

Slovenski Pravniki

Leto LIV.

Ljubljana, junija 1940.

Štev. 5.—6.

Proglašanje upravnih aktov za nične po § 135 št. 3 zup.*

Dr. Vladimir Kukman.

Eno izmed glavnih načel zakona o občem upravnem postopku (zup.) je načelo, da se pravnomočne upravne odločbe praviloma ne morejo več spremeniti ali razveljaviti. Zup. pa pozna tudi nekaj izjem od tega načela, in sicer: postavitev v prejšnji stan (§§ 124 do 127), obnovo postopanja (§§ 128 do 132), spremembo ali razveljavljenje pravnomočne odločbe s pristankom oseb, ki so pridobile z odločbo kako pravico (§ 133), spremembo ali razveljavljenje pravnomočne odločbe v zaščito javnih interesov (§ 134) in končno proglasitev upravnih odločb za nične (§ 135).

§ 135 zup. se glasi:

„(1) Izvrševaje pravico nadzora, proglasi nadzorno oblastvo za nično odločbo, zoper katero ni pravnega sredstva:

1. če jo je izdalo oblastvo, ki za dotični predmet ni stvarno pristojno, ali jo je izdal organ, ki v nobenem primeru ni mogel biti upravičen izdati tak akt;

2. če utegne povzročiti s svojo izvršbo zločinstvo ali pregrešek;

3. če vsebuje pregrešek, ki povzroča ničnost po kakšni izrečni zakoniti določbi.

(2) Posamezna ministrstva smejo ob pričujočih pogojih proglasiti za nične tudi lastne pravnomočne odločbe.

(3) Odločba, izdana po tem paragrafu kakor tudi po §§ 133 in 134, velja glede pravnih sredstev za nov predmet.“

Kar se tiče § 135, št. 1, v našem slovstvu¹ v glavnem² ni spornih vprašanj; tudi upravni praksi ta določba doslej ni

* Po predavanju v društvu „Pravniku“ dne 28. februarja 1940.

¹ Prim. Krbek, Zakon o opštem upravnem postopku, Zagreb 1931, 180; Goršič, Komentar Zakona o opštem upravnem postopku, Beograd 1931, 257/58; Stefanović, Komentar Zakona o opštem upravnem postopku, Beograd 1935, 327/28; Kostić, Administrativno pravo Kraljevine Jugoslavije, II. knjiga, Beograd 1936, 247/48; Steska, Upravni postopek, Ljubljana 1936, 89/90.

² Kot organe, ki v nobenem primeru niso upravičeni, izdati kak upravni akt, navajajo komentatorji zup. služitelje, nekateri (Krbek, o. c. 180) tudi zvaničnike, Goršič (o. c. 237) pa tudi pripravnike.

delala težav. § 155, št. 2 vsebuje sicer razne nejasnosti,³ ki pa so bile doslej brez praktičnega pomena, ker upravno-sodna praksa dosedaj še ni zabeležila uporabe tega predpisa.⁴ Dokaj drugače pa je s § 155, št. 3. Interpretacija te zakonske določbe po državnem svetu je močno in trajno vplivala na upravno prakso in vpliva nanjo še danes ter je po besedah prof. Kostića načelo pravnomočnosti upravnih aktov v temelju pretresla.⁵ Prav ta izredni pomen, ki ga ima interpretacija za upravno prakso, upravičuje njeno nadrobno analizo ter preučitev vprašanj, ki so z njo v zvezi.⁶

Določba § 155, št. 3 zup., da proglasi nadzorno oblastvo za nično upravno odločbo, zoper katero ni pravnega sredstva, če vsebuje pogrešek, ki povzroča ničnost po kakšni izrečni zakonski določbi, v upravni zakonodaji ni nova, saj je povzeta po § 68, odst. 4, lit. d. avstrijskega zakona o občem upravnem postopku (Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz — AVG) z dne 21. julija 1925.⁷ Splošno se je razumel § 155, št. 3 našega zup. tako, da se mora upravna odločba kljub pravnomočnosti proglasiti za nično, če vsebuje takšne napake ali pomanjkljivosti, glede katerih določa kak konkreten zakonski predpis izrečno, da imajo za posledico ničnost. Pravilno poudarjajo razni jugoslovanski avtorji, da je v naši upravni zakonodaji le malo takih predpisov, ki izrečno statuirajo ničnost, da pa

³ Gl. Kostić, o. c. 248 do 251.

⁴ Kostić, o. c. 248.

⁵ O. c. 252.

⁶ Doslej sta obravnavala to snov prof. Laza Kostić (o. c. 251 do 253) in v najnovejšem času sekretar državnega sveta Ljubomir Jevtić (Službeni glasnik Ministarstva unutrašnjih poslova z dne 1. jan. 1940, šte. 1, str. 44 do 47); ali prof. Kostić, ki je dal II. knjigo svojega učbenika v tisk konec decembra 1935, je obdelal samo prvo fazo razvoja, ki je karakterizirana po odločbi obče seje državnega sveta šte. 30253/32 iz leta 1932, drugi pisec pa je podal v glavnem le historiat vprašanja, ne da bi zavzel kritičnega stališča k stvari sami. Na kratko sta se dotaknila tega vprašanja tudi Šteska (o. c. 90) in Radovanović (Arhiv za pravne i društvene nauke 1940, št. 3, 235 sl.).

⁷ Prim. Jurkovič, Ničen upravni akt, Zbornik znanstvenih razprav, Ljubljana 1938, 249 in Herrnritt, Das Verwaltungsverfahren, Wien 1932, 118 in 121. Navedena avstrijska zakonska določba se glasi: „Ausserdem können (naš § 155 zup. ima velelniško obliko) Bescheide von Amts wegen in Ausübung des Aufsichtsrechtes von der sachlich in Betracht kommenden Oberbehörde als nichtig erklärt werden, wenn der Bescheid d) an einem durch gesetzliche Vorschrift ausdrücklich mit Nichtigkeit bedrohten Fehler leidet“. Herrnritt pripominja (o. c. 118), da bi se moral ta pasus pravilneje glasiti: „wenn er wegen eines Fehlers durch gesetzliche Vorschrift ausdrücklich mit Nichtigkeit bedroht ist.“

se morejo vsak čas pojaviti novi taki primeri.⁸ Vsekakor ni povzročila jasna in preprosta zakonska določba § 135, št. 3 zup. pri nas ne v teoriji,⁹ ne v praksi kakršnega koli dvoma,¹⁰ dokler ni dal državni svet z odločbo obče seje z dne 30. septembra 1952, števil. 30253/52, tej določbi tolmačenje, ki je po besedah prof. Kostića razširilo „prvobitno shvačanje ove odredbe do neslučenih granica“.¹¹

Stanje stvari, ki je dovedlo do citirane odločbe obče seje državnega sveta, je naslednje:¹²

Leta 1924 je dal gradbeni minister nekemu inženirju kemije, ki ga je pomotoma smatral za gradbenega inženirja, pooblastilo za izvrševanje javne prakse gradbenega inženirja. Na podlagi tega pooblastila je dal finančni minister leto pozneje isti osebi dovoljenje za izvrševanje civilne geometrske prakse. Ko je gradbeni minister naknadno ugotovil, da dotična oseba ni dovršila študijev gradbenega inženirja, je proglasil novembra 1931, ko je bil že v veljavi zup., na osnovi § 135, odst. 1, št. 3, tega zakona izdano pooblastilo za izvrševanje javne prakse gradbenega inženirja za nično; isto je storil kmalu nato tudi finančni minister glede dovoljenja za izvrševanje civilne geometrske prakse.

Zoper obe odločbi je vložil prizadeti inženir tožbo na državni svet, ki je reševal tožbi po razdelitvi dela v dveh različnih oddelkih. Ker oddelka glede pravilnosti uporabe § 135, št. 3 nista bila istega naziranja, sta predložila vprašanje v smislu čl. 4 zakona o državnem svetu in upravnih sodiščih v zvezi s §§ 12 in 15 zakona o poslovnem redu pri državnem svetu in upravnih sodiščih obči seji državnega sveta, ki je sklenila dne 30. septembra 1952 pod števil. 30253/52 naslednjo odločbo o razumevanju § 135, št. 3 zup.:

⁸ Jurkovič, o. c. 245, Kostić, o. c. 251, Krbek, o. c. 180. Več takih predpisov je zlasti v novejši avstrijski zakonodaji, v kateri se je, kakor pravi Herrnritt (o. c. 120), njih število vsekakor pod vplivom § 68, odst. 4, lit. d, AVG. povečalo; ustrezne citate gl. Herrnritt, o. c. 118, op. 17.

⁹ Vsaj ne v komentarjih zup., ki so izšli pred letom 1952 (Krbek in Goršič).

¹⁰ Drugače v Avstriji, kjer § 68, odst. 4, AVG. (gori op. 7) nima imperativne oblike. Gl. Herrnritt, o. c. 118/119.

¹¹ O. c. 251.

¹² Povzeto iz odločb obče seje državnega sveta z dne 30. septembra 1952, števil. 30253/52 („Službene Novine Kraljevine Jugoslavije“ z dne 8. novembra 1952, števil. 260/XCIX/698, popravek Sl. N. z dne 21. novembra 1952, števil. 271/CIII/731) in z dne 27. in 28. novembra 1955, števil. 32633/55 (Sl. N. z dne 14. februarja 1956, števil. 35/VI/71).

„Št. 3 § 135 zakona o občem upravnem postopku se uporabi, če se dá komu pravica ali pooblastitev v domnevi, da so izpolnjeni vsi pogoji, ki se izrečno zahtevajo za pridobitev te pravice ali pooblastitve, pa se naknadno ugotovi, da teh po zakonu določenih pogojev ni. Ta nedostatek izrečno predpisanih pogojev je treba smatrati za pogrešek, ki povzroča ničnost po tej zakonski določbi.“

Odločba pravi v razlogih (v srbskem izvorniku):

„Po § 135 tač. 3 pom. zakona nadzorna vlast, u vršenju prava nadzora oglašice ništavom odluku protivu koje nema pravnog leka, kad ona sadrži grešku koja prouzrokuje ništavost po nekoj izrečnoj zakonskoj odredbi. Greška koja je učinjena pri donošenju odnosne odluke, treba da je takva, da ona po samom zakonu prouzrokuje ništavost odluke. Ne traži se dakle, da se u samom zakonu propisuje da je odluka u takvom slučaju ništavna, već da ona prouzrokuje tu ništavost t. j. dovoljno je da odluka nema bitnog elementa koji odnosni zakon traži i na kome se ona po zakonu ima da osniva pa da se ona može oglasiti ništavnom. Drugim rečima, kad stranka na osnovu te odluke stiče kakvo pravo ili ovlašćenje, za koje je potrebno po zakonu da ispuni neke uslove, bez kojih se to pravo ili ovlašćenje inače po tome zakonu ne može dati, pa se docnije utvrdi da ti uslovi nisu ispunjeni a odlukom je to pravo ili ovlašćenje dato, onda je to greška koja po tome zakonu prouzrokuje odnosno stvara uslove za ništavost te odluke. Tako n. pr. kad se po čl. 2 privremene uredbe o ovlašćenim inženjerima traži da stranka ima diplomu o svršenim naukama iz struke za koju traži ovlašćenje, i to joj se ovlašćenje izda pod pretpostavkom da tu diplomu ima, pa se docnije utvrdi da tu diplomu nema, onda ta odluka sadrži nedostatak prema čl. 2 pom. uredbe, koji se ima smatrati kao greška iz tač. 3 § 135 Z. U. P. za ništavost te odluke pa ovaj propis daje i ovlašćenje nadzornoj vlasti odnosno Ministarstvu da takvu odluku ogласi ništavom.“

Pravilno izvaja prof. Kostić, da se št. 3 § 135 zup. ne more dati tak pomen, kakor je to storil državni svet. Po navedeni zakonski določbi se more po prof. Kostiću proglasiti za ničen samo oni upravni akt, ki je ničen že po izrečnem zakonskem predpisu; v smislu cit. odločbe obče

seje državnega sveta pa bi bil skoro vsak nepravilni upravni akt hkrati tudi ničen.¹³

Isti avtor meni, da je prišlo do navedenega tolmačenja na ta način, da je državni svet „ničnost iz § 135 vsaj do gotove meje identificiral z izrazi razveljavljenja („ništenja“) po zakonu o državnem svetu in upravnih sodiščih. Navajeni, lahko operirati z izrazom razveljavljenje („ništenje“), niso obračali pozornosti na ogromno razliko, ki je med njihovim razveljavljenjem („ništenjem“) (kasiranjem) in med proglašenjem akta za ničnega (nulifikacijo) s strani upravnega oblastva samega.“¹⁴

Dasi je Kostićeva razlaga zaradi svoje preprostosti dokaj prepričevalna, domnevamo vendar, da je treba iskati razloge za navedeno tolmačenje § 135, št. 5 zup. drugod. Preden pa nadaljujemo preiskavo v tej smeri, se zaradi popolnosti kratko vprašajmo, ali sta imeli ministrstvi morda kako drugo zakonsko možnost, da razveljavita oziroma proglasita izdani pooblastili za nični.

Začasna uredba o pooblaščenih inženirjih ter predpisi, ki se nanašajo na civilne geometre, niso dali možnosti odvzema pravnomočno podeljenih pooblastil za izvrševanje javne prakse tudi ne v primeru naknadne ugotovitve, da ob podelitvi predpisani pogoji niso bili izpolnjeni. Izmed predpisov zup. pa, ki dovoljujejo razveljavljenje pravnomočnih upravnih aktov, določbe §§ 124 do 127 ter 133 tega zakona (postavitev v prejšnji stan ter razveljavljenje s pristankom stranke) v tem primeru vobče niso prihajale v poštev; prav tako tudi ne določbe glede obnove postopanja (§§ 128 do 132), ker je medtem že potekel petletni rok iz § 129 zup., odkar sta bili pooblastili izdani.¹⁵ Možen pa je bil njih odvzem po § 134 zup. radi zaščite javnih interesov, ki so bili ogroženi;¹⁶ taka rešitev pa ministrstvom razumljivo ni mogla biti po godu, saj bi bilo treba priza-

¹³ O. c. 253. — Stališče državnega sveta odobrava Radovanović, o. c. 254.

¹⁴ O. c. 252.

¹⁵ To je Kostić očitno prezrl (prim. o. c. 253). V pričujočem primeru bi bila zaradi poteka petletnega roka obnova možna samo, če bi se bil dal uveljaviti kak obnovitveni razlog iz § 128, odst. 1, št. 1 ali 2 zup., kar pa iz objavljenih odločb obče seje državnega sveta ni razvidno.

¹⁶ Po m. m. je bila to (če izvzamemo obnovitvene razloge po § 128, odst. 1, št. 1 in 2) edina možnost pravilnega razveljavljenja izdanih pooblastil (prim. Herrritt, Grundlehren des Verwaltungsrechtes, Tübingen 1921, 462). Pravna praksa take rešitve sicer ne bo smatrala za zadovoljivo, ali pri naši preiskavi ne gre za to, da se najde rešitev, ki

detemu inženirju povrniti škodo, ki bi nastala z odvzemom. Kar se končno tiče uporabe § 135 zup., se navedeni ministrstvi nista mogli poslužiti niti prve, niti druge številke, ker svojčas izstavljeni pooblastili nista bili izdani od nepristojnih oblastev ali organov (št. 1) niti nista utegnili povzročiti s svojo izvršbo zločinstvo ali pregrešek (št. 2). Preostala je tedaj v okviru zup. samo še 3. številka § 135, na katero sta ministrstvi dejanski oprli osporjeni odločbi.

Kakor že gori omenjeno, sta bila oddelka državnega sveta, katerima sta bili dodeljeni tožbi zoper navedeni odločbi, glede pravilnosti uporabe § 135, št. 3 v osporjenih odločbah nasprotnega naziranja, nakar je prišlo do že navedene odločbe občne seje državnega sveta z dne 30. septembra 1952, številka 30255/52 o razumevanju večkrat navedene zakonske določbe.

Če preidemo sedaj na to odločbo samo, moramo ugotoviti, da nima v zakonskem besedilu nikake opore. Zakon določa preprosto, da proglasi nadzorno oblastvo za nično pravnomočno upravno odločbo, če vsebuje pogrešek, ki povzroča ničnost po kakšni izrečni zakonski določbi. Zakon ostaja s tem sam sebi zvest, saj predpisuje le, da je treba še formalno proglasiti za nično odločbo, ki je bila nična že pri izdaji, ker je že tedaj vsebovala pogrešek, glede katerega določa kak konkreten zakonski predpis izrečno, da ima za posledico ničnost zadevne odločbe. Poudarek leži na besedah „ničnost po kakšni izrečni zakonski odločbi“. Te besede so nedvoumne in ne dopuščajo nobene druge kot besedno razlago.

Kaj pa pravi odločba občne seje državnega sveta? Po dispozitivu te odločbe je „treba smatrati... nedostatek izrečno predpisanih pogojev¹⁷ za pogrešek, ki povzroča ničnost“ po ustrezni zakonski določbi. Po tej odločbi za uporabo § 135, št. 3 torej ni treba, da vsebuje upravna odločba pogrešek, ki povzroča „ničnost po kakšni izrečni zakonski določbi“, marveč zadostuje, da se je izdala odločba ob nedostajanju „izrečno predpisanih pogojev“, kar je „treba smatrati za pogrešek, ki povzroča ničnost po tej (t. j. po kaki konkretni) zakonski določbi“. Dočim odreja zakon: Kot nična naj se proglasi odločba, ki hira na pogrešku, ki je ničnostni razlog po kakšni izrečni zakonski določbi, razlaga državni svet: Kot nično je treba

ustreza „potrebam prakse“, marveč edinole za to, da se presoja vprašanje z vidika pravne vede, kateri gre nasproti pravni praksi vsekakor večja avtoriteta (prim. Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft, Leipzig und Wien 1925, 248 sl., 285 sl.).

smatrati odločbo, ki se je izdala navzlic temu, da niso bili izpolnjeni vsi pogoji, ki jih kak zakon za izdajo te odločbe izrečno predpisuje. Dočim omejuje zakon proglasitev ničnosti odločb na one v naši upravni zakonodaji izredno redke primere, ki so v kakem določenem zakonskem predpisu izrečno označeni kot razlogi ničnosti, smatra državni svet kot nično in tedaj po § 135, št. 3 zup. uničljivo tudi vsako odločbo, s katero se daje komu pravica ali pooblastitev, ne da bi bili izpolnjeni vsi pogoji, ki jih kak zakon „izrečno“ predpisuje za podelitev te pravice. S tem pa bi bil, kakor že gori omenjeno, skoro vsak nepravilni upravni akt hkrati tudi ničn. Razlika med zakonom in njegovim tolmačenjem po državnem svetu je torej tolikšna, da v onih primerih, kjer gre državni svet preko besedne razlage, vobče več ne moremo govoriti o kakem „tolmačenju“ ali „razlagi“ zakona, marveč o suponiranju tej zakonski določbi popolnoma tujega smisla, ki ruši ves sistem pravnomočnosti upravnih aktov po zakonu o občem upravnem postopku z vsemi posledicami, ki iz tega izvirajo. Saj je po tem tolmačenju marsikak pogrešen upravni akt, čigar napake ali pomanjkljivosti bi se dale odpraviti z obnovo postopka ali po predpisih §§ 133 oziroma 134 zup., oziroma ki se sanirajo s pravnomočnostjo¹⁸ zadevnega akta, ničn in ga je treba zaradi tega v skladu z odločbo obče seje državnega sveta po § 135, št. 3 zup., ne da bi bilo kake časovne omejitve, še formalno proglasiti za ničnega t. j. po mnenju mnogih avtorjev — za od vsega pričetka neobstoječega in neučinkovitega.

Pri utemeljitvi odločbe obče seje smo videli, da državni svet uvodoma pravilno ugotavlja, da je treba postopati po § 135, št. 3 zup., če vsebuje upravna odločba pogrešek, ki povzroča ničnost po kakšni izrečni zakonski določbi ter da mora biti pogrešek, ki se je storil pri izdajanju zadevne odločbe, takšen, da povzroča po samem zakonu ničnost te odločbe. Dotlej bi bilo vse v redu. Sklepu pa, da se „torej“¹⁹ ne zahteva, da določa sam zakon, da je odločba v takem primeru nična, marveč da ona povzroča to ničnost“, ne moremo več slediti, saj določa zakon ravno nasprotno z neizprosno jasnostjo, da se morejo samo one upravne odločbe proglasiti za nične, ki vsebujejo pogre-

¹⁷ Podčrtal jaz.

¹⁸ Merkl ne govori pri pogrešnih upravnih aktih o „pravnomočnosti“, ki odpravlja te napake, marveč uvaja nov izraz „Fehlerkalkül“, t. j. določba pozitivnega prava, ki dovoljuje, da se taki akti kljub pomanjkljivosti priznajo kot pravo. (o. c. 275 sl., zlasti 295).

šek, ki povzroča ničnost po kakšni izrečni zakonski določbi. Ni torej ničnosti brez izrečne zakonske določbe o ničnosti. Nadaljnji sklep, da „zadostuje (sc. za ničnost), da nima odločba bistvenega elementa“,¹⁹ ki ga zahteva zadevni zakon „i na kome se ona po zakonu ima da osniva pa da se ona može oglašiti ništavnom“, temelji na prejšnjem in je prav tako v nasprotju z zakonom. Ta formulacija naj bi očitvidno tvorila bazo za končno ugotovitev, da je podelitev kake pooblastitve ali pravice brez izpolnitve pogojev, predpisanih z zakonom, pogrešek, ki povzroča oziroma ustvarja po tem zakonu pogoje za ničnost te odločbe.

Pri odločbi obče seje oziroma pri njeni utemeljitvi pade poleg vsega že navedenega troje v oči: Prvič, da se v dispozitivu ter v bistvenem delu utemeljitve ne upošteva določba § 135, št. 3, da se more proglasiti za nično samo upravna odločba, ki trpi na pogrešku, ki povzroča ničnost po kakšni izrečni zakonski določbi. Ker mala, a nad vse važna in bistvena beseda „izrečni“ državnemu svetu očitvidno ne sodi v račun, jo na ustreznih mestih kratko in malo izpušča, zato pa, nekako kot „nadomestilo“, stavlja v izreku samem pred „predpisane pogoje“. Drugič, da govori utemeljitev o „bistvenih elementih“, ki jih kak zakon zahteva in brez katerih da naj bi bila odločba nična, dočim o kakih „bistvenih elementih“ (t. j. pogojih) v besedilu § 135, št. 3 ni najti sledu. O „bistvenih“ elementih (beri: pogojih) je govor tudi samo v utemeljitvi, dočim je beseda „bistven“ v samem izreku odločbe obče seje kot očitvidno nebistvena odpadla.²⁰ Tretjič, da je skušal državni svet priti do cilja s (sicer pogrešno) skleпно operacijo, izhajajoč iz besedila § 135, št. 3, in ne z argumentom „javnih interesov“. To poslednje je edino, kar mu je treba šteti v dobro, kajti „javni interes“ je zelo nedoločen pojem²¹ ter se mnogokrat krije z interesom poedinca;²² razen tega si javni interesi pogosto med seboj nasprotujejo in se celo uničijo.²³ Ta argument bi torej državnemu svetu pač ne

¹⁹ Podčrtal jaz.

²⁰ Prim. Kostić, o. c. 252, ki pristavlja, da je sicer težko potegniti mejo med bistvenimi in nebstvenimi pogoji, ker ni za to pravnega kriterija.

²¹ Jurkovič, Javni interes, Zbornik znanstvenih razprav, Ljubljana 1933, 90.

²² Isti, Javni interes, 91 in Ničen upravni akt, 245.

²³ Körner, Zur Frage des öffentlichen Interesses, Zeitschrift für Verwaltung, Wien 1921, 7. Heft (cit. Merkl, o. c. 157).

mogel služiti in je zato treba pozdraviti, da se ga ni poslužil. —

Dejstvo tako očitno pravno pogrešne in prisiljene razlage naše zakonske določbe daje slutiti, da tiči za stvarjo kaj več kakor samo pogrešna zamenjava pojmov „razveljavljenje“ („ništenje“) po zakonu o državnem svetu in upravnih sodiščih in „proglašanje akta za ničnega“ po zup.²⁴ Dopustna je domneva, da tiči za gornjim tolmačenjem globlji razlog, t. j. določen namen. Če to drži, je bil namen verjetno ta, da se korigira zakon, točneje povedano, da se izpolni z „ustrezajočo“ razlago § 135, št. 3 zup. ona praznina v zakonu, na katero je državni svet naletel pri presoji opisanega konkretnega primera. Ni dvoma, da bi bil moral državni svet napadeni dve ministrski odločbi razveljaviti zaradi nezakonitosti, ker sta se opirali na § 135, št. 3 zup., ne da bi bili dani pogoji za uporabo te zakonske določbe. Taka solucija, ki bi nekako sankcionirala pogrešek, storjen s podelitvijo pooblastil, pa državni svet očitvidno ni mogla zadovoljiti. Če se je hotel izogniti „očitku“, da ni napravil kot vrhovna instanca konec nepovoljnemu stanju, da izvaja nekvalificirana oseba javno prakso, je moral nekaj ukreniti, da se zadosti „pravnemu čutu“. To je skušal doseči, menda zavedajoč se svoje „pravo ustvarjalne funkcije“, z gori opisano izumetničeno razlago § 135, št. 3 zup., ki je obvezna za vse oddelke državnega sveta in ki je tvorila osnovo za zavrnitev obeh inženirjevih tožb.

Ne trdimo, da ustreza gornji poskus razlage, kako je prišlo do večkrat navedene odločbe obče seje državnega sveta, resničnim dejstvom, in ne izključujemo možnosti, da je prišel državni svet do svojega zaključka po drugi poti in iz drugih motivov, kakor smo jih mi navedli. Ali to ni bistveno. Odločilna sta le izrek in utemeljitev odločbe obče seje kot taka in dejstvo, da nimata v § 135, št. 3 nobene opore, da potvarjata smisel te zakonske določbe in da rušita ves sistem pravnomočnosti upravnih aktov, kakor je uzakonjen v zakonu o občem upravnem postopku. S to odločbo obče seje se je državni svet vrnil v čase, ko snov sedanjega § 135, št. 3 zup. pri nas in v Avstriji še ni bila zakonsko urejena in ko je Herrnritt še učil,²⁵ da je treba pravo ustvarjalne odločbe, ki so bile izdane ob nedostajanju predpisanih pogojev, smatrati kot pravno neučinkujoče ter da jih mora oblastvo, čim zazna za pogrešek, po službeni dolžnosti razveljaviti, in sicer (kakor razume na-

²⁴ Gl. op. 14.

²⁵ Grundlehren des Verwaltungsrechtes, 465.

vedenega avtorja Merkl),²⁶ tudi tedaj, če razveljavljenje „ni izrečno predvideno v kaki zakonski določbi.“²⁷ Tega Herrnrittovega naziranja seveda ne najdemo več v njegovi knjigi „Das Verwaltungsverfahren“ iz leta 1932., ki je izšla po uveljavljenju avstrijskega in našega zakona o občem upravnem postopku in v kateri obravnava poleg avstrijskega § 68/4, lit. d, AVG. tudi naš po tej zakonski določbi povzeti § 155, št. 3 zup.²⁸

Državni svet pa ni segel s svojim tolmačenjem samo nazaj v čase, ko obravnavana snov še ni bila urejena v pozitivni zakonodaji, marveč sega na drugi strani tudi v bodočnost, če je naša domneva točna, da vsebine odločbe obče seje ni pripisovati pomotni rabi pravnih pojmov, marveč namenu, da se zakon dopolni oziroma da se odstranijo obstoječe vrzeli. Poslednje moramo smatrati v danem primeru kot legislativnopolitični postulat, s katerim je prešel državni svet od presoje de lege lata na presojo de lege ferenda, od področja sojenja na področje pravne politike, ki ne spada v njegovo pristojnost. In tako moremo v sedanjem stanju preiskave ugotoviti, da ustreza odločba obče seje pač naziranju pravnih piscev iz dobe pred uveljavljenjem zup. in morda tudi bodočim spremembam tega zakona, samo ne — sedanjemu zakonskemu stanju.

*

Povsem prirodno je, da so se upravna oblastva kaj rada in v izdatni meri posluževala navedene odločbe obče seje državnega sveta, ki jim je nudila dobrodošlo osnovo, da so mogla brez težav in neprijetnih zakonskih omejitev proglašati za nične pravnomočne upravne odločbe, s katerimi so bile podeljene pravice ali pooblastitve, ne da bi bili izpolnjeni z zakonom predpisani pogoji. Zaradi navedene odločbe obče seje je lahko odpadla obnova postopanja, ki je možna samo ob določenih pogojih in — izvzemši primerne iz § 128, odst. 1, št. 1 in 2 zup. — samo v gotovem roku; dalje ni bil več potreben pristanek strank

²⁶ O. c. 57.

²⁷ Razliko v naziranjih vidimo prav plastično, če jo primerjamo ob Kostičevi razdelitvi nepravilnih upravnih aktov (o. c. 238 sl.). Kostič loči 1. „neuredne“ akte (pomote v pisanju ali računanju), 2. izpodbojne, 3. nične, 4. neobstoječe (navidezne) akte. Merkl (o. c. 57) je videl do izdaje avstrijskega AVG. v upravni odločbi, s katero se je podelila pravica, ne da bi bili izpolnjeni predpisani pogoji, neobstoječi (navidezni) akt (Scheinverfügung); državni svet vidi v taki odločbi ničnen, mi pa (do pravnomočnosti) izpodbojni akt.

²⁸ Str. 118 sl.; prim. pa tudi 120, op. ²⁰.

v smislu § 135 zup. in tudi postopek po § 134 v zaščito javnih interesov, ki zavezuje oblastvo do povračila škode za odvzete pravice, je lahko odpadel. Skratka, tolmačenje § 135, št. 3 zup. po državnem svetu je postalo za upravna oblastva neko generalno sredstvo, s katerim so mogla v naznačenih primerih časovno neomejeno mimo ustreznih predpisov zup. ukinjati pravnomočne upravne odločbe.²⁹

Ta praksa upravnih oblastev je, kakor izvaja Jevtić,³⁰ izzvala reakcijo v praksi državnega sveta. Dne 27. in 28. novembra 1935, torej dobra tri leta po izdaji odločbe obče seje z dne 30. septembra 1932, št. 30255/32, se je zbral državni svet na pobudo dveh njegovih oddelkov, ki si nista bila edina, kako je treba razumeti navedeno odločbo obče seje, ponovno v občini seji ter je znova pretresel vprašanje uporabe § 135, št. 3 zup.

V tej seji je državni svet ugotovil, da „iz obeležja napak, predvidenih v prvih dveh številkah (sc. § 135) jasno izhaja, da določba št. 3 § 135 niti sama po sebi, niti po tolmačenju v prej navedeni odločbi obče seje državnega sveta nima v mislih nezakonnosti ali pravnih pogreškov v navadnem smislu,³¹ da bi dala upravnemu oblastvu tako široko pooblastilo, da more svoje pravnomočne odločbe razveljavljati časovno neomejeno kot nične z vsemi posledicami, ki jih ima ta ukrep. Nasprotno. Iz prirode onih nepravilnosti, ki jih zakon izrečno predvideva kot ničnostne razloge ali onih, ki sicer niso izrečno predpisane, a ni dvoma, da zakon z ozirom na splošna načela o osnovah ničnosti nanje misli, dalje tudi iz posledic tega ukrepa, se sklepa, da more vprašanje ničnosti prihajati po zakonu v poštev samo pri onih odločbah, ki vsebujejo posebno hude kršitve pravnega reda, torej kvalificirane nezakonnosti. Razmišljanje o tem, kake napake utegnejo biti ničnostni razlog, pa dovede do naštevanja elementov ničnosti same. Ker pa so vprašanja iz te materije sporna, bi bila za tako naštevanje potrebna osnova v besedilu zakona. Ker je pa ni, se s takimi metodami ne bi moglo priti do praktično sprejemljivega tolmačenja navedene zakonske določbe. Zaradi tega je smotrnejša metoda eliminiranja primerov, v katerih se št. 3 § 135 ne more uporabiti.“

V nadaljnjih izvajanjih obravnava državni svet „po metodi eliminiranja“ poedine primere, v katerih uporaba

²⁹ Prim. Jevtić, o. c. 45.

³⁰ Ibid.

³¹ Podčrtal jaz.

§ 135, št. 3 ni dopustna, ugotavlja, da je ničnost „povsem izjemen ukrep, ki se more zaradi tega uporabljati v povsem izjemnih primerih“, ker bi sicer trpela pravna varnost, „kar v nobenem pogledu ne more biti rezultat uporabe zakona“ ter prihaja do naslednjega zaključka:

„Odločbe upravnega oblastva, izdane v izvrševanju rzsodb državnega sveta, se ne morejo izrekati za nične po številki 3 § 135 zakona o občem upravnem postopku; prav tako ne morejo biti razlogi, določeni za obnovo postopka, kakor tudi nepravilno tolmačenje zakonskih norm podstava za uporabo številke 3 § 135 tega zakona.“³²

Ta odločba je v svoji negativni obliki brez dvoma pravilna in omejuje znatno tolmačenje odločbe obče seje iz leta 1952, s tem pa tudi upravno prakso glede uporabe § 135, št. 3, ki se je na osnovi tega tolmačenja razpasla. Premalo točna pa je utemeljitev, ki uporablja izraze „pravni pogrški v navadnem smislu“, „posebno hude kršitve pravnega reda“ in „kvalificirane nezakonitosti“,³³ ker ni zanje pravnega kriterija, niti ne vemo, kakšni ničnostni razlogi so to, „ki sicer niso izrečno predpisani, a ni dvoma, da zakon z ozirom na splošna načela o osnovah ničnosti nanje misli“. Tudi „razmišljanje o tem, kake napake utegnejo biti ničnostni razlog“, kar da „doveđe do naštevanja elementov ničnosti same“ ter ugotovitev, da bi bila zaradi spornih vprašanj v tej snovi „za tako naštevanje potrebna osnova v besedilu zakona“ nas ne doveđe bliže do cilja, če nočemo upoštevati jasno zakonsko besedilo, da je proglasiti za nično samo to, kar zakon sam izrečno označuje kot nično. Ali kljub vsemu temu je treba ponovno poudariti, da pomeni odločba obče seje iz leta 1955 nasproti njeni prednici iz leta 1952 velik napredek, ker izključuje od uporabe § 135, št. 3 nekaj zelo važnih primerov, glede katerih za nas sicer od vsega pričetka ni moglo biti dvoma, da se ne dajo podvajati pod navedeno zakonsko določbo. —

V tej zvezi je treba še rešiti načelno vprašanje, ali velja odločba obče seje iz leta 1955 poleg odločbe obče seje iz leta 1952 ali pa je nadomestila poslednjo v celoti,

³² Odločba obče seje državnega sveta z dne 27. in 28. novembra 1955, štev. 32633/55, objavljena v celoti v „Službenih Novinah Kraljevine Jugoslavije“ z dne 14. februarja 1956, štev. 55/VI/71.

³³ Prim. tudi Jevtić, o. c. 47.

tako da bi bilo smatrati odločbo občę seje iz leta 1932 za razveljavljeno. Za poslednjo domnevo govori § 15 zakona o poslovnem redu pri državnem svetu in upravnih sodiščih, po katerem so na predpisani način vpisane odločbe občę seje obvezne za vse oddelke državnega sveta vse do tlej, dokler se ne predruęačijo v (novi) občę seji. Ne more biti dvoma, da je odločba občę seje iz leta 1935 „predruęačenje“ odločbe iz leta 1932, saj daje bistveno ožje tolmačenje uporabe § 135, št. 3 zup. kot prva. Jevtić pravi, da se vidi iz sedanje prakse državnega sveta bolj, kdaj se ne more uporabiti § 135, št. 3 ter da je ostalo odprto vprašanje, kdaj se more uporabiti navedena zakonska določba oziroma kakšen mora biti pogręšek, vsebovan v pravnomoćni odločbi, da ima za posledico ničnost te odločbe. Je to predvsem pogręšek, ki ga predvideva kak izrečen zakonski predpis kot vzrok ničnosti pravnomoćne odločbe: po zadnji odločbi občę seje in po praksi državnega sveta pa je tudi „huda prekršitev pravnega reda“ ali „kvalificirana nezakornost“ zenačena s pogręškom, izrečno predvidenim v zakonu in priznana kot vzrok ničnosti iz št. 3 § 135.³⁴ Iz Jevtićevih izvajanj se da sklepati, da smatra odločbo občę seje iz leta 1932 za razveljavljeno. Tak rezultat, ki bi bil v skladu s § 15 zakona o poslovnem redu pri državnem svetu in upravnih sodiščih, bi tudi nas zadovoljil, saj bi bil tedaj odstranjen kamen spodtike, kajti z odločbo občę seje iz leta 1935 v načelu tudi mi soglašamo. V resnici pa je stvar drugačna. Pri pozivu na pravne predpise, ki so osnova za izrek odločbe občę seje iz leta 1935, se sklicuje ta odločba izrečno tudi na odločbo občę seje iz leta 1932 v obliki, iz katere se da sklepati, da jo pušča v veljavi;³⁵ pa tudi pri sojenju v konkretnih sporih uporablja državni svet tolmačenje občę seje iz leta 1932 poleg tolmačenja odločbe občę seje iz leta 1935.³⁶ Iz tega izhaja torej, da smatra državni svet odločbo občę seje iz leta 1932 še za veljavno; v gotovih primerih pa, ki jih je imela odločba občę seje iz leta 1935 pred očmi, ukinja ta odločba za analogne primere uporabo odločbe iz leta 1932 in se sama postavlja na njeno mesto.

*

³⁴ Jevtić, o. c. 47.

³⁵ Žadevni pasus se glasi: „... a imajući u vidu rešenje Opšte sednice Državnog saveta od 30 septembra 1932 g. br. 30253/32...“ — Tudi Radovanović (o. c. 235) vidi v obeh odločbah občę seje drž. sveta celoto.

³⁶ Med objavljenimi sodbami državnega sveta gl. n. pr. sodbo z dne 4. oktobra 1937, šte. 18241 („Službeni glasnik Ministarstva unutrašnjih poslova“ z dne 1. maja 1938, šte. 5, str. 201/202).

Ko smo na ta način obravnavali upravno prakso glede večkrat navedene zakonske določbe, je potrebno, da preiščemo tudi še vprašanje pravne narave akta o proglasitvi ničnosti upravne odločbe. Naši³⁷ kakor tudi tuji, zlasti nemški³⁸ upravni pisci so skoro brez izjeme naziranj, da je proglasitev ničnosti upravne odločbe deklarativen akt, ki učinkuje za nazaj (*ex tunc*), t. j. od trenutka izdaje nične odločbe. Vprašanje, ali je nična odločba veljavna, dokler se ne proglasi za nično, za naše pravo ni sporno. Prof. Jurkovič,^{39a} Kostić,^{39b} Krbek^{39c} in Steska^{39d} odgovarjajo nanj pritrdilno. Strogo teoretično, pristavlja prof. Krbek, bi bilo sicer smatrati nično odločbo samo kot „navidezno odločbo“, toda iz praktičnih razlogov je „tudi pri ničnih odločbah potrebno, da jih proglasi za nične oblastvo samo, dokler pa tega ne stori, morajo stranke praviloma in v mejah potrebe upoštevati take odločbe. To je tudi stališče odst. 1 (sc. § 135 zup.), ki izrečno odreja, da oblastva proglašajo odločbe za nične“.⁴⁰ Herrnritt označuje take odločbe kot „Scheinakt“,⁴¹ Merkl pa kot „Scheinverfügung“,⁴² in to v nasprotju s prof. Kostićem, ki razume z „navideznimi akti“ („prividni akti“) t. zv. „neobstoječe akte“, ki „imajo samo videz upravnih aktov, ali to dejansko niti ne morejo biti“, saj „vobče nimajo nobenega učinka; za njihovo odstranitev iz sveta činjenic ni neobhodno potrebna akcija oblastva“.⁴³ Kot šolski primer „neobstoječega“ („navideznega“) akta navaja Kostić akte oseb, ki so oblast uzurpirale (stotnik iz Köpenicka).⁴⁴ Kostićev „navidezni akt“ torej ni istoveten s Herrnrittovim ali Merklvim navideznim aktom; Kostić našteva nasprotno „nične akte“ kot posebno, od neobstoječih (navideznih) aktov strogo ločeno kategorijo „nepravilnih aktov“.⁴⁵

³⁷ Goršič, o. c. 258/III; Kostić, o. c. 245 in 253; Krbek, o. c. 177; Stefanović, o. c. 327; Steska, o. c. 90; nasprotnega naziranja Jurkovič, Ničen upravni akt, 245.

³⁸ Adamovich, Grundriss des österreichischen Staatsrechts, Wien 1927, 304, op.1; Herrnritt, Grundlehren des Verwaltungsrechtes, 290; isti, Das Verwaltungsverfahren, 118; Jellinek, Verwaltungsrecht, Berlin 1931, 287 in mnogo drugih.

^{39a} O. c. 242; ^{39b} o. c. 259; ^{39c} o. c. 177; ^{39d} o. c. 90.

⁴⁰ O. c. 177.

⁴¹ Grundlehren der Verwaltungsrechtes, 290; isti, Das Verwaltungsverfahren, 118.

⁴² O. c. 57.

⁴³ O. c. 259.

⁴⁴ O. c. 245 in 247. Prim. tudi Jurkovič, Ničen upravni akt, 256 in 240 ter Jellinek, o. c. 262 in 271.

⁴⁵ Prim. gori op.²⁷

Od vprašanja časovno sicer omejene veljavnosti ničnega akta je ločiti vprašanje veljavnosti aktov, izdanih na podlagi takega ničnega akta. Tu med upravnimi pisci ni enotnega naziranja. Dočim so Goršič,^{46a} Kostič,^{46b} Krbek^{46c} in Stefanovič^{46d} mnenja, da ima ničnost določenega upravnega akta za posledico tudi ničnost vseh morebitnih nadaljnjih odločb, izdanih na podlagi nične odločbe, so drugi pisci drugega naziranja. Tako pravi Jurkovič, da interesi poedincev večkrat zahtevajo, da „nični akt ne rodi posledic, ki bi jih bil moral in ki bi bile lahko nedogledne. Če se proglasi, mogoče po letih, nastavitev okrajnega načelnika za nično, je zanj to lahko hud udarec: kakšne posledice pa bi imelo, če bi se proglasili za nične vsi akti, ki jih je za časa svojega službovanja izdal? Če se proglasi za ničnega akt, s katerim je prenesel župan pravico poročanja na občinskega odbornika, je to lahko dokaj brezpomembna stvar: kako pa bi bilo, če bi se proglasile za nične poroke, ki jih je odbornik opravil? In če se proglasi dva dni po podelitvi koncesija za nično, je to lahko za koncesionarja majhen udarec: kako pa je, če se proglasi za nično potem, ko je investiral koncesionar vse svoje imetje v naprave? — Iz tega vidimo: akt se lahko proglasi in se navadno proglasi za ničnega z vsemi posledicami samo, če se dajo kolikor toliko oceniti posledice ničnosti in če posledice ne bi bile pretežke: posledice pa se dajo oceniti samo v primerih, ko gre za ozek krog znanih interesentov ali samo za poedinca.“^{47a}

Steska pravi, da učinkuje izrek ničnosti vobče tudi za nazaj in ne šele za naprej. „Vendar to načelo ne more v polnem obsegu obveljati, ker dotlej, dokler se avtoritativno po pristojnem oblastvu ne izreče, da odloku nedostaja obvezne moči, se je ravnati po ničnem odloku, razna po tem odloku povzročena dejstva se ne dajo več odstraniti ali uničiti in nekatere vrzeli, ki bi nastale ob doslednem izvajanju gornjega načela, bi se sploh ne mogle več naknadno nadomestiti. Po mojem naziranju bo v teh poslednjih primerih izrek ničnosti učinkoval le za naprej.“^{47b}

Razlika v naziranju prve in druge skupine piscev je z ozirom na pravne posledice ogromna. Zakon sam molči v tem pogledu in prepušča razčiščenje teh vprašanj teoriji. Ker pa se bo dala težko doseči *communis doctorum opinio*, bi bilo prav, da najde tudi ta problem svojo zakonsko ureditev.

*

^{46a} O. c. 258/III; ^{46b} o. c. 255; ^{46c} o. c. 178; ^{46d} o. c. 327.

^{47a} O. c. 253 in 254. Gl. tudi op. ⁵⁶, ^{47b} o. c. 90.

Če motrimo proglasitev ničnosti upravnih aktov de lege ferenda, je treba predvsem omeniti, da je po Herrnrittu za avstrijsko zakonodajo, na katero se naslanja tudi naša, značilno, da štiti z odločbo pridobljene pravice v najširšem obsegu tudi pri stvarni nezakonnosti akta.⁴⁸ To izhaja m. dr. tudi iz določbe § 135, št. 3 zup., kakor jo mi razumemo, po kateri se morejo proglasiti za nične samo oni upravni akti, ki hirajo na kakem pogrešku, ki je ničnostni razlog po kakšni izrečni zakonski določbi. Takih zakonskih določb upravnopravne prirode pa v naši zakonodaji skoroda ni. Odločba občse državnega sveta z dne 30. septembra 1932, štey. 50255/32, o razumevanju § 135, št. 3 pomeni torej, kakor že gori razloženo, pravi prevrat v tem pogledu, saj uvaja novo načelo, da se mora objektivni zakonitosti umakniti tudi pridobljena subjektivna pravica, kar je po Herrnrittu⁴⁹ načelo novejše nemške (rajhovske) zakonodaje, ki je avstrijski in nanjo se naslanjajoči zakonodaji ravno nasprotna. Če bi se torej naš zakonodavec pridružil pravnemu naziranju državnega sveta ter bi s primerno spremembo zakona o občem upravnem postopku sankcioniral to naziranje, ki nasprotuje sedaj besedi, duhu in načelom tega zakona, bi se moral pri tem zavedati, da se priključuje s tem nam v tem pogledu tujemu rajhovskemu sistemu. Vprašanje pa, ali naj se sploh izvede označena sprememba zup. ali ne, se na tem mestu ne more obravnavati, ker spada v pravno politiko in ker je način njegove rešitve tudi v zvezi s svetovnim nazorom.⁵⁰

⁴⁸ Herrnritt pravi (Das Verwaltungsverfahren, 121): „V nasprotju z zakonodajo, ki se je naslonila na avstrijsko in ki je označena s tem, da štiti z odločbo pridobljeno pravico tudi pri stvarni nezakonnosti v najširšem obsegu in dopušča samo izjemoma in iz važnih javnih ozirov, da se umakne pravica javnemu interesu, vidimo v novejši nemški zakonodaji nasprotno stališče. Objektivni zakonitosti se mora umakniti tudi pridobljena subjektivna pravica.“ K temu pripominja Jurkovič (Spremenljivost upravnih aktov, Slov. Pravnik 1938, str. 82), da „je to samo vitez. Ker se namreč štitiyo po načelu pridobljenih pravic... prvenstveno pravilno pridobljene pravice, se zdi, kakor bi šlo tu za načelo zakonitosti in ne za načelo pridobljenih pravic. In ker je osnovana materialna pravnomočnost na načelu pravne stalnosti in se s tem posredno štitiyo tudi pridobljene pravice, se zdi, da gre za načelo pridobljenih pravic.“

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Merkl (o. c. 165) pravi: „Symptomatisch für die individualistische Denkweise ist namentlich das Operieren mit dem subjektiven Rechte, symptomatisch für die kollektivistische Denkweise das Operieren mit dem öffentlichen Interesse... Die Dosierung dieser beiden Momente ist kennzeichnend für die Stellung des Theoretikers im Streit der Weltanschauungen... Eine beachtliche Nuancierung der Beur-

Če bi se naš zakonodavec odločil za uzakonitev prakse, ki jo je uvedel državni svet s prej navedeno odločbo občje seje, bi se pri tem lahko naslonil na razne že obstoječe predpise nemške upravne zakonodaje. Tako se more, če upoštevamo samo novejšo nemško zakonodajo, po § 42/1. lit. a, pruskega policijskoupavnega zakona (Polizeiverwaltungsgesetz) z dne 1. junija 1931, zb. zak. št. 77, odvzeti podeljeno policijsko dovoljenje, „če nasprotuje podelitev veljavnemu pravu.“⁵¹ Po § 141 thürinškega deželnega upavnega reda (Thüringische Landesverwaltungsordnung) z dne 10. junija 1926 velja kot pravilo, da se morejo t. zv. „Verfügungen“ načeloma zopet razveljaviti ali spremeniti.⁵² To je po besedilu § 142/I istega zakona možno tudi brez pristanka stranke s pogojem, „dass sie (sc. die Verfügung) dem zur Zeit ihres Erlasses geltenden Rechte widerspricht“ (št. 3), „dass das Vorhandensein der für die Verfügung massgebenden tatsächlichen Verhältnisse auf Grund unrichtiger oder irreführender Angaben des Beteiligten irrig angenommen worden ist“ (št. 4), „dass sie durch unlautere Mittel veranlasst worden ist“ (št. 5) ali „dass die Gesetze sonstige Gründe für die Zurücknahme oder Aenderung zulassen“ (št. 6). Ta § 142 pa se nanaša samo na obremenilne in na one ugodnostne akte, za katere ne velja naslednji § 143, ki ureja, kakor pravi W. Jellinek, posebni primer, „dass durch eine Verfügung eine Erlaubnis, Genehmigung, Bewilligung oder Anerkennung ausgesprochen worden ist, die dem Beteiligten eine Befugnis oder eine Vergünstigung gewährt oder ihn von einer Pflicht befreit.“⁵³ Tudi po tem paragrafu je možno razveljavljenje ali sprememba uprav-

teilung einer Theorie sub specie der Weltanschauung erlaubt... auch die Tatsache, dass oft ein und dasselbe Argument, z. B. die Rechtssicherheit, bei dem einen Theoretiker als öffentliches Interesse, beim anderen als subjektives Recht auftritt. Das öffentliche Interesse und das subjektive Recht sind aber, indem sie die sprechendsten Bekenntnisse individualistischen oder kollektivistischen Denkens der mit diesen Argumenten operierenden Theoretiker darstellen, zugleich auch die untrüglichsten Gedenksteine verunglückten juristischen Denkens.“ — Drugo zanimivo zvezi med svetovnim nazorom in javnim interesom je odkril Jurkovič (Javni interes, 94), ki poudarja, da se ne sme posegati v javnem interesu v svetovno naziranje posameznika. Temeljne pravice, kakor jih danes navajajo ustave, so po njem svetovno naziranje današnje družbe.

⁵¹ Herrnritt, o. c. 122. Prim. tudi citate pri Jurkoviču, Spremenljivost upravnih aktov, 106.

⁵² Jellinek, o. c. 285. Slično se glasi tudi čl. 82 osnutka upravno-pravnega reda za Württembersko (Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg) (gl. Herrnritt, o. c. 122, op.²⁰).

⁵³ O. c. 286.

nega akta iz deloma istih, deloma sličnih razlogov kakor pri § 142; pri nekaterih razlogih ima prizadeti v smislu § 144 istega zakona tudi pravico do odškodnine. V splošnem pa ne moremo teh razlogov več smatrati kot ničnostne razloge, tako da bi v danem primeru tudi ne bilo več notranje zveze s sedanjim § 135 zup.

Glede ničnosti bi bilo de lege ferenda omeniti še čl. 37 upravnopravnega reda za Württemberško, ki se glasi: „Ist ein begünstigender Verwaltungsakt nur beim Vorliegen einer bestimmten Eigenschaft einer Person oder Sache zulässig und hat der nachträgliche Wegfall einer solchen Eigenschaft nach Rechtsvorschrift den Wegfall der Begünstigung zur Folge, so ist ein ohne Vorliegen dieser Eigenschaft erlassener Verwaltungsakt nichtig.“⁵⁴

Kar se končno tiče veljavnosti (oziroma izpodbojnosti ali ničnosti) aktov, izdanih na podlagi akta, ki je bil proглаšen za ničnega, se sklicujemo na temeljita izvajanja prof. Jurkoviča v razpravi „Ničen upravni akt“.⁵⁵ Ker tudi v tem pogledu ni enotnega naziranja, bi kazalo v primeru spremembe zakona o občem upravnem postopku tudi to snov zakonsko urediti, morda v smislu čl. 39 württemberskega upravnopravnega reda, po katerem se na osnovi ničnega akta izvedene trajne naprave samo tedaj odstranijo oziroma ne nadaljujejo, če nasprotujejo oziroma bi nasprotovale pravnim predpisom in če to zahtevajo važni javni ali privatni interesi in če ne bi imela prizadeta oseba prevelike škode. Glede javnega organa, čigar nastavitev je bila nična, pa naj bi določil zakon, da so upravni akti, ki jih izdaja, veljavni.⁵⁶ Prof. Jurkovič ugotavlja sicer, da

⁵⁴ Citirano po Jurkoviču, Ničen upravni akt, 248/49.

⁵⁵ O. c. 250 sl.

⁵⁶ Jurkovič, o. c. 255. — Možna bi bila tudi rešitev, da so upravni akti, ki jih je izdal javni organ, čigar nastavitev je bila nična, tedaj veljavni, če so meritorno pravilni. Kdaj je upravni akt meritorno pravilen, je pa dostikrat sporno in tudi zadevni izrek vrhovnih instanc je lahko nepravilen. Zato je ta način rešitve manj primeren. Pa tudi iz sistematičnih razlogov ni priporočljivo, da naj bodo ti upravni akti nični samo zaradi tega, ker je v danem primeru ugotovljeno, da so meritorno nepravilni.

 Pozitivnopravno ureditev vprašanja, kdaj je imenovanje uradnika nično in kaj je z veljavnostjo odločb, izdanih od takega uradnika, najdemo v §§ 32 do 34 nemškega uradniškega zakona (Deutsches Beamten-gesetz) z dne 26. januarja 1937 (Reichsgesetzblatt I S. 39), ki velja sedaj tudi za Avstrijo (Gesetzblatt für das Land Oesterreich, ausgegeben am 21. November 1938, 166. Stück). Zadevne določbe se glase:

„§ 32. (?) Die Ernennung ist nichtig, wenn der Ernannte zur Zeit seiner Ernennung nach § 26, Abs. 1, Nr. 1, nicht ernannt werden

bi s tem pojem ničnosti izgubil glavni del svoje vsebine:⁵⁷ prav v tem dejstvu pa bi mi videli tedaj, če bi zakon primere ničnosti upravnih aktov preveč pomnožil, pomembno protiutež.

konnte, entmündigt oder infolge strafgerichtlicher Verurteilung unfähig war, öffentliche Aemter zu bekleiden.

(2) Die Ernennung ist für nichtig zu erklären, wenn

1. sie durch Zwang, arglistige Täuschung oder Bestechung herbeigeführt wurde,

2. nicht bekannt war, dass der Ernannte ein Verbrechen oder ein solches Vergehen begangen hatte, das ihn der Berufung in das Beamtenverhältnis unwürdig erscheinen lässt, und er deswegen rechtskräftig zu einer Strafe verurteilt war oder wird, oder

3. nicht bekannt war, dass der Ernannte zur Zeit seiner Ernennung aus der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei ausgeschlossen oder ausgestossen war.

(3) Die Ernennung kann sonst nur für nichtig erklärt werden, wenn

1. sie von einer sachlich unzuständigen Behörde ausgesprochen wurde,

2. bei einem nach seiner Ernennung Entmündigten die Voraussetzungen für die Entmündigung im Zeitpunkt der Ernennung vorliegen oder

3. nicht bekannt war, dass der Ernannte auf Grund der §§ 2, 2a, 4 des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums entlassen oder im Wege des Dienststrafverfahrens aus dem Dienst entfernt oder zum Ruhegehaltsverlust verurteilt worden war.

§ 35. (1) Im Fall des § 32, Abs. 1, hat der Dienstvorgesetzte nach Kenntnis des Nichtigkeitsgrundes dem Ernannten sofort jede weitere Führung der Dienstgeschäfte zu verbieten.

(2) In den Fällen des § 32, Abs. 2 und 3, muss die Nichtigkeit innerhalb von sechs Monaten erklärt werden, nachdem die oberste Dienstbehörde von der Ernennung und von dem Nichtigkeitsgrunde Kenntnis erlangt hat. Vor der Nichtigkeitserklärung soll der Beamte gehört werden. Die Erklärung wird von dem für den Beamten verwaltungsmässig zuständigen Reichminister abgegeben; sie ist dem Beamten zu zustellen. Die Entscheidung ist endgültig.

§ 34. Ist eine Ernennung nichtig oder für nichtig erklärt, so sind die bis zu dem Verbot (§ 35, Abs. 1) oder bis zur Zustellung der Entscheidung über die Nichtigkeit (§ 35, Abs. 2) vorgenommenen Amtshandlungen der Ernannten in der gleichen Weise gültig, wie wenn sie ein Beamter ausgeführt hätte. Die gezahlten Dienstbezüge können belassen werden.“

V § 32, odst. 1, citirani § 26, odst. 1, št. 1, se glasi: „Beamter kann ferner nur werden, wer Reichsbürger ist oder nur deshalb noch nicht ist, weil er infolge seines Lebensalters die Voraussetzungen hierfür noch nicht erfüllt.“

⁵⁷ O. c. 255.