ne glede na to, kaj si on sam misli o liberalizmu. Po tretji interpretaciji naj bi bil s svojim zavzemanjem za spremembo koncepta suverena in za *legitimacijski decizionizem* olajšal pohod nacistov na oblast in jih s tem tudi pritrjevalno pozdravil. Njegova razprava o sovražniku in prijatelju kot opredelitvi političnega naj bi utemeljevala tretjo interpretacijo.<sup>7</sup> Mnogi analitiki preprosto sklepajo na Schmittovo odločitev, da zavaruje svojo kariero in da si ob tem zagotovi tudi politični vpliv.<sup>8</sup> Podobno, kot to velja za druge intelektualce tistega časa, so nacisti, kot navaja Arendtova, tudi Schmitta že dokaj kmalu zamenjali z drugo- in tretjerazrednimi talenti.<sup>9</sup> Kmalu se je moral začeti celo zagovarjati pred obtožbami na

4 Vlasta Jalušič, *Carl Schmitt kot mejni teoretik političnega*, v Carl Schmitt, *Tri razprave*, Ljubljana, Krt, 1994, vii.

5 Dyzenhaus 1997 (op. 2), 3–5.

6 Dyzenhaus 1997 (op. 2), 1, Jalušič 1994 (op. 4), vii.

7 Dyzenhaus 1997 (op. 2), 40–41.

8 Jalušič 1994 (op. 4), xii.

9 Arendt Hannah, *Vita Activa*, Ljubljana, Krt, 1996, 544.

račun svojega »filosemitizma« in »liberalizma«. <sup>10</sup> Četudi sta torej Schmittovo življenje in znanstveno delo ovita v tančico skrivnosti, naj bi bil vsaj njegov negativen odnos do Židov dokazan, dokumentiran in zato neizpodbiten. <sup>11</sup> Sicer pa Schmitt naj ne bi bil nikjer izrecno zagovarjal fašizma ali nacizma. <sup>12</sup> Posredna in skrita kritika nacizma naj bi izhajala iz Schmittovega zapisa, da je do poslušnosti upravičena samo tista država, ki jih uspe zagotoviti vsaj fizično varnost ljudi oziroma fizično integriteto. <sup>13</sup>

Na nürnberških procesih pa Schmittu niso dokazali kazenske odgovornosti, ker naj bi bil »nacistični uradni konstitucionalni apologet«, in so ga po zaslišanju brez obtožbe izpustili. Tudi sam je zavračal kazensko odgovornost, sprejemal pa je moralno. A četudi Schmittu zaradi povezave z nacisti po vojni ni bilo dovoljeno opravljati pedagoške službe (bil je tako rekoč izobčen iz intelektualne srenje, čeprav je pisal skoraj do svojega devetdesetega leta), je njegov teoretični vpliv na javno pravo in politično teorijo ostal prisoten. Nemško ustavno sodišče njegova teoretična razmišljanja še vedno jemlje resno. Mnogi zato Schmitta vidijo kot odličnega pravnega in političnega filozofa, hkrati pa kot nekoga, ki je v odločilnem trenutku odpovedal kot oseba. <sup>14</sup> Kot človek in kot znanstvenik bo Schmitt najverjetneje vselej neposredno povezan s skrivnostnostjo in dvojnostjo odnosa do svoje družbene vloge. A tako kot je bilo weimarsko in postweimarsko obdobje enkratno, je enkratna tudi Schmittova teoretična zapuščina.

### 3 »SUVERENA ODLOČITEV« O POLITIČNI ENOTI KOT NJENA LEGITIMACIJA

Med drugim je Schmitt k dediščini pravne znanosti prispeval tudi obsežno razpravo in enkratno teorijo legalnosti in legitimnosti. <sup>15</sup> Njen nadvse ustvarjalen duh bi upravičeno lahko pripisali njegovi koncepciji ali teoriji decizionizma kot osrednjemu elementu njene prepoznavnosti. Pomen Schmittove teorije »legitimacijskega decizionizma« ni samo v zgodovinskih okoliščinah in dejstvih, s katerimi je povezana. Ta teorija utegne biti tudi ena izmed treh najpomembnejših pravoznanstvenih idej o razmerju med legalnostjo in legitimnostjo, morda celo najpomembnejša ustavnopravna utemeljitev koncepta legalnosti in njene-

<sup>10</sup> Jalušič 1994 (op. 4), xiii.

<sup>11</sup> Dyzenhaus 1997 (op. 2), 98–100.

<sup>12</sup> Jalušič 1994 (op. 4), xxx.

<sup>13</sup> Dyzenhaus 1997 (op. 2), 92.

<sup>14</sup> Glej Šumič Riha 1996 (op. 3), 172–173.

<sup>15</sup> Ta Schmittov spis je v nemški izdaji objavljen v Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980, sam pa sem uporabljal hrvaški prevod Carl Schmitt, *Legalnost i legitimnost*, v Mirjana Kasapović, Nenad Zakošek (ur.), *Legitimnost demokratske vlasti*, Zagreb, Naprijed, 1996, 43 in nasl.

ga soočenja z legitimnostjo.<sup>16</sup> Poseben element pomembnosti te ideje se kaže v dejstvu, da je njeno ozadje Schmittova pronicljiva kritika liberalno-demokratskega modela pravne države in demokratičnega konstitucionalizma. Ta kritika se sicer prilega takratnemu času, kljub temu pa vsebuje elemente, ki jim niti danes ne gre odreči relevantnosti.

Schmittova razprava o legalnosti in legitimnosti je strukturirana predvsem kot kritična ustavnopravna interpretacija weimarske ustave. Schmitt izpostavlja slabosti te ustave in ponuja način razlage njenih posameznih določb in ustave kot celote, tudi njenega duha.<sup>17</sup> Njegovo teoretiziranje o legalnosti in legitimnosti je torej in predvsem kritika tistega, kar dejansko obstaja in po njegovem prepričanju ni dobro ali je celo obsojeno na propad. Ključ do tega propada naj bi bil v nezdržljivosti liberalizma in pravnega pozitivizma ter v samoohranitveni nezmožnosti množične demokracije.

Schmitt je bil prepričan o velikem pomenu avtoritete države. Ta naj bi bila odvisna od njene razvidnosti navzven, torej od moči njene reprezentacije v svetu. Schmitta je zanimalo predvsem to, kako mora biti država kot politična skupnost institucionalizirana, da bi se obvarovala pred propadom. Izvor moderne države je videl v sekularizaciji, zato je z njo povezoval tudi legitimacijsko osnovo države. Če je država sekularizirana cerkev, mora biti po Schmittovem pojmovanju tudi njena legitimacija teološkega izvora, ta pa se izraža predvsem v pravni teoriji. »Vera v demokracijo«, ki se po Schmittu pojavlja predvsem kot zgrešena vera v vseomogočnost demokracije, po njegovem prepričanju odseva teološki značaj demokratične legitimacije.<sup>18</sup>

»Legitimacijski decizionizem« Schmitt utemelji s konceptom »suverene odločitve« kot izvora ali začetka tako prava kot države. Grožnjo državi zanj pomeni ogroženost tradicionalne suverenosti kot »osebne« suverenosti, ker demokratična suverenost kot nova oblika suverenosti v nasprotju z monarhično suverenostjo ne zagotavlja stabilnosti. Ta stabilnost je ogrožena s kon-

16 Ta razprava naj bi predstavljala Schmittov zadnji (obupani) poskus, kako rešiti predsedniški sistem kot zadnjo možnost weimarske ustave, da se obvaruje pred jurisprudenco, ki se izmika postavitvi vprašanja, kdo je »prijatelj« in kdo »sovražnik« ustave. Glej Dyzenhaus 1997 (op. 2), 70.

17 Weimarska ustava je bila mešanica elementov angleškega, francoskega in severnoameriškega sistema, s pogosto nenatančno določenimi kompetencami posameznih vej oblasti. Oče te ustave je bil Hugo Preus, ki je zagovarjal idejo o združenih nacionalni državi, utemeljeni na svobodni samoodločbi celotnega ljudstva. Ta sistem je bil imenovan »kolektivna demokracija«, ker je integracija državne volje izhajala iz posredovanja avtonomnih socialnih organizacij, med katerimi je bila država nevtralni tretji subjekt (nav. po Jalušič 1994 (op. 4), x)). In prav to je kritiziral Schmitt. Neumann je neke zapisal, da je ironija v tem, da bi bila takratna republika morda celo preživela, če bi bili liberalci vzeli Schmittov nauk zares in če državne forme ne bi bili prepustili zgolj večinski odločitvi (nav. po Jalušič 1994 (op. 4), xii). Weimarska demokracija je bila skrajno liberalna, saj ni poznala niti protiustavnih ciljev.

18 Glej Carl Schmitt, *Tri razprave*, Ljubljana, Krt, 1994, 46.

ceptom »množične demokracije«. Ker država po Schmittu obstaja kot rezultat suverene odločitve, te suverenosti pa ni več mogoče izpeljati iz suverene osebe monarha, si je politično enoto mogoče predstavljati le še kot »organsko« enoto. Demokracija kot takšna zato sploh ne more uresničiti ideje o demokratični državi. Če namreč demokracijo utemeljujemo kot »demokracijo množic« ali »demokracijo ljudi«, pojasnjuje Schmitt, nujno trčimo ob problem volj posameznikov, ki sestavljajo politično skupnost, in ob problem splošne volje kot seštevka njihovih posameznih volj. Ta seštevka posameznih volj je lahko v nasprotju z interesom po ohranitvi družbenega reda in v končni fazi lahko celo ukine ustavno ureditev države ali državo samo. Država tako postane tehnično orodje v rokah številnih, v skladu z idejo pluralizma delujočih institucij. Med njimi si jo ene bolj in druge manj uspešno podrejajo za uresničitev svojih lastnih interesov. Ta vidik je še zlasti pomemben za Schmittovo kritiko liberalizma.

Namesto individualiziranega koncepta volje kot izraza preferenc in potreb posameznika, ki bi se priložnostno izražale in seštevale, Schmitt oblikuje koncept volje v smislu »suverene odločitve« političnega telesa – kot celote. Koncept države utemelji kot rezultat *suverene odločitve*. Država pomeni *personalizirano voljo* politične skupnosti, da se oblikuje in institucionalizira kot *homogena* politična skupnost. Homogenost politične enote je nujno potrebna, saj Schmitt »politično« utemelji s teorijo razlikovanja med »prijateljem in sovražnikom«, ki sta zanj temeljni kategoriji političnega.<sup>19</sup> Država ni utemeljena na nikakršnem pravu in na nikakršni normi, ker odločitev za državo pogojuje eksistenco prava, ki ga država – kot *samovzpostavljena volja* v smislu suverene odločitve za svojo vzpostavitev – šele ustvari. Personalizirana volja v obliki države, ki je skupinska odločitev politične skupnosti, je potem tudi volja *suverena*.

Subjektivnost je utelešena v tej odločitvi, ki je skupna odločitev celotnega ljudstva. Subjekt je ljudstvo, ki se odloči biti nacija, biti država in torej biti *politično*. »Suverena« predstavlja prav ta ista odločitev o tem, da gre (1) za suve-

19 Za Schmitta je »odločitev« ali izbira »ali – ali« nujnost. Odločitev ima teleološki značaj. Tako se pojavlja tudi kot odrešitev, ki ima značaj čudeža. Pomeni prelom z »normativizmom«, z golo aplikacijo zakonov in z obstoječim redom. Ta odločitev mora biti »usodna odločitev«, kot takšna pa je lahko »ekvivalent božjega posega«. Ta usodna odločitev primarno zadeva razmerje s sovražnikom. Sovražnik ni zgolj naključni nasprotnik, temveč gre za naravnega sovražnika v smislu poskusa, da se zanika eksistenca neke osebe, njegove (ali moje lastne) Biti. Tak je zato, ker gre pri njem za zaničanje vsega božjega. Glej Schmitt 1994 (op. 18), 116; Šumič Riha 1996 (op. 3), 196. Prav koncept *suverenega sprejema odločitve* pa je pogoj za utemeljitev koncepta sovražnika in prijatelja kot temeljnih političnih kategorij. Glej tudi Schmitt 1994 (op. 18), 84–109; prim. Dyzenhaus 1997 (op. 2), 40, 47. Politika je bila za Schmitta stvar determiniranja elit, katerih cilj je eliminirati vse notranje sovražnike. Slava politike se kaže v njeni uspešnosti pri zagotavljanju homogenosti nacionalne države, ki je pripravljena na vojne z drugimi državami (Dyzenhaus 1997 (op. 2), 95).

rena kot personalizirano voljo političnega telesa, ki se (2) odloči biti politično organiziran in enovit, tudi homogen. Suverena predstavlja *odločitev* o suverenu kot *aktu samovzpostavitve* in s tem *samoutemeljitve*. Namen te odločitve je, da se nered, neorganiziranost in vojna znotraj političnega telesa nadomestijo z redom in stabilnostjo. Državo in pravo tako vzpostavi *samovzpostavljena odločitev*, ki se potem utemeljuje kot »volja ljudstva do njenega ohranjanja in njene stabilnosti«. Gre za »*eksistenčno odločitev*«, s katero je utemeljena ustava. Zato so tudi vsebinska varovala, ki jih določa *ustava*, namenjena prav varstvu te odločitve in varstvu vnaprejšnje *odločitve o ohranjanju in stabilnosti države* kot politične enote homogenega ljudstva in njegove skupne volje. *Odločitev* in iz nje izhajajoča *volja ljudstva* sta hkrati *ultimativna odločitev* in *ustavodajni akt*. »Ljudstvo« mora »predpostaviti lastno eksistenco«. Volja ljudstva kot *odločitev* je zato *unitarna in nedeljiva*. Ta odločitev, ki je *suverena*, zagotavlja demokratični ustavi legitimnost.<sup>20</sup>

Suveren je zatorej tudi tisti, ki odloča o izjemnem stanju, ko zakon odpove, treba pa je ukrepati, pa četudi s postavitvijo nad zakon in s ponovno vzpostavitvijo ustavnega reda. Schmitt tako negotovost in neutemeljenost zakona zamenja za *gotovost in utemeljenost odločitve*. Suveren sprejema odločitve in suveren odloča o izjemi. Za Schmitta je zakon konceptualiziran z vidika izjeme: zakon je zakon le, če obstaja nekdo, ki je zanj izjema, ki se torej zakonu »izvzema«. Delovati je namreč treba tudi takrat, poudarja Schmitt, ko zakon odpove. Resnica in poanta političnega in pravnega reda zato ni normalna situacija, temveč prav nenormalna ali izjemna situacija. Vsaka norma namreč predpostavlja normalno situacijo, zato nobena norma ne more veljati v situaciji, ki je glede na normo nenormalna. Izjema je za Schmitta tista, ki naredi pravilo, izjema zahteva (in ne potrjuje) pravilo. Končno je izjema temeljno načelo pravila. Takrat odloča suveren.<sup>21</sup>

20 Posebej je treba poudariti, da je po Schmittu mogoče prepoznati voljo ljudstva tudi kot izražanje pristanka, ki je tiho. Glej Dyzenhaus 1997 (op. 2), 52–54.

21 Glej Schmitt 1994 (op. 18), 99. Tudi Šumič Riha 1996 (op. 3), 205–207, ki pravi, da pri Schmittu »suveren ni drugega kot prezenca, ni drugega kot 'telo odločitve'«. Rdeča nit je za Schmitta prav ta »izjema«, »izvzetost«, pozicija tistega, ki se lahko legalno, »po funkciji«, izvzame iz legalnosti in ki lahko to legalnost v skrajnem primeru (*extremus necessitatis causa*) tudi ukine. Ta izjemni tisti, ki lahko legalno ukine legalnost, ki lahko ukine pravni red, je varovan s pogojem za možnost njegove (ponovne) vzpostavitve. Zato se varuh ustave in suveren prepletata. Zato naj bi šlo Schmittu predvsem za »red«, za ohranitev reda. Konceptualizirati ga je poskušal z vidika izjeme, z vidika točke, ko se zlomi in se začne ponovno vzpostavljati. Z izjemo se je po mnenju avtorice Schmitt ukvarjal zato, da bi jo, paradokсно, ukrotil s tem, ko je fiksiral točko, od koder je izjemo mogoče obvladati, nadzorovati in ji onemogočiti, da bi spodnesla red. Ob vsem tem pa je bila po njenem mnenju Schmittova napaka v tem, da je bil zmožen misliti onkraj in zunaj zakona le v skladu z zakoni konkretne situacije, zato je sprejel za gospodarja vsakogar, ki bi ga konkretna situacija ponudila. Njegov paradoks je bil v tem, da je kot nekdo, ki hoče misliti politiko z vidika izjeme in v smislu transcendence, končal v »najbolj brezsmiselnem imanentizmu«.

»Idea totalne države« zato pri Schmittu pomeni državo, ki se zaradi interesa po stabilnosti, redu in ohranitvi pojavlja kot totalna država »iz moči«, s katero zavoljo samoohranitve onemogoči (izloči, uniči) svoje notranje sovražnike. Zato se lahko država iz tega namena postavi ne samo nad posameznika, ampak tudi nad pravo. S tem pa ne postane nepravna, ker je kot pogoj za eksistenco prava vselej pravna, četudi se morebiti postavi nad pravo iz potrebe po samoohranitvi in notranji pacifikaciji.<sup>22</sup> Obstoj oziroma pojav te potrebe pomeni »izredno stanje«. Zato Schmitt razume diktaturo države kot izraz notranjih problemov in protislovij demokracije. Diktatura te vrste zanj ni nasprotje demokracije, četudi oblast izvaja močan, za ohranitev enotnosti države in reda sposoben ter zato-rej avtoritativen voditelj. Razlog je v tem, da »nepravo demokracijo« začasno suspendira z namenom vzpostavitve »prave demokracije«, torej z namenom ponovne vzpostavitve ustavnega reda.

Schmitt pravi: »*Auctoritas, non Veritas facit Legem.*«<sup>23</sup> Poudarek je vselej na avtoriteti. In prav zato, ker dejanje vzpostavitve države kot politične enote ni legitimirano (utemeljeno) v pravnem redu, Schmitt strogo loči legalnost in legitimnost. Ta dva koncepta aplicira na državo, ki je sestavljena iz treh členov. Statični člen je država sama, ki je hkrati funkcija političnega. Schmitt je, ko je govoril o političnem, mislil na »naravno nujnost« kot bistvo političnega, ne pa morebiti na svobodno delovanje. Ta naravna nujnost je potreba države po vzpostavitvi in samoohranitvi. Dinamični politični člen je »gibanje«, ki je neke vrste politični proces.<sup>24</sup> Tretji člen je ljudstvo, ki pa je za Schmitta in njegov koncept »samovzpostavitvene odločitve« nepolitični element.<sup>25</sup> Upoštevajoč Schmittov koncept »cilj – sredstvo« se tako politično pojavlja kot sredstvo za doseg cilja, ta cilj pa je ustvaritev in ohranitev države. Kakšna je ta država, se mu pri tem ne zdi bistveno, zato je omenjena »suverena odločitev o vzpostavitvi države kot politične enote«, ob upoštevanju naravne nujnosti njenega (samo)ohranjanja, za Schmitta edini pravi izvor in temelj legitimnosti.<sup>26</sup>

22 Za Schmitta je smoter notranja pacifikacija države v nepacificiranem svetu. Glej Schmitt 1994 (op. 18), 111.

23 Schmitt 1994 (op. 18), 40.

24 Pri Schmittu, to je treba omeniti, je bilo pri tem poudarjeno prav nacionalsocialistično gibanje. Zagovarjal je stališče, da je bil umik prepovedi političnega delovanja nacistov upravičen in objektiv, torej pravičen, saj je bil izraz dejstva, da je nekaj milijonov Nemcev podpiralo nacistično gibanje. Glej Dyzenhaus 1997 (op. 2), 84 op. 158.

25 Prim. Dyzenhaus 1997 (op. 2), 14. Schmitt je bil zagovornik absolutizma, s katerim je utemeljil koncept suverena. Ljudstvo tega suverena pripozna z aktom pritrditve, ki je neformalni ekvivalent prisega zvestobe, s čimer ga legitimira oziroma mu zagotovi legitimnost. Suveren tako ni ustvarjen s strani ljudstva, temveč le *pripoznan* z aktom odločitve o samovzpostavitvi politične enote homogenega ljudstva in njegove skupne volje. Ljudstvo kot takšno pa lahko eksistira samo v obliki svojega predstavljanja s strani suverena. Suveren predstavlja ljudstvo tako, da mu ponudi nekaj, čemur ljudstvo lahko pritrdi ali kar lahko potrdi (glej Dyzenhaus 1997 (op. 2), 89).

26 Schmitt 1996 (op. 15), 45; Dyzenhaus 1997 (op. 2), 96.

## 4 ZAPRT NORMATIVNI SISTEM ČISTEGA TIPA ZAKONSKE DRŽAVE

Schmitt je zagovarjal teoretični koncept legitimnosti, po katerem legitimnost lahko prevlada nad legalnostjo.<sup>27</sup> Konceptijo legitimnosti in materialnih kriterijev legalnosti je utemeljil s kritiko gole formalne legalnosti. Za izhodišče si je postavil vprašanje vsebine legalnosti v *zakonski državi*: »Zakonska država je določena vrsta politične skupnosti, katere sposobnost sestoji iz tega, da vidi najvišji in odločni izraz splošne volje v normiranjih, ki želijo biti pravo, zaradi česar morajo imeti določeno kakovost.«<sup>28</sup> V tej državi obstajajo neosebna, splošna in trajno zamišljena *normiranja*, ki so merljiva in imajo določeno vsebino. Zakoni in sprejemanje zakonov sta ločeni kategoriji – na legislativo in eksekutivo. V prenesenem pomenu vladajo zakoni, ne ljudje, avtoritete ali oblasti. V pravem pomenu pa gre za »veljavnost zakonov kot norm«. Vladavine in gole avtoritete v tem tipu ni več. Izvajanje oblasti in uporaba sile potekata na temelju zakona in v imenu zakona. Gre za »merodajno opolnomočenje veljavnih norm«. Zakonodajna oblast samo utrjuje veljavna normiranja. To je temeljno načelo države, v kateri veljajo norme. Država je s tem upravičena s splošno legalnostjo. Zaprti sistem legalnosti pojasnjuje zahtevo po poslušnosti in upravičuje neobstoj pravice do upora. Pokorščina je torej brezpogojna. Posebna pojavna oblika prava je zakon, posebno upravičevanje državne prisile pa *legalnost*. V tej državi gre za »normativizem gole legalnosti«.<sup>29</sup> Zakonska država je zanj tipično sredstvo »reformistično-revizionistično-evolucionističnega obdobja, zaznamovanega s strankarskimi programi, ki želi doseči razvoj s pomočjo pravih zakonov in po parlamentarno-legalni poti«.<sup>30</sup>

Schmitt to obliko države razlikuje od *jurisdikcijske države*, v kateri konkretna odločitev v danem primeru sicer neposredno išče pravilno pravo, pravičnost in razum, a ne posreduje vnaprej določenih splošnih normiranj in se zato ne izčrpa v normativizmu gole legalnosti. V zakonski državi sodniška odločitev predstavlja samo golo uporabo normiranja, njen namen pa je zaobjeti družbeno življenje z zaprtim sistemom legalnosti, ki ga omogoča subsumpcija. Zato je jurisdikcijska država »pravna država«, če sodnik izreče sodbo neposredno in če ta odločitev velja tudi v razmerju do normirajočega zakonodajalca in glede na njegov zakon.<sup>31</sup>

Tudi Schmittu se zdi razlikovanje med zaprtim sistemom legalnosti zakonske države in načini legitimiranja drugih tipov držav pomembno.

27 Dyzenhaus 1997 (op. 2), 2.

28 Schmitt 1996 (op. 15), 43; Dyzenhaus 1997 (op. 2), 2.

29 Schmitt 1996 (op. 15), 44, 49.

30 Schmitt 1996 (op. 15), 47.

31 Schmitt 1996 (op. 15), 45.

Poudari, da je zaprti sistem legalnosti *normativna fikcija*, ki se ji odločno in neodklonljivo postavlja po robu legitimnost dejanske, zakonite volje.<sup>32</sup> V zaprtem sistemu legalnosti obstaja poseben način upravičevanja. Legalnost ima v tem sistemu nalogo, da naredi odvečno ali da spodkoplje sleherno legitimnost, avtoriteto ali oblast (bodisi monarha bodisi plebiscitno voljo naroda), zamišljeno kot nekaj, kar temelji (počiva) na samem sebi. V tem sistemu sta izraza »legitimnost« in »avtoriteta« bodisi izraz legalnosti ali pa iz nje izhajata.

Poslednji varuh, poslednji izvor in poslednja varnost sistema so po tej koncepciji v zakonodajnem postopku. Mnogovrstni izvori prava ne morejo obstajati v tem tipu države, zakonodajalec pa razpolaga z monopolom legalnosti.<sup>33</sup> Zakon se tako »čisto formalno« reducira na prazno besedo in etiketo »zakon«. V najboljšem primeru gre za zakonski pozitivizem, če pri tem obstaja vera v pravičnost in razum zakonodajalca.<sup>34</sup> Brez zaupanja v parlament po Schmittovem mnenju ne more biti gole legalnosti.<sup>35</sup> Ta pozitivizem kot decizionizem je zanj brezpogojni formalizem (absolutno nevtralna, vrednostno in kvalitativno osvobodjena, nevsebinska, formalistično-funkcionalistična legalnost),<sup>36</sup> ki pomeni povsem politično motivirano zahtevo po pokorščini in politično motivirano odreka tudi pravico do upora.<sup>37</sup>

Ta tip države sprejema tudi čisti formalni pojem zakona, ne glede na vsebinske kriterije.<sup>38</sup> V zaprti sistem normativizma zaprta država trpi zaradi pretirane abstraktnosti. Obstaja, dokler je živa vera v legalnost kot racionalnost in idealnost normativizma in dokler obstaja vera v »univerzalne ideje« (fr. *idées générales*). V njej ni potrebnega razlikovanja med *ratio* in *voluntas*; med inteligenco in slepo, breznormativno voljo; idejo normiranega in predvidljivega prava ter golo namenskostjo meril in ukazovanja; razumskim racionalizmom ter pragmatizmom in emocionalizmom; idealizmom in pravilnim pravom ter utilitarizmom; veljavnostjo in potrebo ter nujnostjo ter silo razmer itd. V njej ni

32 Schmitt 1996 (op. 15), 46.

33 Schmitt 1996 (op. 15), 56. Ne gre samo za monopol nad legalnostjo. »Schmitt govori o monopolu politike, ki si ga je država pridobila v 17. in 18. stoletju.« (Hannah Arendt, *Izvori totalitarizmov*, Ljubljana, Claritas, 2003, 326).

34 Schmitt 1994 (op. 18), 46.

35 Schmitt 1996 (op. 15), 61.

36 Schmitt 1996 (op. 15), 59.

37 Schmitt 1996 (op. 15), 57–58. Prim. Šumič Riha 1996 (op. 3), 184. Na splošno gre za vero v institucije, prav posebej pa za vero v parlament, kar je za Schmitta ključni pogoj za delovanje sodobne parlamentarne demokracije. Izguba vere v parlament pomeni krizo, ki izhaja že iz liberalnega koncepta demokracije. V njem je konstrukcijska napaka, kot izraz nenaravnosti liberalne demokracije in njene avtodestruktivnosti. Kompromisov, ki naj bi bili osnovni smoter liberalne demokracije, ta po Schmittu namreč ne omogoča, ampak jih, nasprotno, celo onemogoča.

38 Schmitt 1996 (op. 15), 56.

razlike med »enakostjo pred merili« in »enakostjo pred zakonom«. <sup>39</sup> Končno se lahko spremeni v prazni funkcionalizem odločitev večine ter vzpostavi vez med legalnostjo in tehničnim funkcionalizmom. Načeloma se zato lahko vsaka država (kot vsaka oblast) sklicuje na svojo »pravnost«. Nenazadnje lahko kdo kot »pravo« preprosto označi vse tisto, kar se zdi njemu in njegovim zaveznikom dobro, vredno pohvale. <sup>40</sup>

## 5 VSEBINSKA IN USTAVNOPRAVNA MATERIJA LEGALNOSTI – DOLOČITEV MEJ OBLASTI

Zaradi navedenih razlogov morata po Schmittovem mnenju teorija države in ustavnopravna teorija (z razlikovanjem posameznih tipov držav) izdelati kriterije, s katerimi bosta bolje in razločnejše opredelili konkretno bistvo legalnosti in njen trenutni položaj. <sup>41</sup> Schmitt poudari, da »se danes legalnost razume kot nekaj formalnega in kot nasprotje legitimnosti«. <sup>42</sup> Pojem zakona mora zato po njegovem prepričanju dobiti svoj materialni vidik. <sup>43</sup> Schmitt pritrdi načelu, da je vprašanje legitimnosti neposredno povezano z vprašanjem meja oblasti: »Govorimo torej o mejah oblasti zakonodajalca.« <sup>44</sup>

Schmitt izhaja iz teze, da je v tedanji weimarski demokraciji zakon pomenil upoštevanja vredno voljo dejanskega naroda, kar dejansko pomeni voljo upoštevanja vredne večine državljanov: *lex est quod populus jubet*. Hkrati demokracija, opozarja Schmitt, ne more obstajati brez (teoretične) predpostavke, da je narod »dober« in da je njegova volja zato zadostna. Volja parlamenta se tako identificira z voljo naroda, vsebuje kvalitete volje naroda. Formaliziran pojem zakona tako ni več brezpogojen, ampak je vezan na prepričanje o skladnosti

39 Schmitt je tudi koncept (načelo) enakosti razumel v neposredni povezavi z idejo o homogenosti ljudstva kot politične enote. Temeljno načelo demokracije o enakosti je za Schmitta smiselno le, če implicira neenako obravnavo neenakih (Schmitt 1994 (op. 18), 14). Enakost, ki je temelj demokracije, ne pomeni liberalnega ideala univerzalne enakosti. Enakost je določena *navznoter*, ne navzven, zato so znotraj demokratične države vsi državljani enaki. Gre za *enakost v vsebini*, katere del so vsi državljani homogene politične enote. Enakost je v *nacionalnosti*. Ta substanca, ki določa javno življenje in javno pravo, ne bi več obstajala, če bi bila priznana univerzalna individualna enakost. Demokratična enakost je zato *dejanska homogenost ljudstva*. Osrednji koncept demokracije je zato *ljudstvo*, in ne humanost. Ne obstaja demokracija humanosti, obstaja samo *ljudska demokracija*. Enakost je torej *substancialna homogenost*. Glej Dyzenhaus 1997 (op. 2), 56.

40 Schmitt 1996 (op. 15), 50–51, 57. Schmitt posebej poudari, da pozitivizem ne zmore razrešiti problema, kako je možna popolna podreditev parlamentu in hkrati podreditev parlamenta pravu. Glej Dyzenhaus 1997 (op. 2), 68.

41 Schmitt 1996 (op. 15), 53.

42 Schmitt 1996 (op. 15), 49.

43 Schmitt 1996 (op. 15), 58.

44 Schmitt 1996 (op. 15), 55.

parlamentarne večine in homogene narodne volje (volje suverenega naroda, fr. *volonté générale*).<sup>45</sup>

Problem zaprtega tipa zakonske države je po Schmittovem pojmovanju v tem, da se mora tudi ustava omejiti zgolj na organizacijske in proceduralno-pravne določbe (gre za t. i. funkcionalistično razmišljanje). To je tudi za Schmitta teoretični absurd in zato nesprejemljivo. Pri tem je ideja o nevtralnosti zakona zanj že sama po sebi problematična, ker mora imeti zakon določene kvalitete tudi glede na samega sebe in glede na lastne predpostavke. Načelo večine, opozarja Schmitt, kot temeljno funkcionalno demokratično načelo v takšnih okoliščinah zato lahko deluje samo kot odsev vsebinske enakosti celotnega naroda. To pomeni, da manjšina nikdar ni preglasovana, glasovanje pa samo naznanja latentno in predpostavljeno soglasje in enodušnost. Kakor hitro pade predpostavka nedeljive nacionalne enotnosti, po njegovem mnenju pade tudi ideja nevsebinskega funkcionalizma. Ob slehernem poskusu reduciranja tega mehanizma na enostavno matematično-statistično ugotavljanje večine ali na aritmetično seštevanje je vendarle treba predpostaviti neko materialno načelo pravičnosti. Drugače bi se, pojasnjuje Schmitt, v določenem trenutku zlomil celoten sistem legalnosti.<sup>46</sup>

Legalnost ne more biti vsebinsko indiferentna, ker ne more biti nevtralna do lastne veljavnosti in s tem neodvisna od vsake materialne pravičnosti. Nevsebinskost gole statistične večine odvzame legalnosti prepričljivost, saj se nevtralnost nanaša prav na odnos med pravom in nepravom. Možnost neprava ali možnost tirana je po Schmittovem mnenju odstranjena samo s »formalno zvižaco«: s tem, da neprava pač ne označuje več kot »neprava« in tirana tudi ne kot »tirana«. To zanj pomeni, da legalna oblast sploh ne more več ustvarjati neprava. Legalna uporaba nelegalne oblasti ne more več obstajati, tudi ne tiran ali večina brez pravnega naslova. Položaj *ad absurdum* se potem pojavi, če rečemo, da večina nikdar ne more delovati nepravno, ker vse, kar počne, pretvarja v pravo in legalnost samo zato, ker je pač večina.<sup>47</sup> Ta matematični funkcionalizem končno ukine samega sebe, če se ne zavzema strogo za enake možnosti pri doseganju večine. »To pa potem ni več brezvsebinska formalno-funkcionalistična gola legalnost.« Schmitt poudari, da v zaprti normativistični pojem države nujno prodre nekaj iz ozadja, nekaj, kar je »neomejeno«. Nastopi določen »politični presežek vrednosti«, ki je dodan golonormativistični legalni oblasti, oziroma neka »nadlegalna nagrada za legalno posedovanje legalne oblasti« in za dose-

45 Schmitt 1996 (op. 15), 60. Glej tudi Dyzenhaus 1997 (op. 2), 40–41. Ker suveren pomeni predhodno skupno odločitev politične skupnosti ljudi, da bo obstajala kot politične enota, kot država, kot nacija, kot homogena celota, je od tistega trenutka naprej v skladu z voljo naroda in tako tudi legitimno vse tisto, kar vodi k ohranjanju temelja te odločitve. Odgovor na vprašanje, kdo ima suvereno jurisdikcijo, ne izhaja iz racionalnega parlamentarnega razpravljanja, ampak iz realnosti političnega oziroma iz politike identitete.

46 Schmitt 1996 (op. 15), 61–63.

47 Schmitt 1996 (op. 15), 64.

ganje večine. Zagotavljanje enakih možnosti zahteva razumevanje, da so enake možnosti ponujene samo tistemu, ki bi jih omogočil tudi drugim. Drugačno razumevanje bi bilo zanj samomor tega načela že s čisto praktičnega vidika.<sup>48</sup>

Schmitt uporabi tezo, da zloraba 98 ljudi na račun dveh ni manjše zlo, kot je zloraba 51 ljudi na račun 49 ljudi. Iz tega izpelje, da razlikovanje med višjimi in nižjimi zakoni ne temelji na kvorumu, ampak na *volji ustave*. Matematični in racionalni problemi večine so prisotni še naprej. Za sleherno demokracijo naj bi bilo med drugim značilno, da temelji na predpostavljeni, popolni in nedeljivi *homogenosti*. Zato vsako glasovanje pripelje do soglasja, ne do večinskega preglasovanja, ker »modelsko utrjuje enodušnost«, ki je mora biti čim več, če naj se demokracija ohrani. V demokraciji načeloma ne obstaja trajna delitev naroda na večino in manjšino, zato tudi ni trajno zavarovanih interesov. Če pa interesom dodamo interese v smislu pravic, se demokratično načelo modificira in dobimo drugo vrsto ustave. Ta pa po Schmittu ni več vrednostno nevtralna.<sup>49</sup>

Schmitt poudari, da popolna homogenost v družbeni praksi seveda ne obstaja, saj masa državljanov ne misli enopomensko, temveč je pluralistično razdeljena na množico heterogenih organiziranih kompleksov, ki vodi do zbiranj istovrstnih večin. Ker logično obstaja nezaupanje v enostavno večino in ker je kvalificirana večina še bolj nevarna od enostavne, samodejno pride do potrebe po še večjem varstvu določenih interesov in pravic.<sup>50</sup> Zato so potrebna določena materialnopravna zagotovila. Na eni strani je treba po Schmittovem prepričanju zavarovati zakonodajni proces pred voljo vsakokratne večine, na drugi strani pa je treba omogočiti, da lahko v zakonodajni proces pridejo vse možne vsebine, vsa različna razmišljanja, vse težnje in vsi cilji. Ustava, ki je proceduralno gledano sprejemana s kvalificirano večino, po Schmittu ni vrednostno nevtralna in zato ni mišljena funkcionalistično! Izhaja iz predpostavke o obstoju določenih vrednot in vrednosti, ki jih določa prav ustava in ki so v tem pogledu »svete«.

Na drugi strani je, kot opozarja Schmitt, funkcionalistični pomen zaprtega tipa legalnosti v želji po nevtralnosti izpostavil nevarnost ukinitve prav te »svetosti«. Pri vprašanju ukinjanja te svetosti ne gre samo za vprašanje, ali je verjetno, da bi do tega prišlo, temveč za vprašanje, ali bi do tega smelo priti. Ustava je tako dvodelna: organizacijsko-funkcionalna in vrednostno artikulirana v smislu določenih pravic, svoboščin (tudi interesov) in načel. Ker je ustava celota, je treba žrtvovati vrednostno nevtralnost bodisi organizacijskega dela ali pa vsebinskega dela ustave. Rešitev se zdi Schmittu očitna: žrtvuje naj se vrednostna nevtralnost organizacijskega dela.<sup>51</sup>

48 Schmitt 1996 (op. 15), 64–69.

49 Schmitt 1996 (op. 15), 74–75.

50 Schmitt 1996 (op. 15), 76.

51 Schmitt 1996 (op. 15), 78–79. Schmitt navaja (umestna) Anshützova razmišljanja, da je gola legalnost usmerjena sama vase, ker omogoča svojo lastno ukinitve. Schmitt 1996 (op. 15), 80.

Ob tem se zdi Schmittu posebej pomembno tudi to, da prav garancije vsebinskega dela ustave zagotavljajo varstvo pred zlorabo legalne oblasti.<sup>52</sup> Vrednostno nevtralna, funkcionalistična vsebina legalnosti kot taka omogoča, da ena politična opcija legalno prepove konkurenčno politično opcijo. To bi bila po Schmittovem mnenju zloraba legalne oblasti. Po drugi strani pa ustavna struktura z vsebinskimi elementi ustave onemogoča tako preprečevanje političnega delovanja v nasprotju z vsebinskimi temelji ustave kot tudi sprejemanje nesmiselnih in nepravičnih odločitev s strani kvalificirane večine, saj ta ne more sprejemati odločitev, ki presegajo *njo samo* in ki presegajo njeno pomembnost.<sup>53</sup>

V tem procesu začnejo nastajati višje in nižje instance, ki sprejemajo višje in nižje norme. Izpostavijo se t. i. čuvarji ustave. Proces spominja na značilnosti jurisdikcijske države, a se ne izoblikuje njen čisti tip.<sup>54</sup> Schmitt opozori, da je eno *postopek* oblikovanja državne volje, drugo pa so temeljne pravice, ki zagotavljajo državljansko svobodo. Ingerenca ustavnega zakona je tako ingerenca v korist vsebinsko opredeljenih, posebnih interesov in objektov varstva, ob hkratnem ustavnem fiksiranju materialnega prava veljavno pridobljenih pravic posebnih skupin. Schmitt celo uvede načelo supraustavnosti, ko govori o tem, da mora organizacijska urejenost države služiti varstvu temeljnih pravic in svoboščin ter temeljnih načel družbenega reda. Te pravice in ta načela imajo za Schmitta nadlegalno veljavo in so nad sleherno organizacijsko-ustavnopravno ureditvijo, ki služi njihovem varstvu. So tudi nad pisanimi ustavnimi zakoni in izključujejo njihovo ukinjanje z zakoni, ki spreminjajo ustavo. Schmitt je tudi na tej točki odločen: »Če ustava predvideva možnost ustavne revizije, s tem ne želi ponuditi legalne metode za ukinjanje svoje lastne legalnosti, še manj pa legalnega sredstva za rušenje svoje legitimnosti.«<sup>55</sup>

Schmitt je torej poudarjal, da se vsaka ustava vendarle opira na določena temeljna načela, ki imajo funkcijo nespremenljivosti ustavne ureditve. Četudi ustava zagotavlja možnosti njenega spreminjanja, to nikakor ne pomeni, da gre pri tem za ustavno ponujeno možnost ustavnega rušenja ustavne ureditve, ki jo ta ustava hkrati sama vzpostavlja. Ustavna sprememba zato ne sme legalizirati rušenja zakonitosti ali legitimirati odprave legitimnosti, ki ju določa ustava sama.<sup>56</sup>

52 Schmitt 1996 (op. 15), 81.

53 Schmitt 1996 (op. 15), 82–83.

54 Schmitt 1996 (op. 15), 86–87.

55 Schmitt 1996 (op. 15), 88.

56 Prim. Šumič Riha 1996 (op. 3), 173. V povezavi s tem konceptom ustavnosti je Schmitt leta 1932, tik pred Hitlerjevim prihodom na oblast, celo zahteval prepoved nacionalsocialistične stranke. V imenu obrambe ustavne ureditve je svaril pred nevarnostjo, da bi na volitvah zmagała bodisi skrajna levica – komunisti bodisi skrajna desnica – nacisti. Ne glede na to pa je Schmitt leta 1933 postal član nacionalsocialistične stranke in član pruskega državnega sveta.

## 6 PLEBISCITNA LEGITIMNOST

### 6.1 *Voluntas in ratio*

»V dneh weimarske republike je vsaka nova skupina verjela, da ne more najti boljše legitimacije in večje privlačnosti za množice drugače kot z jasnim zatrjevanjem, da ni stranka, temveč gibanje,« pojasnjuje Arendtova.<sup>57</sup> In Schmitt? Neposredno vezanost legitimacije »na voljo« naroda postavi v središče vprašanja legitimnosti. Poudari namreč problem razmerja med *parlamentarno legalnostjo* in *plebiscitno legitimnostjo*. Materialnopravni deli ustave določajo varovane interese in objekte, torej določeno *ratione materiae*. Ko se pojavi ljudstvo kot izredni zakonodajalec, ki je postavljen ob bok parlamentu in nad parlament, se za Schmitta pokaže problem *ratione supremittas*.<sup>58</sup> Poseben, morda celo odločilen poudarek Schmitt namenja temu, da neposredna demokracija pomeni odločanje v skladu z »*voluntas*«, ne pa »*ratio*«, zato zase zahteva »*legitimitnost*«, ne pa »*legalnosti*«. <sup>59</sup> Problem, tudi protislovje, zato nastane, ker upoštevanja vredna volja pomembne večine naroda ustreza konceptiji normativnega funkcionalizma. Tako kot na eni strani izredni zakonodajalec kot ustavni zakonodajalec, ki ga določa vsebinski del ustave *ratione materiae*, omejuje funkcionalizem pomembne parlamentarne večine ustavne, parlamentarne in zakonodajne države, na drugi strani drugi izredni zakonodajalec, to pa je narod, ustreza razširitvi funkcionalizma. Schmitt ta problem prenese v okvir vprašanja t. i. »izhoda z več posledicami za ustavni sistem legalnosti«. Dvojnost teh dveh zakonodajalcev je zanj dvojnost sistemov upravičevanja – sistema legalnosti parlamentarne zakonske države in plebiscitno-demokratske legitimnosti. Schmittov poudarek razlikovanja je bistven: »To ni le konkurenca institucij, temveč tudi spopad dveh vrst tistega, kar je pravo.« V tem spopadu ima avtoritativni imetnik oblasti veliko prednost, to pa je parlamentarna večina.<sup>60</sup>

### 6.2 Predsednik republike

Schmitt uvede še tretjega zakonodajalca. V izjemnih primerih je to lahko predsednik republike. Pojavlja se kot izredni zakonodajalec *ratione temporis ac situationis*. Zanj velja, da izjemoma (v izrednih razmerah) lahko ustvarja pravo

57 Arendt 2003 (op. 9), 326. »Totalitarna gibanja so bila sčasoma privedena do tega, da so zavrgla tudi ljudstvo, ki so ga takrat, ko so tesno sledila pangibanjem, uporabljala v propagandne namene. Totalitarna država je le navidezna država in gibanje se nič več resnično ne identificira niti s potrebami ljudi. Gibanje je zdaj nad državo in ljudstvom, pripravljeno na žrtvovanje obojega v korist ideologije: 'Gibanje ... je tako Država kot Ljudstvo in niti sedanje države ... niti sedanjega nemškega ljudstva si ni mogoče niti predstavljati brez Gibanja.'« Arendt 2003 (op. 9), 343, ki citira Carla Schmitta, *Staat, Bewegung, Volk*, 1934).

58 Schmitt 1996 (op. 15), 90.

59 Ne glede na to lahko za Schmitta rečemo (in ta točka teoretiziranja je nadvse pomembna za koncept legitimnosti), da se legalnost sprejema brez kakih posebnih motivov.

60 Schmitt 1996 (op. 15), 95–96.

ne le *praeter*, temveč tudi *contra legem*. Schmitt ob tem poudari, da norme veljajo samo za normalna stanja, predpostavljena normalnost stanja pa je sestavni pozitivnopravni del njihove »veljavnosti«. Če lahko predsednik poseže tudi na področje temeljnih pravic in nekatere celo ukine, to ni zato, da bi ga ustava izenačila z zakonodajalcem, temveč zato, da se – pragmatično – v izrednih razmerah lahko izvedejo nujni ukrepi. In to povsem legitimno. Tako se za določen čas vendarle suspendirajo ingerenca zakona, zakonska država in bistvo ustave. Odločitve izrednega zakonodajalca zato ne bodo »protizakonite« (ker ima ta država samo enega zakonodajalca), a tudi ne bodo »pravnomočne«. Paradoks je v tem, da lahko redni zakonodajalec na podlagi zakona poseže v temeljne pravice, ne more pa jih (začasno, dodal A. T.) ukiniti. Izredni zakonodajalec pa lahko stori tudi ali prav to! V tem smislu Schmitta samega spominja na diktatorja.<sup>61</sup> Namen te vrste diktature je ponovna vzpostavitev prave demokracije, ponovna vzpostavitev ustavnega reda in ponovna zagotovitev ohranjevalne stabilnosti države.<sup>62</sup> Ker deluje le v izrednih razmerah in je njegova diktatura upravičena z njeno poprejšnjo pooblastitvijo, ne tekmuje z drugimi običajnimi organi države in zato deluje nevtrarno. Zato je za Schmitta predsednik republike, ki je kot neposredno izvoljeni organ legitimiran tudi s plebiscitno voljo ljudstva, edini pravi in končni varuh ustave.<sup>63</sup>

Schmitt je pisal o ustavni ureditvi in v okviru ustavne ureditve, ki je v materialnem delu ustave dovoljevala suspenz določb o temeljnih pravicah,<sup>64</sup> razen

61 Schmitt 1996 (op. 15), 97, 99, 101. Prim. Dyzenhaus 1999 (op. 2), 3. Zaradi intrinzičnih (imanentnih) predpostavk demokracije, kot jo razume Schmitt, in substancialne homogenosti ljudstva kot politične enote sta lahko diktatura in demokracija samo različni strani istega kovanca. Diktatura je sploh mogoča samo na demokratičnih temeljih. Tako razmišlja Carl Schmitt v *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Hubolt, 1983, 234, nav. po Dyzenhaus 1997 (op. 2), 57, 58.

62 Prim. Schmitt 1994 (op. 18), 38.

63 Glej Dyzenhaus 1999 (op. 2), 71–85, ki se mu zdi tudi očitno (80), da je za Schmitta edini center avtoritete in legitimnosti po weimarski ustavi predsednik republike. Za demokracijo se namreč, tudi po Schmittu, ne zdijo problem prevelika pooblastila nadzornih institucij, ampak premajhna pooblastila ali premajhen nadzor nad njihovim izvrševanjem. Spomnimo tudi na splošno znano dejstvo, da so bila nemška sodišča v tistem času politični organi protidemokratske kontrarevolucije, ne pa neodvisna sodišča v službi človekovih pravic (Friedrik Neumann, *Demokratska i avtoritarna država*, Naprijed, Zagreb, 1992, 175). Tudi po mnenju znamenitega ustavnopravnega teoretika Brechta problem weimarske republike in njene ustavne ureditve ni bil v preširokih pooblastilih, temveč v odsotnosti ustreznega nadzora nad njihovim izvrševanjem. Predsednik je lahko neomejeno in nenadzorovano izvrševal veliko pristojnosti v obdobju dveh do treh mesecev, kar je dovolj časa za to, da se praktično in tehnično onemogoči vzpostavitev nove demokratične vlade. V drugačnih okoliščinah bi bila po njegovem mnenju Nemčija najverjetneje ubrala drugačno zgodovinsko pot, četudi ni mogoče z zanesljivostjo reči, kakšna bi bila ta pot. O tem v Arnold Brecht, *Prelude to Silence: The end of the German Republic*, New York, Oxford University Press, 1968, nav. po Dyzenhaus 1997 (op. 2), 28.

64 Schmitt je poudarjal fundamentalnost pravic, ki jih imajo posamezniki med seboj, in ne tistih, ki bi jih imeli posamezniki v razmerju do države. V delu *Verfassungslehre* (op. 61), 150–165, nav. po Dyzenhaus 1999 (op. 2), 60–61.

nekaterih izmed njih: enakost pred zakonom, svoboda vesti, svoboda umetnosti, svoboda znanosti in pravice manjšin. Schmitt zapiše, da »bi bilo predstavljivo samo po sebi – in nikakor v sebi logično protislovno – če bi se vse določbe o organizaciji razglasile za spremenljive, vsa materialnopravna zagotovila drugega glavnega dela ustave pa za svete in nespremenljive.«<sup>65</sup>

## 7 DEMOKRATIČNA LEGITIMNOST

»Zakonska država ne more obstajati brez priznanega, prepoznavnega pojma zakona. Takšna država mora, pred vsem drugim, vztrajati pri tem, da sta pravo in zakon, zakon in pravo, stvarno in smiselno povezana in da je normiranje, ki ga izvaja zakonodajalec z močjo svoje zakonodajne oblasti, nekaj drugega in nekaj več od golega ukrepanja ... Zakonodajni ukrepi so ukrepi zakonodajalca, ukrepi, ki jih uporablja zakonodajalec, in ukrepi, ki jih ne določa nihče drug kot ustavni zakonodajalec.«<sup>66</sup>

Ko gre za vprašanje temeljnega političnega ustavnega odločanja, ki zadeva celotno državno ureditev, je za Schmitta ureditev, ki odločno utemeljuje ustavo kot *načelo konstrukcije*, nadrejena vsem drugim ureditvam, dokler se enako dosledno in načelno ne ustvari drugačna ustava.<sup>67</sup> Ob tem weimarske materialnopravne ustavne garancije Schmitt razdeli na tiste, ki so zaradi svoje nepolitične narave nezanimive za pomembno večino, in na tiste, ki so lahko podrejene oblasti takšne večine zaradi svojega političnega pomena. S funkcionalnega vidika upoštevanja vredna volja pomembne parlamentarne večine temelji na kompromisu povsem heterogenih organizacij oblasti.<sup>68</sup>

Odstranitev pravice do upora je po Schmittu pravzaprav prava funkcija pojma legalnosti. Izhajajoč iz te logike stranke iščejo legalnost respektivnega posedovanja oblasti predvsem z namenom, da bi izkoriščale njene politične nagrade in presežek njenih vrednosti za povečanje lastne moči. Tako kot na ta način spodkopavajo legalnost ureditve parlamentarnozakonske države, se v enaki meri soočajo s plebiscitno-demokratsko legitimnostjo, ki se postavlja po robu legalizmu zakonske države.<sup>69</sup> Smisel plebiscitnega ugotavljanja volje pa vendarle ni normiranje, ampak prav odločanje s pomočjo neke volje, kot se to kaže v institutu referendumu – odločanju ljudstva z neposrednim ugotavljanjem njegove volje (nem. *Volkentscheid*). Ljudstvo po Schmittovem mnenju lahko izreče samo »da« ali »ne«, glede na svojo voljo, ne more pa svetovati, se sestajati

65 Schmitt 1996 (op. 15), 106.

66 Schmitt 1996 (op. 15), 107.

67 Schmitt 1996 (op. 15), 110.

68 Schmitt 1996 (op. 15), 111–112.

69 Schmitt 1996 (op. 15), 113.

ali razpravljati. Zato tudi ne more vladati ali upravljati. In zato tudi ne more normirati, marveč lahko s svojim »da« ali »ne« samo odgovori na postavljeno vprašanje. Volilni proces označi Schmitt za *de facto* plebiscit, četudi pri volitvah ne gre za odločanje z »da« ali »ne«, temveč za izbiro med kandidatnimi listami. Ne glede na to pa Schmitt plebiscitno (demokratsko) legitimnost opredeli kot edino vrsto državnega upravičevanja, ki bi lahko bila splošno priznana.<sup>70</sup>

Schmitt kot vzrok pojava »totalne države« ali totalnega politiziranja celotnega ljudskega obstoja navaja prav demokracijo. Prepričan je, da je zato treba vzpostaviti stabilno avtoriteto, da bi lahko prišlo do nujnega depolitiziranja in da bi se ponovno oblikovale svobodne sfere in področja izven totalne države. Največji motiv teh tendenc naj bi bil usmerjen v *auctoritas*, ki ustavnorevidijsko gledano pomeni samo stanje stvari in neposredno izhaja iz dejstva, da je plebiscitna legitimnost ostala edina priznana sestavina upravičevanja (legitimiranja).<sup>71</sup> Ob tem se vprašanja vselej postavljajo od zgoraj, zaupanje pa se vselej daje od spodaj. Zato plebiscitna legitimnost potrebuje vlado ali katero drugo avtoritarno instanco, ki ji je mogoče verjeti, da bo korektno postavila pravo vprašanje in da ne bo zlorabila velike moči, ki se skriva v pristojnosti postavitve vprašanja. Schmitt ob tem pravi, da gre za pomembno in redko vrsto avtoritete. Tudi vlada, ki bi se naslanjala na vojsko ali uradništvo namesto na parlamentarno legalnost ali na plebiscitno legitimnost, bi končno potrebovala plebiscitno legitimnost kot sankcijo, ker druge sankcije po njegovem mnenju ni.<sup>72</sup>

Vlade se, da bi se izognile problemu legitimnosti, pogosto z razpustitvijo parlamenta izognejo postavitvi plebiscitnega vprašanja »da« ali »ne«. Volitve, ki potem sledijo, so le nadomestek manjkajoče legitimnosti vlade in določenih strank. Vrhovna sodišča po Schmittovem mnenju lahko opravljajo funkcijo nadomestne avtoritete le, če se njihova avtoriteta ohranja in če ni uničena z odločanjem o vprašanjih politične oblasti, ki se izvaja v pravnem postopku.

Pluralistična država strank po Schmittovem mnenju ne postaja totalna zaradi svoje moči, ampak zaradi slabosti, zato intervenira na vseh področjih družbenega življenja. Slaba država se bo zato ves čas upajoče in vztrajno zatekala k legalizaciji, legitimaciji in sankcioniranju, pri tem pa bo te koncepte uporabila prav takšne, kot jih je našla. Legalnost in legitimnost postaneta taktična instrumenta, ki ju vsak izkoristi tako, kot mu v tistem trenutku ustreza, in jih zavrne, ko se usmerita proti njemu. Niti parlamentarna legalnost, niti plebiscitna legitimnost, niti katerikoli drug način upravičevanja po njegovem prepričanju

70 Schmitt 1996 (op. 15), 114–115.

71 Edini test legitimnosti, ki je po Schmittu na voljo, je pritrdjevanje ljudstva s pomočjo plebiscita oziroma referendumu. Glej Dyzenhaus 1999 (op. 2), 57. Schmitt pojasni, da je javno mnenje sicer res lahko ogroženo s strani strank in vplivnih skupin, vendarle pa je ta nevarnost manjša, če se upošteva *intrinzična predpostavka demokracije*, to pa je *substancialna homogenost*. Glej Schmitt 1996 (op. 15), 81.

72 Schmitt 1996 (op. 15), 115.

ne morejo preživeti takega ponižanja do stopnje tehnično-funkcionalističnega orodja.<sup>73</sup>

Ustava zato končno razpade na svoje protislovne sestavne dele in možnosti razlage. Niti ena normativistična fikcija »enotnosti« ne bo preprečila, da bi se vsaka skupina v konfliktu ne dokopala do tistega dela ustave in »črk ustave«, ki se ji zdi najprimernejši za uničenje nasprotne strani. Legalnost, legitimnost in ustava so tako razlog za zaostrovanje namesto za preprečevanje državljanske vojne. V takem stanju se tudi ostanki avtoritete izčrpajo enako hitro, kot so legalnost, legitimnost in novo oblikovanje ustave dojeti kot nujnost. Če bi se tudi to izrodilo v instrument taktičnega kompromisa, bi politično skupnost po Schmittovem mnenju doletela največja možna nesreča. In prav zato je po njegovem prepričanju potrebna jasna zavest o temeljnih konstruktivnih vezeh, ki razlikujejo ustavo od vseh proizvodov strankarsko-političnega zakonodajnega pogona. Prva naloga pri tem je, da se jasno postavi prvo in najpomembnejše vprašanje, pred katerim se znajde vsak načrt novega oblikovanja ustavne ureditve in ki zadeva temeljne alternative: ali priznavanje substancialnih vsebin in moči naroda ali zadrževanje in poglobljanje funkcionalistične vrednostne nevtralnosti s fikcijo enakih možnosti za vse vsebine, cilje in struje brez izjeme.

»Ustava, ki o tem ne bi sprejela odločitve, ampak bi namesto substancialnega reda želela razredom, ki so v konfliktu, pravicam in ciljem dati iluzijo, kot da je zanje legalno mogoče, da pridejo na svoj račun, da lahko vsi dosežejo svoj strankarski cilj in legalno uničijo svojega strankarskega nasprotnika, danes ni več mogoča kot dilatorni kompromis obrazcev in bi v praktičnem izhodu podrla tudi svojo lastno legalnost in legitimnost. V kritičnem trenutku, ko je treba ustavo obvarovati, bi nujno morala odpovedati.«<sup>74</sup>

V konfliktu dveh delov ustave, *organizacijsko-funkcionalnega*, *vrednostno nevtralnega in funkcionalistično večinskega* na eni strani ter *vsebinskega*, *ki vključuje temeljne pravice*, na drugi strani, se je po njegovem mnenju treba odločiti za drugega in se osredotočiti na njegov poskus uvajanja substancialne ureditve. V nasprotnem primeru bi bilo po njegovem prepričanju hitro konec fikcij o večinskem funkcionalizmu, ki je vrednostno in resničnostno nevtralen.<sup>75</sup>

73 Schmitt 1996 (op. 15), 117–118. Menil je, da sprememba vloge parlamenta iz osrednje institucije, ki uživa vero ali zaupanje, v praktično-tehnično sredstvo, potrjuje dejstvo, da je parlament kot institucija mrtev in da je treba stanje – in niti ne nujno z diktaturo – spremeniti. »In parlamentu bi odzvonilo.« (Schmitt 1994 (op. 18), 11). Kvantitativna totalna država tudi zato posega na vsa področja družbenega življenja iz nemoči, medtem ko se kvalitativno totalna država zaradi moči osredotoči na razlikovanje med prijateljem in sovražnikom ter slednjega uniči. Dyzenhaus 1999 (op. 2), 81. Prim. Roger Cotterrell, *The Sociology of Law*, London, Dublin, Edinburgh, Butterworths, 1992, predvsem 4. in 5. pogl.

74 Schmitt 1996 (op. 15), 118.

75 Schmitt 1996 (op. 15), 119.

## 8 PREMOČ NEDEMOKRATOV NAD TEORIJO

Kritika demokratičnega liberalizma, predvsem weimarskega tipa, je nedvomno med osrednjimi značilnostmi Schmittove politične teorije. Za tega teoretika je tudi značilno, da je bil nasprotnik strankarstva kot odseva pluralizma. Prav tako institucionalnega organiziranja interesov, ki ali ker državo podredijo tej organiziranosti in jo uporabijo kot orodje za doseganje partikularnih interesov. V evropski zgodovini je šel razkroj kontinentalnega strankarskega sistema, kot pojasnjuje Arendtova, z roko v roki z razkrojem prestiža nacionalne države, ki jo je na drugi strani izpostavljala Schmitt.<sup>76</sup> Nacionalna država se ni bila več sposobna soočiti z glavnimi političnimi temami. Na spektakularen način se je evropski strankarski sistem zlomil prav s Hitlerjevim prihodom na oblast.<sup>77</sup> Tudi sicer prav totalitarizem razkroji politično strankarstvo in spodnese zaupanje v institucije, ki naj bi predstavljale ljudstvo. Ta posledica je dober kazalec, kako domnevno nevtralne institucije, kot je vojska, nenazadnje pa tudi policija in paravojaške sestave, politični sistem lahko uporabijo kot učinkovito orodje na poti v vojaško diktaturo. Predvsem, če so institucije fizične prisile hkrati pripravljene služiti vsakemu gospodarju. Tudi pod pretvezo funkcionalistično-normativistične legalnosti, predpostavljenega smotra politične organiziranosti ali/in plebiscitne legitimnosti. Schmitt bi na ta pomislek morda odgovoril, da diktatorsko nadreditev zakonom upravičuje naravna nujnost ohraniti državo in njeno stabilnost, da torej te vrste diktatura šele vodi v kasnejšo »pravo demokracijo«.<sup>78</sup> Evropska zgodovina je dokazala, da je cena te poti lahko osupljivo in srhljivo visoka.<sup>79</sup> Schmittova ideja o nacionalsocialističnem gibanju kot dinamičnem elementu političnega se je žal manifestirala kot skrajna zgodovinska

<sup>76</sup> Arendt 2003 (op. 33), 338–339.

<sup>77</sup> Glej Arendt 2003 (op. 33), 323–343. Problema weimarske republike v obdobju po I. svetovni vojni in kasnejšega prihoda Hitlerja na oblast pa naj ne bi predstavljale ekonomske in socialne okoliščine same po sebi, ampak desne in leve politične stranke, ki so ekonomsko krizo spremenile v politično krizo. Ta naj bi bila izraz njihove želje po prisvojitvi oblasti na kakršenkoli način. Hitler naj bi bil te stranke enostavno prehitel in pretental, kar pa ne pomeni, da bi bili njegov prihod na oblast morali preprečiti s pomočjo avtoritarnih mehanizmov. (Glej Dyzenhaus 1999 (op. 2), 29–30).

<sup>78</sup> Dyzenhaus 1999 (op. 2), 82, pojasnjuje, da si je Schmitt prizadeval za avtoritarno obliko vladavine, ki bi jo oblikovala politična desnica. Ta bi bila po njegovem mnenju sposobna ustaviti boje med različnimi družbenimi skupinami, predvsem pa se enkrat za vselej znebiti nevarnosti boljševizma. Vzpostavila naj bi konkretno družbeno ureditev, v kateri bi institucije, kot so družina, religija in vojska, dobile pravo podobo. Razmerje med državo, cerkvijo in šolstvom bi bilo republikanizirano. Najmočnejšo državo naj bi zagotovilo zavezništvo med nacionalističnim diktatorjem in cerkvijo, saj bi omogočala učinkovit red, disciplino in hierarhijo.

<sup>79</sup> Prim. Bojan Bugarič, Formalna v vsebinska demokracija: o vlogi pravne države v Sloveniji, *Revus* (2006) 6, 12: »Carl Schmitt se je posmehoval parlamentarnemu konstitucionalizmu in zanj značilni obsedenosti s pravili. Legitimnosti je dajal prednost pred legalnostjo. Kam pelje takšno razumevanje prava, je žal pokazal razvoj dogodkov v njegovi lastni državi. To nas ne bi smelo presenetiti, saj oblast kvari, absolutna oblast pa kvari absolutno.«

izkušnja. Vendarle pa se kot temeljni problem ne zdijo orodja in mehanizmi demokratičnega liberalizma. Temeljni problem sta najverjetneje njihova uporaba in zloraba. Nenazadnje je Schmitt sam poudarjal, da ne odločajo mehanizmi, procesi in instituti, marveč ljudje z njihovo uporabo. Dyzenhaus, ki Schmitta šteje za pravnega pozitivista in fašističnega pravnega teoretika, poudarja, da tako kot Schmittova pravna teorija ni mogla popeljati nacistov na oblast, tako tudi pravna teorija drugih teoretikov, kot sta bila Kelsen in Heller, ni mogla preprečiti nacistične oblasti. Po njegovem prepričanju problem weimarske republike ni bila ne ustava ne pravna teorija, ampak to, da v tistem času ni bilo dovolj ljudi, ki bi jih imeli za demokrate. Meni, da v tistem času preprosto ni bilo dovolj ljudi s pravimi političnimi zavezami (angl. *political commitments*).<sup>80</sup>

Schmitta kaže brati predvsem »teoretično«, njegovo interpretacijo in kritiko weimarske ustave pa uporabiti kot učenje ustavnopravne konceptualizacije razmerja med legalnostjo in legitimnostjo. Ta je, kot rečeno, izšla iz njegove kritike protislovij in nemoči demokratičnega liberalizma na eni strani ter samodestruktivnih elementov pravnega pozitivizma na drugi strani. Izmed Schmittovih ustavnopravnih idej in teoretičnih koncepcij kaže danes kritično prislusniti predvsem njegovim razmišljanjem o supraustavnosti, kriterijih nelegalnosti, problemu zgolj navidezne legalnosti in vsebinsko nelegalne ukinitve legalnosti, nelegitimnosti (tudi neustavnosti) uporabe formalne ustavnosti za obid ali ukinitve materialne ustavnosti, napetosti med *ratio* in *voluntas*, poudarjeni ustavnopravni vlogi predsednika republike, vlogi in aplikaciji materialnega dela ustave, demokratični in plebiscitarni legitimnosti in podobno.

Schmittova teoretična utemeljitev legalnosti in legitimnosti na temelju weimarske ustave je nedvomno utemeljeno kritična do pretirane ideje o zaupanju v zakonodajno oblast. Iskanje pribežališča legitimnosti v (pre)tesnem stiku med legitimacijo in *ad hoc* voljo naroda v smislu *voluntas*, ki bi bilo omogočeno s preveč liberalnim liberalizmom (že kot selektivnim antilibertizmom) in na kar je opozarjal Schmitt, se tudi z vidika sodobnega demokratičnega konstitucionalizma ne zdi primerno. Tudi premajhen poudarek na ustavnosti in supraustavnosti lahko, kot je svaril Schmitt, teoretično utemelji kot legalno in kot legitimno *de facto* sleherno »voljo« ali sleherni »vsebinski temelj«. Zato je lahko institucionalno neomejeni liberalizem konceptualno protisloven (kontraproduktiven) in doktrinarno nevzdržen. Svojčas je določal tudi weimarsko republiko, katere ustava ni določala protiustavnih ciljev političnega delovanja.

Schmittova teorija naj nas vzpodbudi h kritični presoji o nekaterih pomembnih vprašanjih: ali je legalnost že po definiciji vrednostno nevtralna; ali je plebiscitna volja ljudi lahko končna in edina splošno priznana plebiscitna legitimacija in ali je lahko enakovredna protiutež značilnostim in zahtevam »ustavne pravne države«; ali žrtvovanje sredstev za doseg cilja stabilnosti res vodi

80 Dyzenhaus 1999 (op. 2), 5.

v stabilnost; ali naj bo temeljni politični cilj splošna humanost ali univerzalnost posameznikove svobode in enakopravnosti, in ne politična avtoriteta in moč države navzven; ali ustava ponuja samo metode, ne določa pa (primarnih in konstitutivno nespremenljivih) ciljev.

### Predstavitev avtorja

*Dr. Andraž Teršek je diplomiral, magistriral (Javnost in svoboda izražanja kot sestavini demokratične legitimnosti) in doktoriral (Legitimnost kot prvina političnih in pravnih konceptov sodobne ustavne demokracije) na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani. V letih 1999–2008 je bil zaposlen kot asistent na Katedri za teorijo in sociologijo prava Pravne fakultete v Ljubljani. Prejel je nagrado Zveze društev pravnikov Slovenije mladi pravnik. Je nekdanji pomočnik urednika revije Dignitas – slovenske revije za človekove pravice, urednik zbornika Pravna vprašanja o začetku in koncu življenja: abortus in evtanazija, avtor številnih člankov, razprav in študij, večinoma o ustavnem pravu in ustavni demokraciji, sociologiji prava, človekovih pravicah, legalnosti in legitimnosti, pravni kulturi ter sodnem pravotvorju ESČP in Ustavnega sodišča RS. Je tudi avtor knjige Svoboda izražanja (2007) in soavtor knjige Preludij demokracije – civilna družba in svoboda javnega komuniciranja (2005). Je član upravnega odbora Društva za ustavno pravo in pobudnik, soustanovitelj in sourednik revije Revus in predsednik Kluba Revus – Centra za raziskovanje evropske ustavnosti in demokracije. Kot raziskovalec je zaposlen na Primorskem inštitutu za naravoslovne in tehnične vede Koper, Univerza na Primorskem.*