

Službeni nalogi.

(§ 70. zakona o uradnikih z dne 31. marca 1931.)

Dr. Joso Jurkovič.

V § 70. novega uradniškega zakona z dne 31. marca 1931 so določbe glede službenih nalogov. Te določbe so sporne v več pogledih. Dočim skušajo eni opreti razlikovanje med sodstvom in upravo vprav na te službene naloge,¹ odrekajo drugi tem nalogom sploh pravni značaj. Sporno je dalje, ali izvirajo ti nalogi že iz narave uprave, ali so samo vprašanje pozitivnih določb. Za nas zlasti je zanimivo, da je § 70. novega uradniškega zakona istoveten s čl. 90. prejšnjega uradniškega zakona z dne 31. julija 1923, Sl. N. 199 priloga Ur. l. št. 299, kar bi kazalo, da je bila stilizacija čl. 90. v celoti posrečena. Prav tej stilizaciji pa očitajo, da je samo izbegavanje.

Da se vidi za katere določbe gre, bodi navedeno besedilo § 70. izvzemši zadnji odstavek, o katerem bo govor pozneje:

»Uslužbenec mora izvrševati naloge svojih starejšin, če so izdani v mejah zakona.

Če smatra uslužbenec nalog, ki mu je bil dan, za nezakonitega, ima pravico, podati zoper njega svoje pripombe. V takem primeru sme zadržati izvršitev nalog, če ne bi bila stvar nujna. Ob ponovljenem nalogu, po podanih pripombah, mora uslužbenec dobljeni pismeni nalog izvršiti brez odlaganja. Samo tega, kar je z zakoni kot kaznivo dejanje prepovedano in kaznivo, ne sme nižji uslužbenec nikoli izvršiti na zapoved višjega uslužbenca ter mora svojemu višjemu oblastvu poročati o tako prejetem nalogu.«

Kritika o bistvu teh določb je izšla pred polstoletjem in se glasi:²

¹ Adolf Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, str. 42.: »Ob eine Angelegenheit Gerichtsbarkeit oder Verwaltung ist, hängt demnach davon ab, ob sie das Recht in den Wirkungskreis eines in der vorgeführten Weise, d. h. von Weisungen unabhängigen, oder in den Wirkungskreis eines abhängigen, will sagen von Weisungen abhängigen oder ausnahmsweise wenigstens zu Weisungen zuständigen Vollzugsorganes stellt.«

² Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. izdaja: 1911, I. zvezek, str. 460., opomba. Dasi nimam pri roki nobene starejš:

»In der neueren Staatsrechtsliteratur begegnet man öfters der Lehre, dass der Beamte, welchem ein gesetzwidriger Befehl erteilt worden ist, bei der Oberbehörde zu remonstrieren verpflichtet sei, wenn aber seine Vorstellung fruchtlos bleibe, dann den Befehl ausführen müsse... Diese Theorie, obwohl sie in manche kleinstaatliche Verfassungen sich eingeschlichen hat, ist keine Lösung der Frage, sondern eine praktisch wertlose Umgehung derselben. Ein rechtswidriger und an sich nichtiger Befehl kann dadurch nicht Rechtswirksamkeit erlangen, dass er zweimal erteilt wird, ein Beamter, dem die Befolgung eines Befehles untersagt ist, kann nicht dadurch, dass er dies der Oberbehörde gegenüber ausgesprochen hat, nunmehr zur Ausführung dieses Befehles verpflichtet oder befugt werden. Würde die Theorie wirklich Geltung haben, so könnte sich jeder Beamte durch eine zum Schein vorgebrachte Remonstration decken, oder es könnte die vorgesetzte Behörde ihrem Befehl gleich eine Klausel beifügen, welche der Unterbehörde andeutet, dass Remonstrationen fruchtlos sein würden. Uebrigens würde es wohl keine Behörde für angemessen erachten, mit den Unterbehörden sich in einen fortwährenden Meinungsaustausch darüber einzulassen, ob und aus welchen Gründen ihre Entscheidungen dem Recht und den Gesetzen gemäss sind.«

Kakor je razvidno, je razlika med določbo § 70. našega zakona in med določbo, ki jo kritizira Laband, v tem, da ima po naši določbi uradnik pravičo, po Labandovem pa mora podati pripombe k dozdevno nezakonitemu nalogu. Razlika je bolj ustavnopravna kot upravnopravna in se je bomo dotaknili pozneje. Tukaj nas najprej zanima, kaj so ti službeni nalogi, ki naj bi naenkrat omogočili točno razlikovanje med sodstvom in upravo, ko so brezplodno porabili že toliko energije, da bi našli poleg formalne materialno razliko med tema dvema funkcijama?

I.

Kaj je službeni nalog, na prvi pogled ne dela težkoč. Po Merklovi³ definiciji je službeni nalog izvršilni akt, s katerim obvezno predpiše upravni organ drugemu v okviru

Labandove izdaje, je iz besedila razvidno, da je bila ta opomba če že ne v prvi izdaji 1876 vsaj v drugi l. 1887.

³ o. c. str. 40.

prava, obveznega za drugi organ, ali in kako naj uporabi drugi organ svojo pristojnost. Vendar je treba tukaj poudariti, da je to definicija idealnega službenega naloga. Po tej definiciji namreč vprav vprašanje protizakonitega naloga ni mogoče, če je nalog vedno »v okviru prava«; »v okviru prava« bo pač tudi »na podlagi prava« in je s tem samo izraženo, da gre pri podrejenem organu pri nalogih za takozvani svobodni preudarek. Tukaj utegnejo biti določbe § 70. našega zakona problem še samo toliko, ali izvira dajanje nalogov iz narave uprave, ali pa je potrebna za to dajanje nalogov pozitivna določba. To vprašanje pa je sekundarnega pomena v primeri z vprašanjem: ali so ti nalogi sploh prava? In vprav to, da namreč ti nalogi niso pravne norme, trde mnogi avtorji. Če pa ti nalogi niso pravne norme, potem je ne samo Merklovo razlikovanje med sodstvom in upravo po kriteriju službenih nalogov brez pomena, kajti razlika med sodstvom in upravo mora biti pravna, ampak je brezploden vsak razgovor o protizakonitem službenem nalogu, kajti protizakonitost suponira konflikt dveh norm, ki sta ali vsaj hočeta biti obe juridični; če pa je o eni normi jasno, da ni juridična, potem ni nobenega juridičnega konflikta in tak konflikt juridično tudi ne bi bil rešljiv.

Da službeni nalogi niso pravne norme, trde med drugimi Laband,⁴ Jèze,⁵ Oton Mayer,⁶ Fleiner,⁷ Bonnard,⁸ torej vsekako ugledni avtorji upravnopravne vede.

⁴ O. c. III. zvezek str. 182.: »Von diesen Erwägungen aus ergibt sich, warum Reglements, Instruktionen und Dienstanweisungen trotz der Allgemeinheit der in ihnen enthaltenen Regeln keine Rechtsvorschriften sind.

⁵ Gaston Jèze, das Verwaltungsrecht der Französischen Republik, 1913, str. 163.: »Solche Kreisschreiben mit Befehlen oder Instruktionen haben in der Regel keine rechtliche Bedeutung. Sie sind weder Verwaltungsakte im eigentlichen Sinne des Wortes, noch Verordnungen. Dacher kann man auch keine Beschwerde wegen Ueberschreitung der Amtsgewalt dagegen erheben.«

⁶ Oton Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. zv. 2. izdaja 1917, str. 318.: »Rechtssätze gibt das nicht; es sind blosse Verwaltungsvorschriften«.

⁷ Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. izdaja 1928., str. 63.: »Den Befehlen der Dienstinstruktionen fehlt die zweiseitige verbindliche Kraft der Rechtsnorm«.

⁸ Roger Bonnard, Précis élémentaire de droit administratif, 1926, str. 245.: »L'instruction s'impose à l'inférieur parce que celui-ci est

Pri tem se opirajo ti avtorji ali na to, da službeni nalog, splošen ali specialen, ne vsebuje pravno nič novega,⁹ ali pa na Labandov pojem zakona v materialnem smislu.

Kar se tiče naziranja, da ne prinaša službeni nalog pravno nič novega, bi bilo poudariti to-le:

Vsak akt državnih oblastev in organov je izdan na podlagi pravne norme in mora biti nujno bolj konkreten, bolj determiniran kakor norma, na podlagi katere je akt izdan. Prav v tem je dinamičnost prava, da se pravo vedno bolj konkretizira od ustave do zakona, uredbe in do konkretnega akta. V tej verigi konkretizacije pa niso logično razumljive norme, ki naj bi bile izdane na podlagi višjih in splošnejših pravnih norm in bi determinirale nižje organe pri izdajanju konkretnjših ali konkretnih pravnih norm, ki pa same ne bi bile pravne norme. Po tem statičnem pojmovanju prava so pravne norme samo ustavne norme, kajti zakoni, uredbe, konkretni akti morajo biti po tem pojmovanju tudi samo konkretiziranje ustavnih določb in ne morejo vsebovati pravno nič novega. Zakaj pa naj bi bila morda odločba pravna norma, nalog pa, ki jo determinira, naj ne bi bil, ni razumljivo.

Drugačno je izhodišče Labanda in njegovih pristašev. Laband veže pojem prava na pojem zakona v materialnem smislu. Zakon v materialnem smislu je norma, ki vsebuje pravno pravilo. Pravno pravilo pa je samo tisto, ki razmejuje pravno sfero poedinca nasproti poedincu ali nasproti državi. Ker pa službeni nalogi in instrukcije ne posegajo po Labandu v pravno sfero poedincev, niso ti nalogi in instrukcije pravne norme.

Glede Labandove ločitve zakona v formalnem in materialnem smislu naj zadostuje ta-le ugotovitev. Da je moči govoriti o zakonodaji in zakonu, za to je pogoj ločitev oblasti. Pojem ločitve oblasti pa je strogo formalen pojem. Na tej formalni osnovi se ne dajo zgraditi materialne razlike državnih funkcij, kakor je to storil Laband. Če so morda možne take materialne razlike, bi se morale iskati na funkcionalnem, ne pa na formalnem kriteriju.¹⁰ Sicer ni

subordonné à son supérieur. Mais, par contre, elle ne s'impose aux particuliers parce que, d'abord, elle n'est pas élément de la légalité...»

⁹ Bonnard, o. c. str. 245.: »En tout cas, l'instruction n'apporte pas un élément nouveau de légalité«.

¹⁰ Krbek, Upravno pravo, 1929, str. 6/7: »Razne se državne funkcije mogu podijeliti i po materialnim momentima, i što ova dioba do danas nije konzekventno provedena, valja pripisati okolnosti, što se najveći trud, jedna golema sofisterija primenjuje baš u tom pravcu, da se ta

oporekati, da je moči v določenih primerih in do določne meje s pridom uporabljati razlikovanje zakona v formalnem in materialnem smislu, vendar se ne sme pri tem pozabiti, da je pojem »zakona v materialnem« smislu v bistvu vendar *contradictio in adjecto* in ne more biti kriterij prava. Da Laband ni hotel ali ni mogel videti te kontradikcije, temu je vzrok njegovo pojmovanje prava in države.

Po njegovem naziranju suponira pravo po svojem bistvu moč, ki jo izvršuje država nad osebami, ki ne tvorijo države. Pravila, ki si jih daje država za svoje lastno delovanje, prav tako ne morejo biti pravo kakor pravila, ki si jih da posameznik za svoje zasebno delovanje.¹¹

Tukaj se vidi, kje je izvor za razlikovanje med zakonom v formalnem in materialnem smislu. Izvor je v tem, da Labandu država ni organizacija naroda, ampak tvori sama zase posebno juridično osebo. Posledica ali morda celo namen tega naziranja pa se pokaže v Labandovi teoriji budžeta. Ker je ta namen političen, se ne bomo dalje pečali z njim.

Labandovo naziranje so zavrnilo vsi avtorji čiste pravne teorije,^{12 13 14 15} zato naj pripomnimo k njegovemu pojmovanju službenih instrukcij zgolj še to-le: Vsaka norma, ki jo izda država, je pravna norma — kolikor je norma in ne samo v normativni obliki izdana maksima, želja, nauk itd. Reči pa, da niso norme, ki se nanašajo samo na uradnike, pravne norme, ni nič bolj upravičeno in manj svojevoljno kot trditi, da so pravne norme samo tiste norme, ki se nanašajo na uradnike. S pomočjo razlikovanja zakona v materialnem in formalnem smislu se da oboje enako dokazati. Uradnik je prav tako pravni subjekt kot drug državljan, samo s to razliko, da je vobče bolj pravno determiniran, da se nanaša nanj več pravnih norm kot vobče na dioba prisloni na skroz formalnu diobu na zakonodavstvo, sudstvo i upravo.«

¹¹ Laband, o. c. zv. II., str. 181.: »Wenn die Verwaltung ihr eigenes Verhalten innerhalb des Bereiches ihrer freien Willensbestimmung regelt, so greift dies ebensowenig in die Sphäre des Rechtes ein, als wenn ein Privatmann Anordnungen über die Führung seines Haushaltes, seiner Fabrik, seiner Landwirtschaft erteilt, oder als wenn ein Aktienverein, eine Genossenschaft, eine Kommune Beschlüsse über ihre Angelegenheiten fasst.«

¹² Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, str. 237.

¹³ Merkl o. c. str. 122.

¹⁴ Leonid Pitamic, Država, 1927, str. 270/271.

¹⁵ Krbek, o. c. str. 118.

ostale državljane: kajti njega se tičejo še posebne norme njegove službe. K tem normam pa je treba brezdvomno šteti generalne in specialne službene naloge. Sicer bo najbrže jako malo takih nalogov, ki ne bi imeli vsaj posredno učinka tudi na zven, napram ostalim državljanom. Vendar je moči koncedirati, da se nanašajo ti službeni nalogi v prvi vrsti na organe, če je s tem kaj pridobljeno za razmejitvev teh nalogov, zlasti generalnih od uredb.

II.

Sedaj je vprašanje: ali izvirajo ti nalogi iz same narave uprave, ali pa utegnejo biti zgolj posledica pozitivnih določb? Merkl¹⁶ n. pr. trdi, da nalogi ne izvirajo iz narave uprave, drugi kakor Bonnard¹⁷, Carré de Malberg¹⁸, Fleiner¹⁹, Mayer²⁰ trdijo, da izvirajo.

Katero stališče je pravilno? Mislimo, da Merklovo in sicer iz tega razloga. Pojem hierarhije bi sicer kazal na to, da sme višji dajati nižjemu naloge. Ta postulat ima baje oporo v pravnopolitičnem razlogu, da bi bilo sploh ogroženo delovanje uprave brez teh nalogov, in v sociološki supoziciji, da je višji glede na funkcioniranje države kompetentnejši za presojo, kaj naj se izvrši, in da je vsled tega upravičen dajati nižjemu naloge. Nobeden teh vidikov pa ni praven. S pravnega vidika, je moči reči samo: vsak ima toliko pravic in dolžnosti, kolikor mu jih daje pravni red. Nič več in nič manj. Zato sme dajati višji nižjemu naloge le, če ga pooblašča v to pravni red.

Kako relativni so ti nejuridični kriteriji, se vidi, če jih apliciramo na konkretne razmere. V policijski državi, kjer še ni bila ločena zakonodaja od uprave, je bil monarh nosilec obeh teh današnjih oblasti. Zato ne vzbuja nobenih pomislekov, če izdaja poleg generalnih upravnih norm tudi specialne v obliki nalogov, ali če jih izdajajo njegovi organi z njegovo pooblastitvijo in v smislu njegovih intencij. Tukaj se odigrava ves proces tvoritve državne volje v eni sami ravnini in so konflikti izključeni. Prav to je danes v demokratični državi, kjer je vlada več ali manj samo odbor parlamenta. Tudi tukaj ni, vsaj v normalnih primerih, nobenih pomislekov proti službenim nalogom.

¹⁶ c. c. str. 41/42.

¹⁷ o. c. str. 245.

¹⁸ Contribution à la Théorie générale de l'Etat 1920, zv. 1. str. 671.

¹⁹ c. c. str. 62.

²⁰ o. c. zv. I. str. 87.

Vzemimo pa konstitucionalno monarhijo. Tukaj ima parlament sicer zakonodajno kompetenco dasi skupno z monarhom, ampak uprava je monarhova kompetenca. Če smatramo, da izvira pravica dajanja nalogov iz narave uprave, nima uprava težke naloge, da utegne skoro popolnoma »izigrati« zakonodajo. V takih razmerah nič ne pomeni fraza, češ da je kontrola uprave, kajti kontrola vprav ni mogoča. Vsaka kontrola namreč nujno suponira normo, na podlagi katere jo je moči kontrolirati. Če pa se trdi, da je pravica dajanja službenih nalogov neodvisna od pozitivnih določb, potem so te norme originaren pravni vir in jih ni mogoče kontrolirati na podlagi drugega pravnega vira, n. pr. zakona, od katerega so neodvisne. Dokler torej ne začne izdajati uprava norm, ki direktno razmejujejo pravno sfero med poedinci ali med poedinci in državo, se drži uprava svoje kompetence in je kontrola pojmovno in tehnično nemogoča. To je tudi smisel Anschützove nekoliko mistične definicije uprave.²¹

Dočim se torej službeni nalogi ne tičejo neposredno poedincev in tudi nima poedinec pravnega sredstva proti temu, če mu jemljejo ti nalogi posredno pravice, ki so osnovane na zakonu, pride pa po tej teoriji organ, ki naj izvršuje te naloge, v čuden položaj. On mora izvrševati naloge, njegovo poslovanje pa mora biti tudi zakonito. Če sta zakon in službeni nalog dva paralelna pravna vira, ki nimata skupnega višjega vira, kaj naj bo merodajno za poslovanje organa v konkretnem primeru, če je nalog po mnenju organa nezakonit? Zakon ali službeni nalog? Navadno se smatra, da je v takem primeru vendar zakon višji od službenega naloga,²² dasi to v tej situaciji nikakor ni razumljivo in se odloči samo s tem, ali se v konkretnem primeru pokorava organ zakonu ali službenemu nalogu. Odločitev

²¹ Gerhard Anschütz, Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz, 2. izd. 1913, str. 53: »Freie Tätigkeit der zweckbewusst durch ihre Organe handelnden Staatspersönlichkeit, frei vom Zwange des Rechts, aber innerhalb seiner Schranken — so stellt sich der Verwaltungsbegriff dar, wie ihn die moderne Staatswissenschaft, über den einseitigen Begriff der Vollziehung weit hinausgehend, ausgeprägt hat.«

²² Loening, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1884, str. 122: »Es ergibt sich hieraus, dass, sofern nicht durch positiven Rechtssatz etwas anderes bestimmt ist, der Beamte nur verpflichtet ist, denjenigen Befehlen und Anweisungen seiner vorgesetzten Behörde Gehorsam zu leisten, welche der Verfassung und den Gesetzen entsprechen.«

pa bo odvisna od tega, kdaj je manjši riziko za organ: ali če se ne pokorava zakonu, ali če se ne pokorava službenemu nalogu? Ker je uprava, od katere prihaja službeni nalog, tudi disciplinska instanca za organ, ki dobi nalog, odločitev nižjega organa ne more biti dvomljiva. In prav v tem je možnost, da »izигра« uprava voljo zakonodajnega telesa, o čemer smo prej govorili. V tej disciplinski odvisnosti pa je treba menda tudi iskati razlog, da jamči službeni nalog že s tem, ker je bil izdan, da je veljaven.²³

Ker se dajanje službenih nalogov juridično ne da utemeljiti že iz samega pojma uprave in se obenem trdi, da so ti nalogi potrebni v zaščito javnega interesa,²⁴ se danes ne izvaja več pravica upravnih oblastev in organov do dajanja teh nalogov in dolžnost do njih izvrševanja iz argumenta a contrario sodniške neodvisnosti, ampak se ta pravica in dolžnost pozitivno normira. To stališče je zavzel tudi naš uradniški zakon v § 70.

III.

Če se vprašamo najprej, ali veljajo določbe § 70. samo za specialne službene naloge ali tudi za generalne, ki jih imenujejo Nemci upravne uredbe ali upravne predpise, moramo reči, da se nanaša § 70. zgolj na specialne službene naloge. To kaže prvi odstavek § 70., da mora uslužbenec izvrševati naloge svojih starejšin: kajti generalne naloge daje oblastvo oblastvu, ne pa šef podrejenemu organu. Sledi pa to tudi iz raznih drugih zakonov, kjer je posebej normirana pravica oblastev do izdajanja »pravilnikov« — in ti pravilniki so vprav generalni službeni nalogi — in iz drugega odstavka § 70., da ne sme uslužbenec pod nobenim pogojem izvršiti na zapoved kaznivega dejanja: kajti že beseda »zapoved« kaže, da gre za specialen nalog, povrh je nekoliko neverjetno, da bi izdajali generalne naloge, ki bi vsebovali zapoved deliktov.

Večina avtorjev in tudi Laband²⁵ zagovarja stališče, da organu, ki dobi službeni nalog, ne gre pravica, preskusiti,

²³ Mayer, o. c. zv. II, str. 321: »Er bezeugt dadurch, dass er erlassen wird, (scil. službeni nalog), von selbst auch schon, dass die Voraussetzungen seiner Rechtsgültigkeit gegeben sind. Dieses Zeugnis macht ihn massgebend und bindend ohne weiteres überall, wo nicht eine besondere Zuständigkeit gegeben ist zur Nachprüfung und Ungültigerklärung.«

²⁴ Herrmann Herrmann, Grundlehren des Verwaltungsrechtes, 1921, str. 178/79.

²⁵ o. c. I. zv. str. 461/62.

ali je nalog materialno pravilen, da pa mora preskusiti nalog glede teh-le točk: ali je izdan nalog v predpisani obliki, ali je nadrejeni organ pristojen za izdajo naloga, ali je podrejeni organ, ki dobi nalog, pristojen, da sme izvršiti z nalogom zapovedano dejanje.

Naš zakon pa je dal uslužbencu materialno presojo in tudi delno materialno odločitev. Glede formalne presoje in odločitve bomo govorili pozneje.

Prvi odstavek § 70. določa, da mora izvrševati uslužbenec naloge, če so izdani v mejah zakona. Iz tega izvira ne le, da uslužbenec ni zavezan, marveč da ne sme izvrševati protizakonitih nalogov. Proti tej razlagi pa govori 2. odstavek, da sme uslužbenec proti nalogu, ki se mu zdi protizakonit, podati svoje pripombe in zadržati izvršitev naloga, če stvar ni nujna; ponovljen pismen nalog pa mora uslužbenec izvršiti. Ali sme torej, odnosno mora izvrševati uslužbenec protizakonite naloge, ali jih ne sme izvrševati?

Uslužbenec ne sme izvrševati nezakonitih nalogov! Kajti zakon ne more zahtevati protizakonitost, pravo protipravnost, ker bi negirala s tem sama sebe. Uslužbenec je organ, ki mora delovati na podlagi pravnih norm, izvrševati pravne norme: če in kolikor bi delal proti pravnim normam, toliko sploh ne bi bil uslužbenec, organ.

Kaj pa naj pomeni potem določba, da mora izvršiti uslužbenec ponovljen pismen nezakonit nalog. To pove začetek 2. odstavka: »Če smatra uslužbenec nalog za nezakonnitega . . .« Prej smo omenili naziranje, da izvira pravica za dajanje službenih nalogov iz same hierarhije uprave in da ni potreba, da bi bila ta pravica posebej normirana. Če smo zavrnil s pravnega stališča to naziranje, pa ne smemo pasti v nasprotni ekstrem, da bi rekli: hierarhija kaže, da sme kontrolirati nižji višjega, da se vrši kontrola od spodaj navzgor. Tega seveda tudi zakon ni mogel hoteti, če ni hotel obenem negirati svojega bistva: bistvo pravnih norm pa je, da so veljavne, da jih hočemo izvajati v realnosti. V realnosti pa se vrši kontrola od zgoraj navzdol. Razlika je namreč v tem, ali s m a t r a uslužbenec nalog za nezakonit, ali pa je nalog res nezakonit. Uslužbenec sme p r e s o j a t i ali je nalog nezakonit, nima pa pravice, da bi o tem o d l o č a l, da bi bila njegova presoja odločilna za izvršitev ali neizvršitev naloga. Samo če vsebuje nalog nekaj, kar je po zakonih prepovedano in kaznivo, ne sme uslužbenec izvršiti naloga. V tem primeru ima uslužbenec poleg dolžnosti materialne presoje tudi dolžnost materialne odločitve.

Kakšen smisel pa ima potem uslužbenčeva presoja tedaj, ko ne gre za kaznivo dejanje? In: ali je ta presoja pravica ali dolžnost?

Če določa zakon, da mora uslužbenec izvrševati naloge, če so izdani v mejah zakona, bi se morda dalo iz tega sklepati, da hoče zakon zagotoviti zakonitost uprave in da je vsak organ od najvišjega do najnižjega zavezan, da pazi na zakonitost v vsakem pogledu. To pa kaže, da mora in ne samo da more nižji organ preskusiti nalog nadrejenega organa glede zakonitosti. To naj bi bila zahteva pravne države. Proti pretiranosti te zahteve je nastopil v svoji kritiki Laband in jo je ironiziral Mayer.²⁶ Iz besedila našega § 70. se ta dolžnost uslužbenca, če ne gre za kaznivo dejanje, ne da izvajati. Uslužbenec ima pravico preskušnje, nima pa dolžnosti. Zato se zdi, da so uslužbenčeve pripombe na dozdevno protizakonit nalog precej brez pomena. Če pa so pripombe morda manj pomembne za zakonitost naloga, so pa jako pomembne za uslužbenca. Kajti § 78. določa, da sta odgovorna uslužbenec in država za škodo, ki jo stori uslužbenec drugim osebam z nezakonitim ali nepravilnim postopanjem in da mora plačati država tožilcu odškodnino samo tedaj, če se ne bi mogla izterjati odškodnina od uslužbenca. Uslužbenec, ki izvrši nalog, ne da bi ga preskusil glede zakonitosti, stori to na svojo odgovornost. Če pa naredi k nalogu svoje pripombe, prevali odgovornost na organa, ki je nalog dal. V tem je pomen teh pripomb, pripombe pa so samo pravica, ne pa uslužbenčeva dolžnost. Seveda pravica, ki utegne imeti za uslužbenca kvarne posledice, če je ne izvrši.

Omenili smo že, glede katerih formalnih strani službenega naloga se smatra, da ima uslužbenec dolžnost²⁷ presoje in odločitve. Kar se tiče vprašanja, ali ie organ, ki je dal

²⁶ o. c. 2. zv. str. 324: »Die Ideen des Verfassungs- und Rechtsstaates liessen ja alles willkommen erscheinen, was dazu dienen konnte, Recht und Gesetz sicherzustellen gegen Missbräuche der Behörden und so den Untertanen Schutz zu gewähren. Und ein wirksames Mittel sah man in dem Grundsatz, dass jeder Beamte oder sonstiger Diener des Staates für die Gesetzmässigkeit auch der von ihm ausgeführten Anordnungen seiner Vorgesetzten verantwortlich, folglich befugt, ja verpflichtet sei, diese nachzuprüfen und den Gehorsam zu verweigern, wenn er findet, dass es damit nicht im Einklang stehe.«

²⁷ Laband, o. c. 1. zv. str. 460: »Die Prüfung der Gesetzmässigkeit aller dienstlichen Anordnungen muss daher von jedem Beamten und zwar auf eigene Gefahr vorgenommen werden.«

nalog, pristojen, je brezdvomno, da bo moral podrejeni organ preskusiti in odločiti o njegovi pristojnosti. Stotnik Köpenick namreč ni v čast nobeni upravi. Tudi je jasno, da bo moral uslužbenec, ki smatra nalog za nezakonit, podati svoje pripombe pismeno in tudi zahtevati, da mu izda jo ponovni nalog pismeno. Drugače pa je po našem zakonu glede pristojnosti organa, ki dobi nalog. Vobče se smatra, da mora biti organ, ki dobi nalog, pristojen za njegovo izvršitev. Zadnji odstavek § 70. pa določa, da mora uslužbenec, če zahteva službena korist, opravljati na poziv starejšine tudi tiste posle, ki ne spadajo v obseg njegovega poslovanja. Po našem pozitivnem pravu torej ne more odkloniti organ nalog s tem, da ni pristojen za njegovo izvršitev. Tukaj bi utegnili nastati nični upravni akti v smislu § 135. Z. U. P., če bi dal n. pr. sreski načelnik poduradniku nalog, da izda upravni akt.²⁸

IV.

Materialna preskušnja zakonitosti po našem zakonu ne nudi mnogo jamstva za zakonitost službenih nalogov. Zato je treba računati z nezakonitimi nalogi. Kako naj si razlagamo nezakonit nalog, če smo rekli prej, da zakon ne more negirati samega sebe. Juridično je mogoča samo ta-le razlaga: Če določa zakon, da se morajo izvrševati zakoniti nalogi, pripušča pa obenem možnost, da se izvršujejo tudi nezakoniti nalogi, potem zakon sam suspendira svojo veljavnost za tiste primere, ko se bo izvršil nezakoniti akt. Ta suspenzija utegne biti samo začasna, dokler se akt ne uniči, ali pa je glede dotičnega akta trajna. S tem postane dotični nezakoniti akt začasno ali trajno — zakonit. To ni problem samo nezakonitega službenega naloga, marveč problem vsakega protipravnega akta: zakonodajnega, sodnega ali upravnega.

V začetku smo navedli mnenje Labanda, da je naša rešitev vprašanja službenih nalogov — izbegavanje. Vsaka rešitev protipravnosti državnih aktov mora biti nujno vedno več ali manj izbegavanje, kajti če postavimo še toliko kontrol, bomo vedno prišli do kontrole, ki se ne da več kontrolirati, kajti nekje se kontrola mora končati. Na tej točki se mora spremeniti protipravnost v pravnost, če naj bodo ti akti juridično sploh razumljivi. Priznati pa se mora seveda, da je možnost nezakonitih službenih nalogov vobče večja kot pa možnost protipravnih drugih državnih aktov. To pa je težko preprečiti, če se poudarja na eni strani nuj-

²⁸ Krbek, Zakon o opštem upravnem postopku, 1931, str. 180.

nost obstoja teh nalogov in je na drugi strani njih kontrola večkrat nemogoča. Vendar ni Labandova rešitev tega vprašanja boljša, kvečjemu enostavnejša, ker on sploh ne pripušča nobene materialne preskušnje nalogov. Sicer pa ves problem teh službenih nalogov ni izčrpan že s tem, da se pokaže na možnost njih nezakonitosti. Pojavljajo se druga vprašanja, n. pr. da jemljejo ti nalogi via facti strankam zakonite pravice. Če da n. pr. višje oblastvo nižjemu nalog, kako naj reši konkretno stvar, je izgubila s tem stranka faktično eno instanco, do katere ima po zakonu pravico. Tudi ima uslužbenec vobče napram nezakonitemu službenemu nalogu inferiornejše stališče kot navaden državljan napram protipravni normi. Sodišče bo navadnega državljana oprostilo, če se ne pokorava n. pr. nezakoniti uredbi, če je uredba res nezakonita.²⁰ Drugače je seveda, če odloča o nepokorščini napram uredbi upravno oblastvo. Uslužbenec pa bo vedno disciplinsko kaznovan, če ne izvrši službenega naloga. Vendar gredo taka vprašanja že čez okvir tega članka.

Ali je superfekundacija z določitvijo krvnih skupin že dokazana?

Docent dr. A. Košir.

Priznavam, da je vprašanje superfekundacije odnosno superfetacije bolj teoretičnega pomena, vendar so, čeprav redki dvomi, da-li sta dvojčka, ki se tudi sicer razlikujeta po mnogih telesnih znakih, otroka istega očeta ali pa dveh različnih konkubentov in ali je moči, da stvar s to ali ono preiskavo vsaj približno ali točno ugotovimo. Vprašanje superfekundacije je postalo v zadnjem času tem bolj pereče, ker se ga je dnevno časopisje lotilo, češ da sta sodna zvedenca (v Stockholmu, odnosno v Lundu) na podlagi krvne preiskave izjavila, da sta dvojčka dveh različnih očetov. V nastopnem se hočemo baviti z načelnim vprašanjem kakor tudi z onim konkretnim, da pri tem pokažemo, kaj nam more pregled glede na krvne skupine nuditi.

Haberda navaja v svojem učbeniku sodne medicine kot anomalije gravidnosti superfekundacijo in superfetacijo. Če je prva ponovno spočetje v isti menstruacijski dobi (računano od ene perijode do druge, povprečno torej 28 dni), izvršeno po istem moškem ali po dveh različnih

²⁰ Kelsen o. c. str. 292.