

postopa organ pri tolmačenju oziroma svobodnem preudarku, ni pa to definicija tolmačenja in svobodnega preudarka: s to ugotovitvijo si ne morem pomagati, da bi v konkretnem primeru določil, ali naj normo samo tolmačim, ali pa imam svobodni preudarek. Zato bi morali pravilno reči: če obvelja pri nejasni normi abstraktna rešitev, imamo tolmačenje, če pa išče organ rešitev od primera do primera, imamo svobodni preudarek. Problem je tukaj sličen kakor pri trditvi, da je veljavna samo tista norma, ki se izvršuje v stvarnosti. Kajti, ko se norma izda, ne vemo in ne moremo vedeti, ali se bo izvrševala ali ne. Naknadno, ko vidimo, da se norma izvršuje ali ne izvršuje, seveda lahko ugotovimo, da je norma veljavna ali ne. Ali ta ugotovitev je samo naknadna in za rešitev vprašanja brezpomembna. Zato bo teoretična razmejitev med tolmačenjem in svobodnim preudarkom tako dolgo nemogoča, dokler ne najdemo definicije teh dveh pojmov. Ali pa bo mogoče najti definicijo, je drugo vprašanje: jasno pa je, da prej ne bomo mogli točno določiti pojma svobodnega preudarka.

O B Z O R N I K.

Misli o razlaganju zakonov.

(Ob knjigi dr. Krbeka „Diskreciona ocjena“.)

Anton Lajović.

Preteklo leto je izdala Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti v Zagrebu zajetno knjigo (530 str.), ki jo je napisal vseučilišni profesor dr. K r b e k z naslovom Discrecionala ocjena. Jedro izvajanj v tej knjigi je posvečeno svobodnemu preudarku upravnih oblastev in upravnih sodišč. Te strani Krbekovega dela se tu ne mislimo dotikati.

Toda uvodoma se knjiga peča s splošnimi vprašanji interpretacije in iznaša nekatere načelno važne misli, ki ne utegnejo zanimati samo upravnega pravnika, ampak morda še bolj one pravnike, katerih posli so pretežno vezani na redna sodišča.

V teh občin Krbekovih izvajanjih kažejo že nekateri naslovi njegovih odstavkov važne smernice mišljenja.

Načelno je izbirati, ali med gospodstvom pravne norme ali gospodstvom sodnika ali upravnika. Nemogoče je, vse v naprej normirati, in ta nemožnost je enaka pri generalnem ter

abstraktnem, kakor tudi pri kazuističnem normiranju. Zato je nevzdržna ideja o popolnosti pravnih predpisov. Glede na zgoraj povzeta načela poudarja K r b e k, da je predstava o individualno dovršenem zakonodavcu prosto iluzija in fikcija in k temu še slepilo, ki lahko vede do zelo slabih posledic.

Z ozirom na to se nadaljnja Krbekova izvajanja tičejo vloge sodnika v procesu razvijanja prava. Podčrtava potrebo, da je sodnik najlojalnejši sodelavec zakonodavčev, ne pa njegovo slepo orodje. Oba nujno tvorita celoto. Zmotno je načelo, ki hoče napraviti sodnika za navaden avtomat in ki gleda v njem samo slugo zakona. Zato podčrtava K r b e k ustvarjajočo vlogo sodnika.

Zanimivo je opozarjanje, da so dobe, ko države čutijo potrebo, poudarjati jačjo vezanost sodnika po pravni normi, ki se menjajo zopet z dobami, kjer se poudarja večja svoboda sodnikova, kot da gre za nek naravni zakon nihanja. Za nas je presenetljivo, da je francoska revolucija jemala sodniku vsako pravico interpretacije, ko se je zanašala na to, da bodo zakoni tako ostro in precizno stilizirani, da bo nepotrebna vsaka interpretacija sodnika, a ideolog te institucije Robespierre poudarja, da je edinole zakonodavčeva stvar, da interpretira zakon, ki ga je dal.

K r b e k pravi, da idejno vzeto nima sodnik pri tolmačenju pravne norme sprovesti svoj lasten nazor o pravičnosti, o dobrem ali o koristnem itd., ampak ima ustanoviti voljo nekega drugega. Glede vprašanja, kdo je ta drugi, obstojita dve teoriji, ki sta si nasprotni.

Subjektivna teorija misli, da je odločilno ono, kar je osebno mislil zakonodavec, ko je dal zakon. Ko bi šlo pri tem za stare zakone, bi bilo sodnikovo delo podobno delu zgodovinarja, ki se mora poglobiti v tuje pojmovanje, če bi prav bilo že zastarelo, in ne bi imel uvaževati sprememb, ki so se medtem zgodile v pravni zavesti in v socialnem življenju. V takem primeru bi bil zakon vladar mrtvih nad živimi.

Po objektivni teoriji pa se zakon potem, ko je uveljavljen, odcepi od zakonodavčeve osebnosti in živi svoje samostalno življenje. Zato se ima sodnik vprašati, kaj bi zakon, če bi vse nove razmere uvaževal, v sedanjem času odredil. V takem primeru ne deluje sodnik kot zgodovinar, temveč bolj kot pravni politikar ali sociolog.

Pri subjektivni teoriji se zakonodavec idealizira in napravlja za bolj pametnega in bolj pravičnega, kot mogoče je v resnici.

Pozornosti vredno je tudi, ko kaže K r b e k na konservativizem sodnikov in sploh pravnikov. Ne samo teorija, temveč tudi praktični sodnik, če najdeta novo pravno pravilo, ga najrajši krijeta pod že obstoječo pravno normo in četudi je to novo

pravno pravilo *praeter legem*, ga stalno hočeta prikazati, kot da je *secundum legem*. Sodniki ne žele sebe predstaviti kot stvarjalce norm in vobče nimajo radi, da bi izgledalo, da samostojno delajo, ampak ostajajo iz konservativizma pri starem.

Tako simulirajo uporabo zakona. Po ameriškem pravniku Fullerju posnema Krbek, kako zavedeta angleški in ameriški sodnik čisto nova načela pod jezikovni plašč obstoječih doktrin iz treh oblik konservativizma. Emocionalni konservativizem zadovoljuje sodnikovo potrebo stalnosti, katera se mu zdi toliko vredna, da ceni tudi samo že prividno obliko stalnosti. Druga oblika konservativizma je v komoditeti, ker se gotova nova doktrina z najmanj ovirami uvede v že obstoječi pravni sestav. Tretji pa je intelektualni konservativizem, kjer se sodnik poslužuje fikcije, ko ni sposoben, da izreče novo sodbo na odprt način. Saj je v človeški prirodi, da se zlasti v začetku razvoja tretirajo novi problemi s starimi sredstvi.

Škodljiva je „pojmovna jurisprudenca“ zaradi svoje prenapete formalistične in mehanične metode.

Sodnikovo delovanje naj bo ustvarjajoče, čeprav svoboda sodnika ni enaka svobodi zakonodavca. Sicer pa tudi tega svoboda ni absolutna, ampak je on stvarno povezan z etičnimi, socialnimi in političnimi načeli in obkrožen s formalno legalnimi in materialno legitimnimi mejami.

Sodnik je vezan z vsem duhom svojega pravnega sistema, zakaj pravo ne počiva na izolirani pravni normi, temveč na cellem pravnem redu.

Ko govori o metodah razlaganja zakona, navaja Kranjc-Ehrenzweig pet načinov:

a) avtentično, b) jezikovno ali gramatično, c) zgodovinsko, č) teleologično ali smotrsko in d) logično razlago. Pri slednji posebno navaja sklepe a maiori ad minus, a minori ad maius in končno sklep a contrario, ki ga smatra za zelo nevarnega. Nato razpravlja o analogiji zakona in analogiji prava, kjer poudarja, da ne odloča zakonodavna politika sodnikova, ampak zakonodavna politika zakonodavca, ki jo je mogoče posneti iz celotne v pravni moči stoječe zakonodaje.

Zgodovinska razlaga bi se približno skladala s tem, kar imenuje zgoraj Krbek subjektivno naziranje o zakonodavcu, a teleologična razlaga in pravna analogija s tem, kar govori o objektivnem naziranju na zakonodavca.

Vendar bi se dalo iz Ehrenzweigovih izvajanj misliti, da se sodnik lahko po mili volji posluži katerega koli izmed naštetih načinov razlage, izvzemši seveda avtentično razlago. Nam

se zdi taka izolacija pravne interpretacijske tehnike od vse druge duhovnosti nerealna in zato pogrešna, kar naj pokažejo sledeča razmotrivanja.

Po našem ni samo za odnose sodništva, temveč vsega pravištva v narodu odločilnega pomena celotna duhovnost naroda v določenem času. Bistveni del te duhovnosti je odnos naroda in njegovega razumništva do države. Vsaka doba ima svoj poseben odnos do države in vsak pravnik v taki dobi svojo filozofijo o državi, ki je v skladu s celotnim razmerjem naroda do države. Brez pomena je, če so med pravištvom morda posamezniki, ki imajo svoje naziranje o državi različno od onega, ki je splošno vladajoče. Dasi se mogoče ne zaveda tega, ima vendar povprečni pravnik neko življenjsko filozofijo in s tem tudi neko filozofijo o državi, ki je skladna s tako zvanim duhom časa v dotičnem narodu.

V časih absolutizma se državljani v absolutistično vladanih državah niso počutili za drugega kot le za podanike. Smatrali so se za podrejene neki mistični oblasti, za kakršno so smatrali državo. Le v takih dobah je bila mogoča državna filozofija Heglove vrste, ki je državo pobožanstvila. Če pa je bila absolutistična država v očeh svojih podanikov in s tem svojih pravnikov obdana z mističnim sijajem, so tudi vse njene emanacije imele mistično ceno. Zato so tudi zakoni, ki jih je proglašala taka božanstvena državna osebnost, imeli sijaj skrajne modrosti, njeni pravni izreki pa dogmatično veljavo. Zato se je pravnik čutil tem zakonom le kot podrejenec, le kot sluga. In njegova interpretacija ni smela v skladu z njegovim čustvom svoje inferiornosti proti državi iti preko zgolj gramatične in logične razlage, ter je sveto spoštovala vsako, ne samo besedo, celo črko in vejico zakonskega besedila. V duhovnem okolju absolutistične države podanik ni prišel v položaj, da sam odloča o važnih javnih stvareh, zato tudi pravniku v njegovi interpretaciji zakona ni prišlo na misel, da bi se oddaljil od črke zakona. Značilno za duhovno usmerjenost pravnika v taki državi je odklanjanje vsake odgovornosti za posledice črkovne razlage zakona, pa najsi bi praktična konsekvence take razlage bila še tako kruto krivična v konkretnem primeru. Tak pravnik se je zadovoljil z videzom legalnosti. Na splošno vzeto je bilo tako stališče pravnika v taki državi obenem silno komodno in brez skrbi, podobno komodnosti in brezskrbnosti hlapca, ki slepo izvršuje nalog svojega gospodarja in mu ni mar posledic njegovega dela.

V povsem drugo ozračje pridemo, če vzamemo pravniško življenje v demokratični narodni državi. Seveda predpostav-

ljamo, da je demokratični duh v tej državi globoko zasidran v najširših plasteh naroda, tembolj torej v narodovem razumništvu.

Demokratično urejena država jemlje za ustvarjanje zakonov može iz prvih vrst narodovega razumništva. Oni naj s svojimi zakoni uredijo življenje tako, da bo čim najboljše poskrbljeno za skladno sožitje vsakega posameznika v tej državi z vsakim njegovim sosedom in da bodo varovane vse pravice in svoboščine vsakega posameznega državljana in tako ustvarjen oni red, ki, varujoč individualne svoboščine, varuje in ščiti obenem celoto.

V demokratični obliki države izgublja država vsak mistični sijaj in je vsakemu sodržavljanu jasno, da je država le organizacija, kakršno on sam hoče v zaščito svojih demokratičnih idealov in s tem obenem v svojo osebno zaščito in zaščito svojih osebnih pravic in svoboščin. V taki državi vidi državljan, da zakoni niso mistične izjave neke mistične osebnosti, temveč da so delo njegovih sodržavljanov, katerega sme podvreči kritiki, je-li se strinjajo ti zakoni z demokratičnimi ideali, na katerih počiva cela državna stavba. Vsled takega kritičnega odnosa do državnih zakonov je tudi stališče sodništva in pravištva v demokratičnem duhovnem ozračju drugačno. Nikakor ne moreta več zadoščati samo gramatična in logična razlaga, ko je stvar pravištva in zlasti tudi sodništva, da tehta posamezne določbe zakona v vidu pravnih idej, ki ovladujejo zakon. Avtomatično se interpretacija dvigne od zgolj črkovne in besedne razlage v višjo sfero, tako da vsaka posamezna določba dobi svojo odločilno razsvetljavo od vsega idejnega sestava, ki preveva celotno zakonodajstvo države.

Te vrste interpretacija je težavnejša od zgolj besedne in logične. Ni več tako komodna, kakor je bila slednja. Prevzema nase velike odgovornosti in ne sme biti slepa za praktične posledice take interpretacije.

In tako vidimo, da je oni ideal, ki ga postavlja Krbek sodniku, namreč da naj ni hlapec zakona, temveč sodelavec zakonodavcu in da naj bi sodnik in zakonodavec tvorila skladno enoto, ideal, ki je v skladu edinole z eno obliko države, namreč z demokratično, za kakršno hočemo imeti tudi mi svojo Jugoslavijo.

Toda vse te stvari se premaknejo, če vzamemo totalitarno obliko države.

Demokratična organizacija države sloni v bistvu na individualističnem gledanju na človeško družbo. V vidu ima predvsem le interes državljana kot posameznika in je mišljenje, da na ta način služi najboljše skupnosti in celoti, da zagotovi individualna prava in individualne svoboščine.

Pri totalitarnih državah je glavna pozornost oprta na skupnost in ne na posameznika. Zato se nujno prevrne najbolj vidno

pravno načelo demokracije, ki se glasi: Ni zločina brez zakona. V tem geslu je podana zaščita posameznikove svobode, ki more biti preganjan le zaradi onih dejanj, ki jih zakon izrečno kot kazniva označuje.

Povsem nasprotno stališče zavzema totalitarna država, ki se v obrambo skupnosti postavi na stališče: Nobenega zločina brez kazni. S tem postane na široko odprto vprašanje analogij v določitvi tega, kaj je smatrati za zločin. V totalitarni državi ni krog dejanj, ki naj so kazniva nič več ostro zarisane, marveč je prepuščen sodniškemu izprevidu.

To novo gledanje na družbo v totalitarni državi ima nujne posledice tudi na način interpretacije, zakaj oni ideal družbe, ki je merodajen za interpretacijo konkretne zakonite določbe, ni več tisti kakor v demokratični državi. Ni več ideal individualnih pravic in svoboščin, temveč neki skupnostni ideal, kateri je konkretno pobarvan še s svetovnonazornimi primesmi čisto določene duhovne struje, katera je v totalitarni državi vladajoča. Svetovnonazorna usmerjenost te grupe je tista, ki sodništvu pri interpretaciji nalaga uporabo in tehtanje vprav tistih društvenih vrednot, ki jih vladajoča struja smatra za pravilne, pa najsi bi bila velika večina sodnikov dotlej vzgojena tako, da bi cenila vse drugačne, mogoče celo naravnost nasprotno društvene vrednote.

Če si vest izprašamo, ko tehtamo našo pravno prakso, v kakšni državno-filozofski miselnosti se giblje s svojo interpretacijo, ne vem, če moremo, navzlic 20 letom našega življenja v svoji svobodni narodni državi, biti zares zadovoljni sami s seboj.

Ta razmišljanja, mislim, dovoljno kažejo na to, da je za pravnika sicer važno pravno tehnično znanje, to se pravi, poznanje zakonov in neke tehnike ravnanja z njimi. Saj so tudi kovaču klešče sicer neobhodno potrebno orodje, toda kako kuje, v tem se izkaže kovač. Zato je po našem veliko večje važnosti splošna izobrazba pravnika. Čim večja je njegova razgledanost po celotnem duhovnem svetu, tem večje so garancije za dobro kvaliteto njegovega dela.

Kakor smatrajo za dobrega jurista tistega, ki dobro pozna besedilo zakona, vendar to samo nikakor ne zadošča, in je še veliko premalo. Odločilno je, na kak način se v konkretnem primeru uporabi določilo, tako da so tudi praktične posledice interpretacije zakona pametne in prepričljive za vsakogar, pametne in prepričljive tudi za tistega, nasproti kateremu se zakon uporabi.

Zakon je pamet sama, pravi Montesquieu, interpretacija naj bo razumnost sama, tako bi rekli mi.