

prednost. Oboje skupaj pa naj se izpopolnuje. Sistematična organizacija, da se ostvari zbirka, ki bo pomenila popolno zgradbo, bo pač ena izmed najodličnejših nalog pravniškega oddelka naše slovenske Akademije znanosti in umetnosti.

Mnogo in po pravici se poudarja samobitnost slovenske miselnosti. Eden izmed najkrepkejših dokazov za njeno eksistenco bi bila zgradba pravne svesti našega naroda s točnim prikazom njenih dokumentov od pradednih do današnjih časov, četudi nastalih pod vplivi tujih prav. To bi bil pač dokaz, da so Slovenci vedno spadali v srednjeevropsko skupino narodov, bil bi pa hkratu tudi kažipot za našo zakonodajo v bodočnosti, kako naj bi skušala ustrezati slovenski pravni svesti.

O svobodnem preudarku.

Dr. Joso Jurkovič.

I.

Ker pomeni svobodni preudarek nasprotje pravne vezanosti, je mogoče govoriti o svobodnem preudarku javnega organa samo v primeru, če je organovo delovanje tudi pravno vezano. Če ni delovanje vsaj deloma pravno vezano, se vrši vse delovanje po svobodnem preudarku. Zato bi se bilo lahko začelo razpravljati o svobodnem preudarku v upravi šele ob zatonu policijske in nastanku ustavne države. Kajti šele v ustavni državi so se začele izdajati upravne norme, ki so vezale upravne organe napram državljanom. Vendar se je začelo razpravljati o svobodnem preudarku mnogo pozneje, in sicer iz enostavnega razloga, ker ob nastanku ustavne države upravnopravne teorije v pravem smislu sploh še ni bilo. Poleg tega bi bilo lahko imelo tako razpravljanje samo čisto teoretično svrho: kajti dokler se kontrolira uprava sama, je svobodni preudarek tako širok, kakor si ga začrta upravni organ. Ugotovitve teorije bi bile ostale gole ugotovitve.

Šele z uvedbo upravnih sodišč je dobilo razpravljanje o svobodnem preudarku praktičen pomen. Kajti zakoni so

deloma je to opravil Navratil v Let. Sl. M. 1896, na kar je opozoril Fr. Milčinski, O narodnih pravnih nazorih, Sl. Prav. 1914., str. 366 nasl.

se smatrali za pogodbe med monarhom in zastopniki naroda, uprava pa je bila podrejena samo monarhu. In upravnna sodišča so imela nalogo, da pazijo na to, da uprava ne krši teh pogodb, to se pravi: ne krši zakonov. Sedaj bi bilo treba ugotoviti, kaj je svobodni preudarek: kajti kjer deluje uprava po svobodnem preudarku, ni vezana z zakonom in ne more kršiti zakonov. Vendar se ni začel obravnavati svobodni preudarek s tega širšega stališča.

Ustavna država je bila namreč prežeta z ideologijo liberalizma, ki sta mu bila svoboda in lastnina poedinca najvišji dobrini in država samo ustanova, ki naj bi zajamčila poedincu nemoteno uživanje teh dobrin. To naziranje je moralo imeti upliv na pristojnost upravnih sodišč ter na njihov odnos do upravnih oblastev in do svobodnega preudarka.

Če je važna samo poedinčeva svoboda in lastnina ne pa tudi zakonitost uprave vobče, je razumljivo, da se je omejila kontrola upravnih sodišč na zaščito subjektivnih pravic in se ni raztegnila na zakonitost vobče, to se pravi: kontrola je bila samo subjektivna ne pa tudi objektivna. Če pa že kontrola sama na sebi rada rodi nasprotje med tistim, ki kontrolira, in tistim, ki je kontroliran, je bila tukaj še posebna prilika za tako nasprotje. Če bi bila namreč kontrolirala upravnna sodišča zakonitost uprav vobče, bi se bila smatrala do neke meje za pomočnike uprave pri ostvarjenju zakonitosti uprave in nasprotje bi bilo v znatni meri omiljeno. Ker pa so kontrolirala upravo samo glede tega, ali ni posegla v pravice poedincev, se je naravno nasprotje dokaj zaostriло: kajti sodišča so postala na mestu pomočnikov uprave njeni cenzorji in zaščitniki poedincev. Tako so bila upravnna sodišča do neke mere zastopniki privatnih interesov napram javnim, ki jih je zastopala uprava. To je dalo že itak močni upravi preveč moči, da bi se bila upala upravnna sodišča, ki so bila brez vsake tradicije, spustiti z njo eventualno v boj. Zato vidimo, kako sodišča bojazljivo pazijo, da ne bi prekoračila svoje kompetence in prišla v konflikt z upravo. Meja kompetence upravnih sodišč pa je bil svobodni preudarek: kajti, kjer se začne svobodni preudarek, se konča subjektivna pravica poedinca. Upravnna sodišča pa so na ljubo upravi začrtala svobodnemu preudarku jako široke meje. Tako se je zvezalo razpravljanje o svobodnem preudarku s subjektivno pravico poedinca ne pa z zakonitostjo uprave vobče.

Od tistih dob do danes se je spremenilo marsikaj: spremenil se je odnos med upravo in upravnimi sodišči, spre-

menilo se je pojmovanje vloge upravnih sodišč, začetni široki pojem svobodnega preudarka se je skrčil v teoriji in praksi, ni pa se še posrečilo točno določiti pojem svobodnega preudarka. To se zdi sicer malo čudno, pa je vendarle res. Razlogov za to je mnogo in jih je težko navesti.

Prvič je težko, če ne celo nemogoče, teoretično določiti, kaj je svobodni preudarek. Res je sicer, da razumejo pod svobodnim preudarkom tako organovo delovanje, ki ni, ali vsaj ni popolnoma določeno s pravno normo. Ampak vsakega delovanja, ki ni določeno s pravno normo, še ne smatrajo za svobodni preudarek: kje se torej začne svobodni preudarek in neha delovanje, ki sicer ni določeno po pravni normi, pa vendar ni svobodni preudarek, in obratno? Ali so tukaj kaki objektivni kriteriji in ali ni vse ali vsaj mnogo odvisno od subjektivnega pojmovanja avtorja?

Če je v tem oziru skoro nemogoče izločiti subjektivni element, ga je v drugih ozirih težko. Svobodni preudarek namreč ni samo teoretičen pojem, da bi bilo za praktično življenje brez večjega pomena, ali se določi tako ali tako: marveč je svobodni preudarek v tesni zvezi z realnim življenjem, tako da ga skuša avtor bolj ali manj zavestno prilagoditi svojem življenjskemu nazoru. Kdor misli, da je čim širši svobodni preudarek uprave pogoj za njeno iniciativnost, bo skušal pojem svobodnega preudarka razširiti, kdor pa smatra, da je ideal uprave njena vezanost, ga bo skušal skrčiti. Zato bo trdil prvi, da vežejo organa samo pisani pravni viri, drugi pa bo pojem pravnega vira razširil na običajno pravo, na pravna in moralna načela, na pojmovanje družbe itd. Razumljivo je, da bo imel po prvem pojmovanju organ neprimerno več svobodnega preudarka kot po drugem in da se zaradi tega pojma svobodnega preudarka ne bosta skladala. Poudariti pa je treba, da je skušala večina teorije pojem svobodnega preudarka utesniti.

Pri tem ne smemo pozabiti prakse upravnih sodišč: kajti avtoritativno ugotavljajo vendarle upravna sodišča, kdaj ima organ svobodni preudarek in kje je njegova meja. Zato je razumljivo, da je hotel dati vsak avtor svojim izvajanjem poseben poudarek s tem, da se je skliceval na prakso upravnih sodišč. Tako je prišlo do medsebojnega vplivanja med teorijo in prakso. Ker pa je šla teorija, kakor rečeno, vobče za tem, da po možnosti stegne svobodni preudarek, je razumljivo, da je imela na njo velik upliv zlasti tista praksa, ki je v širokem obsegu kontrolirala svobodni preudarek: to je praksa francoskega državnega sveta

in pruskega vrhovnega upravnega sodišča. Čim bolj pa se je ostvarjala pravna država, ki je zahtevala čim širšo kontrolo uprave, je seveda povsod uplivala njena ideologija na teorijo in prakso in se je tako svobodni preudarek ožil. Vse to je imelo za posledek, da so gledali na svobodni preudarek nehoti bolj s praktičnega stališča: kako naj se preudarek čim bolj omeji, kakor pa s teoretičnega: kaj je svobodni preudarek. Tako smo prišli sicer do široke kontrole svobodnega preudarka, nismo pa prišli do jasnega pojma svobodnega preudarka. Zato je prav lahko mogoče in verjetno, da se bo v državah, ki ne bodo priznavale ideologije pravne države, pojem svobodnega preudarka zopet širil.

II.

Najnovejše delo, ki razgrinja vprašanje svobodnega preudarka v vsej njegovi zapletenosti, je delo domače literature. To je Krbekova knjiga: „Diskreciona ocena“.¹ Že naslovi poglavij kažejo, da se ni omejil avtor na nekatera vprašanja svobodnega preudarka, ampak da je hotel obdelati in strniti v celoto vsa vprašanja, ki so kakor koli v zvezi s svobodnim preudarkom. In kdor pozna dosedanje Krbekovo delovanje, je bil prepričan, da Krbek ne bo hodil po izhojenih potih in ponavljal ter prevzemal tujih mnenj, ampak da bo kritično pretresel dosedanje literaturo in podal lastno dognanje o svobodnem preudarku. In pričakovanje ni bilo razočarano.

Krbek je obdelal vso snov v 15 poglavjih in pri tem kritično premostril vso ne ravno skromno literaturo o svobodnem preudarku. Pri tem so se razrasla posamezna poglavja v zaokrožene monografije, tako n. pr. 4. poglavje o upravnem sodstvu in svobodnem preudarku. Bogate vsebine knjige, naravno, ni mogoče podati, saj se dotika avtor skoro vseh vprašanj upravnopravne vede, zato jo bom samo naznačil v najosnovnejših potezah.

Najprej kaže avtor, zakaj ne more biti delovanje izvršnega organa (sodnika in upravnega organa) popolnoma pravno določeno. Vsaka pravna nevezanost organa pa še ni svobodni preudarek. Zato skuša razmejiti avtor svobodni preudarek na eni strani od tolmačenja in na drugi od najdbe prava. Svobodni preudarek pa imamo tako v sodstvu kot v upravi, kvantitativna razlika pa je v tem, da ima svobodni

¹ Diskreciona ocena. Napisao dr. Ivo Krbek, član dopisnik Jugoslavenske Akademije. Izdala Jugoslavenska Akademija znanosti i umjetnosti. U Zagrebu 1937, str. 550.

preudarek v upravi širše in važnejše področje kot pa v sodstvu. Ker se vobče trdi, da upravna sodišča nikdar ne vrše svobodnega preudarka, analizira avtor vrste administrativnih sporov in kaže, pri katerih sporih upravna sodišča lahko vrše svobodni preudarek. Svobodni preudarek se sicer vedno giblje v območju smotrnosti, vendar ne pomeni samovoljnega delovanja, ampak delovanje, ki mora ustrezati službeni dolžnosti organa. Svobodni preudarek ima svoje minimalne in maksimalne pogoje: dokler niso izpolnjeni minimalni, ne more vršiti organ svobodnega preudarka, čim so izpolnjeni maksimalni, ga ne more vršiti več. Nanaša pa se svobodni preudarek ali na izdajo akta, ali na njegovo vsebino, ali na oboje. Napram pravni normi pa stoji svobodni preudarek samo v formalnem ne pa tudi v materialnem odnosu, to se pravi, da pravna norma samo pooblašča organa, da vrši svobodni preudarek, ne more mu pa določiti, kako naj ga vrši. Vendar se pojavljajo večkrat dvomi, ali je organu dan svobodni preudarek ali ne: to je primer, ko se izraža zakon dvoumno, ali ko celo molči. Kar pa se tiče nedoločenih pojmov, se ne da postaviti občno pravilo, ali je pooblaščen z njimi organ do svobodnega preudarka ali ne: to je *quaestio facti*. Meje svobodnega preudarka, o katerih se je toliko pisalo, pa niso nič drugega kot zakonske omejitve svobodnega preudarka. Tu je važen institut francoskega prava *détournement de pouvoir*, kjer kontrolira državni svet svrhu akta. Kar se tiče vladnega akta (*acte de gouvernement*), bi ga lahko popolnoma nadomestilo pravilno uporabljeno pojmovanje svobodnega preudarka.

To je vsebina knjige v najširših obrisih.

Sodba o delu bi se dala strniti v te-le stavke: delo ni samo med najpopolnejšimi, ki obravnavajo svobodni preudarek, ampak tudi med najtemeljitejšimi in samobitnejšimi, zgrajeno na izredno obsežnem poznanju teorije in prakse in lahko sprejmemo do mala vse avtorjeve izsledke. Osnovna ideja knjige pa je želja po zakonitosti uprave in po čim širši kontroli zakonitosti. Knjiga je *standard-work* na svojem področju.

V eni točki pa imam vendarle pomisleke, ali bi lahko pritrdil avtorjevemu izvajanjem. To je glede razmejitve med tolmačenjem norme, najdbo prava in svobodnim preudarkom. Doslej so ločili pisatelji vobče samo med tolmačenjem norme in svobodnim preudarkom. Krbek pa je izločil od svobodnega preudarka še najdbo prava. To je važen poskus: ker je namreč tolmačenje norme in najdba prava

pravno vprašanje, ki ga upravno sodišče lahko kontrolira, je s tem svobodni preudarek skrčen za celo snov, ki jo prideljuje avtor najdbi prava. Pod najdbo prava pa razume avtor ustvarjanje prava, oznako „najdenje prava“ (pronalazanje prava) uporablja samo zato, da tudi jezikovno naznači, da sodnik in upravni organ pri ustvarjanju prava nista tako samostojna kot zakonodavec.

Avtor loči na sledeči način tolmačenje norme, ustvarjanje prava in svobodni preudarek.

Značilnost tolmačenja pravne norme naj bi bila v tem, da je na videz sicer možnih več rešitev, tolmač pa mora vzeti tisto, ki je v duhu zakona oziroma zakonodavca: rešitev je vnaprej dana in jo mora tolmač samo ugotoviti. In ko išče tolmač to rešitev, ne misli samo na konkreten primer, ampak hoče normo abstraktno pravilno tolmačiti, da bi veljala za vse sorodne primere. Če bi gledal tolmač samo na konkreten primer, bi lahko prišel do povsem drugačne rešitve.

Tudi ustvarjalec pravne norme ne misli samo na konkretni primer, ampak hoče najti abstraktno normo za vse sorodne primere: ima pa v nasprotju s tolmačem norme več alternativ, ki pa jih postavlja sam in med katerimi izbira, tako, da rešitev ni vnaprej določena in da je možnih več rešitev.

Pri svobodnem preudarku pa ima organ več alternativ, ki jih je postavil zakon: med temi alternativami išče organ rešitev za konkretni primer.

Ali je mogoče sprejeti to jasno razmejitev?

Vzemimo najprej ustvarjanje prava.

Krbek pravi (str. 35): „Razumljiva je pojava, da onaj, koji donosi ovakvo novo pravno pravilo, stalno nastoji da ga tumači, podvede pod već postojeći pravni propis, odnosno, što važi naročito za upravnika, da se eventualno posluži diskrec. ocjenom. Ne samo teorija već i sami pronalazači novog pravnog pravila najradije kriju svoje djelo i podvode ga obično pod neku već postojeću pravnu normu. Ma koliko bilo od njih izvedeno pravno pravilo praeter legem, oni stalno nastoje prikazati, da je secundum legem. Što sudac, pa i upravni organ, nerado otvoreno priznaju da stvaraju novo pravno pravilo, već se trude da pretstave, kao da bi samo primenjivali već postojeće pravo, ima više razloga. Među njima naročito i pravno-politički, što ne žele sebe pretstaviti kao stvaraoca norme, i uopće što ne vole, da bi izgledalo, da samostalno djeluju; psihološki, što ne žele, da stvar izgleda kao nešto novo, već iz konservativizma

ostaju pri starom; i autoritativni, što tom pravilu žele dati jaču snagu.“

Obrnimo sedaj stvar in vprašajmo se: kako bi bilo, če bi se sklicevala sodnik in upravni organ pri rešitvi konkretnega primera na pravno pravilo, ki sta ga našla sama: to se pravi, da ne bi oprla rešitve na zakon ampak na svojo normo. Ali bi se smatrala taka rešitev za zakonito?

Samo če smatramo, da bi bila taka rešitev zakonita, ustvarjata sodnik in upravni organ pravo. Ampak kje imata pooblastilo za to? (Seveda če imata izrečno pooblastilo, potem sploh ni problema). Ali bi se bilo mogoče postaviti na stališče, da ima vsakdo, ki izvršuje pravo, tudi pravico, da ga poleg tega ustvarja? To je brezdvomno mogoče: kajti tudi državljani naj bi samo izvrševali pravo, pa ga vendar tudi ustvarjajo, namreč običajno pravo. S tem pridemo v megleno ozračje običajnega prava. Vprašanje običajnega prava na tem mestu ni mogoče načenjati, poudariti je pa vendarle treba, da zveni ne samo romantično ampak naravnost fantastično trditev, da bi samo narod oziroma „narodni duh“ lahko ustvarjal pravo, ne mogli pa bi ga ustvarjati organi (tukaj se ne misli na zakonodajne organe): kajti organi imajo isto nalogo kot narod, namreč, da izvršujejo pravo, organi so del naroda in so navdahnjeni z istim „narodnim duhom“. Po tem naziranju ne bi bilo moglo nastati tudi meddržavno običajno pravo, ki ga ustvarjajo organi, navzlic temu priznavamo vsi to pravo. Da ne bi mogli organi ustvarjati pravo, tega ni še nihče dokazal. Vprašanje je samo, ali je zadostna legitimacija za organe, da lahko ustvarja pravo, že samo dejstvo, da izvršuje pravo.

Zakaj narod lahko ustvarja pravo? Ali ima za to kako posebno pooblastilo v zakonu? Včasih ga ima, včasih ne: prvotno pa ga gotovo ni imel, ker je ustvarjal običajno pravo, preden so bili zakoni. In zakaj ga je lahko ustvarjal? Zato, ker so bili prepričani, da ga lahko ustvarja. Zakaj pa so bili o tem prepričani, niso vedeli, kakor ne vemo danes, zakaj smo prepričani, da narod lahko ustvarja pravo, tudi če ga zakon k temu ne pooblašča. In ker smo prepričani, da organi lahko ustvarjajo meddržavno običajno pravo, ga ustvarjajo. Vprašanje je torej samo: ali smo prepričani, da sodnik in upravni organ lahko ustvarjata pravo? Če smo prepričani, ga ustvarjata, če nismo, ga ne ustvarjata. Bojim pa se, da danes nismo o tem prepričani, in organi menda tudi ne, zato opirajo svoje rešitve na zakon. Zato je dvoumna Haurioujeva trditev, da je ustvaril francosko upravno pravo poleg zakonodavca tudi državni svet s svojo prakso.

Kajti to lahko pomeni dvoje: prvič, da so bili in so prepričani v Franciji, da državni svet lahko ustvarja pravo: potem državni svet res ustvarja pravo. Lahko pa pomeni to tudi, da v Franciji ne smatrajo, da bi državni svet lahko ustvarjal pravo. Potem je državni svet s svojo prakso samo razvil določena pravila, ki niso bila pravo: pravo pa so postala na ta način, da je pozneje zakonodavec ta pravila uzakonil, ali pa so pozneje brez posredovanja zakonodavca smatrali ta pravila za pravo.

Ker torej mislim, da danes nismo prepričani, da bi sodnik in upravni organ lahko ustvarjala pravo, dvomim, da bi bilo mogoče zožiti pojem tolmačenja oziroma svobodnega preudarka na ta način, da bi izločili pojem ustvarjanja prava. Poleg tega pa je vprašanje, ali je sploh mogoče ločiti tolmačenje, ustvarjanje prava in svobodni preudarek na ta način.

Vzemimo najprej tolmačenje: značilnost tolmačenja naj bi bila v tem, da je na videz sicer možnih več rešitev, tolmač pa mora vzeti tisto, ki ustreza duhu zakona oziroma zakonodavca: ta rešitev se bo uporabljala potem na vse primere. Ampak tukaj se pojavita dve odločilni vprašanji. Prvo: po čem spoznam, da imam v konkretnem primeru tolmačenje in ne svobodni preudarek? In drugo: kako dožnem, katera je tista rešitev, ki ustreza duhu zakona oziroma namenu zakonodavca? Jasno je, da na ti dve vprašanji ne morem zopet odgovoriti: tolmačenje imamo takrat, ko je na videz sicer možnih več rešitev, tolmač pa mora vzeti tisto, ki ustreza duhu zakona oziroma namenu zakonodavca. Ali je sploh možen odgovor na ti dve vprašanji? Zdi se mi namreč, da čim bi po določenih znakih lahko točno odgovorili na ti dve vprašanji, bi bila norma vnaprej jasna in bi nujno odpadlo vsako tolmačenje.

Enako je s svobodnim preudarkom. Seveda, če zakon izrečno določa, da ima organ v konkretnem primeru svobodni preudarek, potem odpadejo vsa ugibanja. Ampak kako je, kjer se zakonodavec izraža dvoumno, ali celo molči: kaj mi pomaga v tem primeru ugotovitev, da išče organ pri svobodnem preudarku rešitev od primera do primera, ko pa nimam kriterija, da bi v konkretnem primeru lahko ugotovil, ali imam svobodni preudarek ali tolmačenje: ali naj torej iščem rešitev od primera do primera, ali pa naj najdem abstraktno normo. Zato je ugotovitev, da išče organ pri tolmačenju abstraktno rešitev v duhu zakona, pri svobodnem preudarku pa konkretno rešitev za vsak primer posebej, samo — naknadna ugotovitev, kako

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 obcih 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