

Univerza v Ljubljani
Fakulteta za upravo



© Univerza v Ljubljani, Fakulteta za upravo, 2021. Vse pravice pridržane. Brez pisnega dovoljenja založnika je prepovedano reproduciranje, distribuiranje, javna priobčitev, predelava ali druga uporaba tega avtorskega dela ali njegovih delov v kakršnem koli obsegu ali postopku, vključno s fotokopiranjem, tiskanjem ali shranitvijo v elektronski obliki. Tako ravnanje je, razen v primerih iz 46. do 57. člena Zakona o avtorski in sorodnih pravicah, kršitev avtorske pravice.

CIP - Kataložni zapis o publikaciji

Narodna in univerzitetna knjižnica, Ljubljana

342.9(075.8)

PEČARIČ, Mirko

Osnove splošnega upravnega prava / Mirko Pečarič. - 2. dopolnjena in predelana izd. - Ljubljana : Fakulteta za upravo, 2021

ISBN 978-961-262-123-0

COBISS.SI-ID 53765379

Avtor	Mirko Pečarič
NASLOV	Osnove splošnega upravnega prava
Izdala in založila:	Univerza v Ljubljani, Fakulteta za upravo Gosarjeva ulica 5, Ljubljana
Za založbo:	prof. dr. Ljupčo Todorovski
Recenzenta:	prof. dr. Rajko Pirnat prof. dr. Polonca Kovač
Lektoriranje:	mag. Barbara Rigler
Naslovnica:	Branka Smodiš, u. d. i. a.
Priprava za tisk:	Dean Zagorac
Tisk:	Demat, Ljubljana
Naklada:	200 izvodov
Natis:	2. dopolnjena in predelana izdaja, Ljubljana, 2021
Cena:	19,00 eur

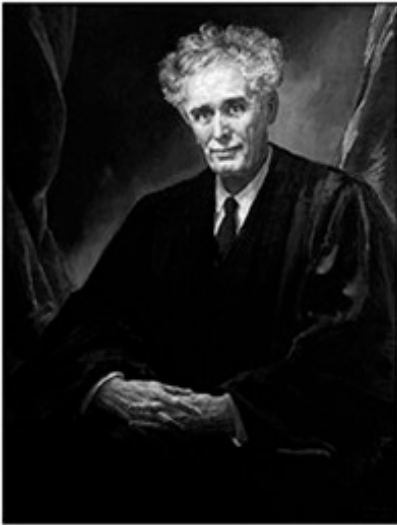
Univerza v Ljubljani
Fakulteta za upravo



Mirko Pečarič

OSNOVE SPLOŠNEGA UPRAVNEGA PRAVA

Ljubljana, 2021



»Izkušnje bi nas morale naučiti, da moramo biti najbolj pozorni na zaščito svobode, kadar so državni nameni [najbolj] dobrohotni. Ljudje, rojeni v svobodi, so navadno pozorni in pripravljeni odvrniti vdor v njihovo svobodo s strani zlohotnih voditeljev. Največje nevarnosti za svobodo se skrivajo v poseganju gorečih, dobronamernih ljudi, a brez razumevanja«.

–Louis Brandeis
[*Olmstead v. U.S.*, 277 U.S. 438 (1928)]”



»Za razumno preučevanje prava je lahko črkobralski (ang. the black-letter) človek sedanjosti, toda človek prihodnosti je človek statistike in mojster ekonomije«.

–Oliver Wendell Holmes, Jr.
The Path of the Law (1897)

VSEBINA

1	UVOD	1
2	PRAVNI RED ALI PRAVNI SISTEM	3
2.1	Merila pravnosti.....	4
2.2	Temeljne značilnosti modernega prava	5
2.2.1	Pravna norma	7
2.2.2	Osnovna pravila konsistentnosti pravnega sistema.....	8
2.2.3	Pravna načela	9
3	NAČELA UPRAVNEGA PRAVA	13
3.1	Načelo enakosti	13
3.2	Načelo sorazmernosti.....	14
3.3	Načelo zakonitosti.....	15
4	POMEN IN OPREDELITEV UPRAVE	21
4.1	Formalna in materialna uprava.....	21
4.2	Organizacijska in funkcionalna uprava	25
4.3	Druge opredelitve uprave	26
4.4	Izvršilna funkcija javne uprave	39
4.4.1	Pozitivno-pravni pojem uprave v funkcionalnem smislu.....	39
4.4.2	Pozitivno-pravni pojem uprave v organizacijskem smislu	41
4.5	Pojem upravnega prava.....	41
5	NASTANEK UPRAVNEGA PRAVA	45
5.1	Javni interes	48
5.2	Odgovorna, vrednostna raba upravnega prava.....	53
6	UPRAVNO-PRAVNO RAZMERJE	57
7	POJEM PRAVNEGA VIRA	61
8	VZROKI ZA OBLASTNO POSEGANJE DRŽAVE	65
8.1	Država kot “legitimni cilj“	65
8.2	Javne dobrine.....	66

8.3	Neučinkovitost trga	66
8.3.1	Potreba po kontroli monopolov	66
8.3.2	Asimetrične informacije – nepopolni trgi	67
8.3.3	Eksterni učinki.....	67
8.3.4	Obstoj nezaposlenosti in makroekonomska neravnotežja	68
8.4	Neučinkovitost izven trga – komunitarni vzroki.....	68
8.4.1	Kontrola nesorazmernih dobičkov	68
8.4.2	Javne službe	69
8.4.3	Distribucija dohodkov.....	69
8.4.4	Paternalizem	69
8.4.5	Individualizem.....	70
8.4.6	Tveganja.....	70
9	SISTEMIZACIJA UPRAVNEGA PRAVA.....	73
9.1	Upravno pravo in politika.....	74
9.2	Upravno pravo in mednarodno javno pravo.....	82
9.3	Upravno pravo in ustavno pravo	83
9.4	Upravno pravo in civilno pravo	84
9.5	Upravno pravo in delovno pravo.....	84
9.6	Upravno pravo in kazensko pravo	85
9.7	Upravno pravo in sodno pravo	85
9.8	Upravno pravo in javno-finančno pravo	86
10	UPRAVNO-PRAVNI STATUS POSAMEZNIKA DO OBLASTI.....	89
10.1	Negativni status.....	90
10.2	Pozitivni status	91
10.3	Aktivni status.....	91
10.4	Pasivni status	91
10.5	Pravni načini nastanka in prenehanja subjektivnih javnih dolžnosti ...	92
11	HIERARHIJA PRAVNIH NORM IN AKTOV	95
11.1	Pojem pravnega akta	97
11.2	Usklajenost pravnih aktov	98
11.2.1	Začetne pravne norme.....	99
11.2.2	Originarne pravne norme	99
11.2.3	Odvisne pravne norme	102
11.3	Urejanje vsebine v zakonu ali podzakonskih predpisih.....	103

11.4	Pojem odvisnosti.....	106
11.4.1	Oblike odvisnosti.....	107
12	AKTI UPRAVE.....	119
12.1	Upravni akti uprave.....	119
12.2	Uredba z zakonsko močjo.....	120
12.3	Podzakonski predpis.....	121
12.3.1	Nastanek moderne (upravne) države in zadržane presoje sodišča ..	123
12.3.2	Upravni predpis.....	131
12.4	Posamični upravni akt.....	133
12.4.1	Pravomočnost posamičnih upravnih aktov	137
12.5	Materialni akti uprave.....	139
12.5.1	Upravno-dokumentacijska materialna dejanja	140
12.5.2	Obvestilna materialna dejanja	141
12.5.3	Sprejemanje izjav.....	142
12.5.4	Čista, realna upravno-materialna dejanja.....	142
12.6	Interni akti uprave	143
12.7	Akti poslovanja.....	151
12.7.1	Razločevanje oblastnega akta in akta poslovanja.....	153
12.7.2	Pravna sredstva.....	155
12.8	Akti uprave po posameznih nosilcih izvršno-upravnih nalog	156
12.8.1	Akti vlade	156
12.8.2	Akti ministra.....	157
13	PRIMERI NEZAKONITOSTI.....	159
13.1	Nepriстойnost	159
13.2	Formalna in procesna kršitev.....	160
13.3	Materialna kršitev	160
13.4	Nezakonitost v namenu akta	161
14	IZJEME OD NAČELA ZAKONITOSTI.....	163
14.1	Nedoločeni pravni pojmi.....	163
14.2	Interpretacija predpisa	167
14.3	Pravna praznina	171
14.3.1	Sodna praksa o zapolnjevanju pravnih praznin.....	176
14.4	Neposredno učinkovanje predpisa	178
14.4.1	Primer neposrednega učinkovanja predpisa	180
14.5	Odločanje po prostem preudarku.....	183

14.6	Modifikacija zakonitosti – izredno stanje.....	186
14.7	Politični vladavinski akti ali akti vladanja	187
15	POSEBNI PRAVNI INSTITUTI UPRAVNEGA PRAVA	189
15.1	Pravna oseba javnega prava.....	189
15.1.1	Oblike oseb javnega prava.....	191
15.2	Javno pooblastilo.....	193
15.2.1	Namen podelitve javnega pooblastila.....	194
15.2.2	Postopek podelitve javnega pooblastila.....	195
15.2.3	Nosilci javnega pooblastila.....	196
15.2.4	Pravna narava in posledice javnega pooblastila	196
15.2.5	Naloge, ki se izvajajo prek javnega pooblastila.....	197
15.2.6	Nadzor nad izvajanjem nosilcev javnih pooblastil	198
15.3	Upravna pogodba	199
15.3.1	Kriteriji upravnih pogodb	199
15.3.2	Pravni režim upravnih pogodb	200
15.4	Koncesija.....	203
15.4.1	Stranke pri koncesiji.....	204
15.4.2	Razmerje z javnim naročilom.....	204
15.4.3	Zakonska ureditev	205
15.4.4	Postopek in faze podelitve koncesije.....	206
15.4.5	Vrste koncesijskega razmerja.....	209
15.4.6	Nadzor koncedenta nad koncesionarjem.....	209
15.4.7	Prenehanje koncesije.....	209
15.5	Javno naročilo.....	211
15.5.1	Razlika med javnim naročilom in koncesijo	212
15.5.2	Naročnik in postopek izvedbe javnega naročila.....	212
15.5.3	Postopki pravnega varstva.....	216
15.5.4	Narava aktov v postopku javnega naročanja	217
16	UPRAVNI POSEGI DRŽAVE V LASTNINSKO PRAVICO	221
16.1	Razlastitev	221
16.2	Rekvizicija.....	224
16.3	Materialna dolžnost.....	224
16.4	Nacionalizacija	224
17	ODŠKODNINSKA ODGOVORNOST JAVNIH OBLASTI	227
17.1	Splošna odškodninska odgovornost.....	228
17.2	Odškodninska odgovornost za protipravno ravnanje	229

17.3	Odškodninska odgovornost za pravno dopustno ravnanje	232
18	LASTNINA OSEB JAVNEGA PRAVA.....	235
18.1	Javna lastnina in javna stvar	236
18.2	Premoženje države.....	239
18.3	Javno dobro.....	242
18.3.1	Vrste javnega dobra.....	243
18.3.2	Uporaba javnega dobra.....	245
19	UPRAVNO PRAVO IN TEMELJNA NAČELA PRAVA EU	249
19.1.1	Načelo primarnosti (supremacije) evropskega prava	250
19.1.2	Neposredna uporabnost in neposredni učinek.....	252
19.1.3	Načelo posrednega učinka	255
19.1.4	Splošna pravna načela Evropske unije.....	258
20	NADZOR UPRAVE.....	275
20.1	Vrste nadzora / kontrole uprave.....	278
20.1.1	Notranja kontrola	278
20.1.2	Zunanja kontrola	279
20.1.3	Nadzor nad lokalno samoupravo	287
20.1.4	Posebne oblike kontrole uprave.....	288
21	SODNA KONTROLA	303
21.1	Vladavina prava	305
21.2	Spoštovanje temeljnih človekovih pravic.....	306
21.3	Institucionalno ravnotežje	306
21.4	Uspešnost izvrševanja zakonskih določb.....	307
21.5	Upravna učinkovitost	307
21.6	Jasnost in določnost.....	308
21.7	Dolžnost obrazložitve.....	308
21.8	Upravno sodišče.....	309
21.9	Ustavno sodišče.....	310
21.10	Evropsko sodišče za človekove pravice	311
21.11	Sodišče Evropske unije.....	311
22	UPRAVNO PRAVO – POSKUS OPREDELITVE	313
22.1	Upravno pravo – nezmožnost enopomenske opredelitve	317
22.2	Upravno pravo in njegova meta-pojavnost	322

22.3	Vrednosti v upravnem pravu.....	327
22.3.1	Upravno pravo in njegova kompleksno-antropološka pojavnost..	329
23	ZAKLJUČEK.....	337
	LITERATURA	345
	STVARNO KAZALO	339

KAZALO SLIK

Slika 1: Splošna in posamična norma	8
Slika 2: Razmerje med vsebino upravnih norm in pravnih aktov	101
Slika 3: Hierarhija pravnih aktov.....	116
Slika 4: Eklektična narava upravnega prava.....	313

PREDGOVOR K PREDELANI IN DOPOLNJNI IZDAJI

Upravno pravo je področje, ki je vedno »v iskanju samega sebe«. Enako velja za učbenik, ki ne želi biti predolg, hkrati pa ne želi izpustiti najpomembnejših vsebin. V prvem primeru se izognemo pasti tako, da nimamo občutka, da je pravo bolj jasno kot v resnici je, v drugem pa naredimo prehod od klasičnega učenja proti *kritičnemu* razmišljanju o pravu. To velja tudi za upravno pravo, katerega funkcionalnost iščemo med temeljnimi postulati ustavne demokracije in med dnevnim urejanjem vsakdanjega življenja. Upravno pravo predstavlja področje uprave, ki je skladno z vladavino prava podrejena pravu; to predstavlja klasični pristop do uprave, ki ne dovoli prevelike koncentracije moči v rokah posameznikov ali javnih institucij. Druga plat zahteve je v tem, da morajo biti tisti, ki izvajajo javno oblast, podrejeni različnim oblikam nadzora. Takšno rezoniranje je primer zapisa, ki ustvarja občutek jasnosti prava. Medtem, ko se klasični, institucionalni pogled usmerja predvsem v nadzor nad podeljeno močjo, se dandanes vse bolj dopolnjuje s funkcionalnim, ki usmerja javno moč predvsem v (sistemsko) izvrševanje nalog, kjer niso pomembne le formalne pristojnosti, pač pa tudi vrednote, temeljna načela in prava energija (beri: skrb za javni interes, Cicero bi rekel ljubezen do človeštva) na podlagi katerih delujejo javni uslužbenci. Iskanje rešitev predstavlja *kritični* pogled na pravo. Institucionalni vidik predstavlja klasično, »pravno« perspektivo, funkcionalni vidik pa regulativno perspektivo; prvi gleda v preteklost, drugi v prihodnost; prvi ima fokus odločanja na že vzpostavljeno pravo, pristojnosti in institucije, drugi v iskanje novih rešitev, ki bi spremenile ravnanja odločevalcev.

Besedna zveza »upravno pravo« daje le na prvi pogled slutiti, da gre za zaokroženo področje, da gre za pravo uprave. A tu je napaka: upravno pravo je veliko več kot le pravo uprave, saj posega v najrazličnejša področja družbenega življenja. Že preprosta varovalka, ki nam jo dajejo možne kombinacije dveh besed (stvari, oseb itd.) opozarja, da gre za štiri kombinacije: upravno pravo, pravo uprave, upravljanje uprave in pravo prava. Vsa področja se med seboj nenehno prepletajo: upravno pravo vključuje pravo uprave (npr. sistem, organizacija, pooblastila, pristojnosti, javni uslužbenci, plačni sistem), upravljanje uprave se osredotoča na vsebine, ki jih zajema teorija javne uprave (npr. decentralizacija, dekoncentracija, uspešnost, učinkovitost, etika, vrednote, subsidiarnost, dobra uprava, dobro upravljanje), pravo prava pa predstavlja temeljni (ustavno-) pravni red države, temeljna pravna načela, temeljne človekove pravice, hierarhijo pravnih aktov, temeljna procesna varovala itd. Upravno pravo ni »čista pasma«; gre za »mešanca« s svojevrstnim karakterjem; prav slednji bo verjetno

tisti, ki bo v okviru sklopa ostalih osebnih veščin poskrbel, da bo vsak od vas odnesel znanje tega učbenika na individualen način. Prav ta individualni element, ki ga nosi vsak izmed vas, je razlog, da je bilo učbeniku dodano poglavje (ne)uspelega poskusa opredelitve upravnega prava. Iz njega izhaja namreč prav ta osebna nota vsakega javnega uslužbenca, ki v razmerju z drugimi skrbi za specifičnost upravnega prava v razmerju do državljanov (včasih je dovolj že neoprijemljiv nasmeh in stisk roke). V okviru funkcionalnega pristopa, ki daje pozornost poleg klasičnega odločanja tudi (sistemski) regulaciji, so dopolnjene tudi vsebine, ki zadevajo pripravo predpisov.

Čeprav gre za učbenik, ki bi moral po šolsko poudarjati delitev oblasti in podrejenost izvršne veje zakonodajni glede na pristojnost sprejemanja zakonodaje, si ne gre zatiskati oči: zakonodajna veja je v številnih primerih tista, ki je dejansko podrejena izvršni veji (predlogi zakonov se v večini primerov pripravljajo v organih državne uprave). To ni samo po sebi nič slabega ali dobrega: gre pa vsekakor za to, da poskušamo dvigniti raven strokovnosti na področju regulacije, ki vsebuje tako materialne kot procesne vidike, saj je v takih razmerah (obratne podrejenosti) poznavanje upravnega prava toliko bolj pomembno.

V dobi razcveta informacijske tehnologije je pričakovati večji porast neposrednega učinkovanja predpisov kot izjeme od obveznosti izdaje upravnih aktov in večji porast e-odločb, kjer stranka ne bo prišla v stik z javnim uslužbencem (ki za dane primere sploh ne odloča, saj se pravilo ustvari na podlagi vnaprej določenih algoritemskih pravil). S tem namenom so bile v učbenik dodane vsebine, ki se nanašajo na neposredno učinkovanje predpisa, na predpise, regulacijo. Prav slednja je namreč še vedno dokaj zanemarjeno področje v javni upravi (še posebej podzakonska, čeprav tudi predlogi zakonov velikokrat ne dosegajo ravni potrebne skrbnosti in strokovnosti pri njihovi pripravi). Čeprav je upravno pravo nastalo iz (sodno)procesnih vprašanj, ki so se pojavila ob reševanju konkretnih težav, ne gre pozabiti, da sta postopek in vsebina nerazdružljivo povezana. Obratno bi bilo enako trditi, kot da živilo nima nič opraviti s koraki, ki so privedli do njegove kvalitete; vsebina je po drugi strani – in če se vrnemo na začetek – močno odvisna ne le od formalnega postopka, pač pa od dnevnih postopkov (bolje rečeno ravnanj) javnih uslužbencev, ki pripravljajo predloge predpisov ali odločajo v posamičnih primerih. Na koncu se vedno zvede na njih, na nas, vas same – kaj boste odnesli od tega učbenika je tako odvisno od vsakega posameznika (kaj bo pri tem razmišljal, kako in s čim bo dopolnil svoje znanje, s čim bo negiral zapisano ipd.). Kar se avtorja tega učbenika tiče, sprejemam vse napake, ki so nastale tekom njegove priprave. Želim si, da bi razmišljali, iskali rešitve in jih udeleževali. Znanje se mora vedno dopolnjevati; ne le z novim znanjem, pač pa tudi s karakterjem (močjo, pogumom) človeka in njegovimi čustvi (simpatija, empatija, vedenje o tem, kaj je prav in kaj narobe). Vse to potrebuje vsak, ki se ga tiče upravno

pravo. Ne gre za to, kako vidimo sebe - postaviti (vživeti) se je treba v *vlogo drugega* (stranke, državljana, prebivalcev); vloga slednjega je ena najbolj iskrenih predpostavk, iz katerih lahko ustvarjamo, sprejemamo in izvršujemo lastne odločitve. Drugi nas (vas) bodo sodili predvsem po tem, kar bomo naredili, ne le kar smo mislili. Stari Rimljani bi rekli »Dejanja, ne besede«!

Acta non verba!



Prof. dr. Mirko Pečarič

V Ljubljani, marec 2021

Upravno pravo ni za mehkužneže – nagnite se nazaj, sklopite vaše stole in se prikrajšajte za precej dolgočasno predavanje.

– Antonin Scalia, sodnik Vrhovnega sodišča ZDA
(1989, str. 511).

1 UVOD

Upravno pravo je zanimiva tema, še posebej za tiste, ki jih zanimajo načini prek katerih pravo usmerja in nadzira (u)porabo moči in resursov sodobne države ob hkratnem varovanju pravic posameznikov ali skupin. S sodobnim razvojem narašča vloga države, s tem pa tudi vloga upravnega prava. V obdobju po drugi svetovni vojni je ta veja prava doživela vsesplošen razcvet, če v obzir vzamemo le naraščajoče število izdanih upravno-pravnih aktov. Gre za področje, ki se nenehno razvija, stalno “sledi samemu sebi” oziroma njegovim glavnim idejam. Upravno pravo se je pojavilo z nastankom liberalne pravne države, z vzponom socialne (intervencionistične) države se je širilo na (nova) področja javnih služb (upravna država), z neoliberalnimi idejami vodenja države pa se je – kljub idejam o umiku, liberalizaciji in deregulaciji – kot nenačrtovana posledica razširilo z re-regulacijo tudi na civilno družbo, na nevladne in neodvisne (upravne) organizacije, kolikor uporabljajo večji ali manjši element “javnosti”. Iz osnovne ideje po varovanju pravic državljanov pred močnejšo “pravno” voljo in varovalno, zadržano vlogo, je poseglo v aktivno, socialno državo, državo javnih služb, ki nudi dobrine in storitve v javnem interesu, vse do današnjih dni, ko bi za upravno pravo lahko uporabili različne pridevnike: varovalno, aktivno, promovirajoče, spodbujajoče, inovativno; skratka vse, kar bi lahko pripisali samemu človeku (znotraj in izven javnih institucij), ki uporablja (javno) moč na vnaprej dogovorjen, priznan in dopusten način. Gre za pravo, ki mora varovati pridobljene pravice in ki hkrati dopušča spremembe, jih celo mora vključevati z vidika razvoja družbe v okvir pravnih norm, ki zagotavljajo temeljna načela zakonitosti, pravne in legitimne države. Gre torej za regulacijo kakršnegakoli razmerja med državljanom in organizacijami javne oblasti, kjer slednje sicer nastopajo z močnejšo voljo, a s svojim ravnanjem prepričajo, s tem pa vzpostavljajo temeljno zaupanje med ljudmi v ravnanje države. Gre za nemalokrat težko nalogo, saj upravno pravo v izhodišču obstaja in deluje le ob obstoju antagonističnih sil – če ni nasprotja med javnim in zasebnim interesom, med sedanjim in želenim stanjem, ni razloga za njegov obstoj. Kljub temu mora upravno pravo odražati navade, ki v praksi izražene kot vrednote družbenega

življenja. Ni (le) glas oblasti – pred tem mora biti predvsem izraz družbenega hotenja po tem, kar je prav, kar je varno, dobro in pravično z vidika posameznika in skupnosti kot celote. V izhodišču gre za *tehtanje* (posameznik – skupnost), za zatekanje h grški boginji Temidi, ki ima tehtnico (kot znak pravičnosti) in meč (javna oblast) (pri čemer naj preveza čez oči kot simbol nepristranskosti in neodvisnosti služi le pri odločanju, pri ugotavljanju dejanskega stanja in spremljanju razvoja družbe, pa naj jo le “sname” in pozorno odpre oči za vse spremembe); vse to – in še veliko več – je upravno pravo, med kompleksno družbenopolitično in pravno stvarnostjo, ki ne pozna (več teoretsko) čiste delitve oblasti, pristojnosti, stroge zakonitosti in hierarhije pravnih virov, v času ko moramo notranji, vrednostni “kompas” uskladiti z vse večjim naborom informacij, teženj in pričakovanj ob vse manjših javnih (materialnih in finančnih) sredstvih.

Cilj besedila, ki je pred *Vami*, je v podajanju temeljnih institutov splošnega upravnega prava, saj bi dodajanje posebnega-splošnega (tj. poglobljenega) upravnega prava, procesnega in posebnega upravnega prava, prava javnih služb in uslužbenskega prava, močno presešlo namen učbenika; namen slednjega je študentom ponuditi vpogled v glavne institute upravnega prava, ki jih lahko zasledimo na vseh področjih državnega in drugega javnega oblastnega delovanja ter jim omogočiti osvojitve glavne ideje upravnega prava – pravne regulacije izvrševanja državne oblasti za omogočanje javnega interesa ob hkratnem varovanju in omogočanju nemotene rabe pravic posameznikov in drugih skupin.

2 PRAVNI RED ALI PRAVNI SISTEM

Pr eden se lotimo upravnega prava, je treba na kratko pojasniti nekatere temeljne pravne elemente, na katerih temelji tudi upravno pravo. Prvi je seveda sam pravni red kot posamezno, kontekstualno (kontingenčno tj. situacijsko), zgodovinsko izoblikovano (pogojeno) pravo v organizirani skupnosti (kontinentalni, anglosaksonski, šeriatski, mešani). Tvorijo ga sestavine I. normativne narave in II. dejanske narave (pravna dejstva). Prvine pravnega reda tvorijo pravna pravila, ki se povezujejo v pravne institute, slednji pa v pravne panoge. Pravo je sistem, celota učinkovitih pravnih pravil in pravnih načel, ki urejajo *zunanja* vedenja in ravnanje posameznikov in njihovih združenj v življenjsko pomembnih družbenih razmerjih. Pravo je *umetnost dobrega in pravičnega* (*ius est ars aequi et boni*). Rimski pravnik Ulpian je to idejo predstavil s tremi temeljnimi načini človeškega delovanja: *honeste vivere* (pošteno živeti), *neminem laedere* (nikomur škoditi), *suum cuique tribuere* (vsakomur dati svoje), medtem ko je Leibnitz *ala* Ulpian postavil pošteno življenje za zahtevo po prepovedi škodovanja drugim in pravično razdelitvijo dobrin.

Pravni red bi moral biti – od srednjeveškega pravoznanstva naprej¹ – notranje zaključena celota, kjer ne bi smelo biti protislovij. Družbeni razvoj na drugi strani terja stalno poseganje v družbeno dogajanje, zato se pravni red *spreminja, dopolnjuje*. Da ne bi zapadli v pravni nered, se norme uvrščajo po posameznih področjih in po hierarhičnem razmerju = sistemizacija prava kot skupek pravnih predpisov, ki urejajo vsebinsko zaokrožena družbena razmerja = pravna pravila, institut; skupek ustanov = pravna panoga (javnopravne panoge: ustavno, mednarodno javno pravo, upravno in davčno, kazensko in vse oblike procesnega prava; zasebnopravne panoge: gospodarsko [statusno, intelektualno, stečajno] pravo, obligacijsko, dedno, družinsko, stvarno in delovno pravo). V človeku je “vrojena” lastnost po tem, da je treba dogovorjeno spoštovati; ‘že v rimskem pravu so postavili temelj za izoblikovanje načela *pacta sunt servanda*, ki je, čeprav je formulirano v latinskem jeziku, samo po sebi nerimsko’.² V vnaprej določene dogovore vstopimo v njih z nekim “statusom”, tudi pri vsaki delitvi dobrin in storitev, v menjalnih razmerjih, delitvi dela...; pri večini teh zadev se niti ne zavedamo, da nas vseskozi spremlja pravo kot enoten pojem za določeno vrsto družb. norm, ki jih moramo spoštovati.³ Pravo je sklop vrednostno

1 Srednjeveško pravoznanstvo je vire pretežno razumelo kot logično konsistentno celoto in si je prizadevalo, da bi doseglo nekakšno *Concordantia discordantium legum* (Zimmermann, 2007, str. 673).

2 Stavak *pacta quantumcunque nuda servanda sunt* prvič zasledimo v *Corpus Juris Canonici*, veliki srednjeveški cerkveni pravni zbirki (Prav tam, str. 666).

3 Razum in jezik kot njegov pravni simbolni izraz sta sicer le del človeka in nikoli ne moreta natančno izraziti naše celote, ki jo sestavlja tudi iracionalni svet volje, intuicije, čustev.

utemeljenih norm, ki kot celota učinkovito urejajo pretežno zunanje vedenje in ravnanje ljudi, ki je potencialno ali aktualno tako konfliktno ter takšne narave, da ga državna oblast more in mora prisilno urediti in sankcionirati.

2.1 Merila pravnosti⁴

1. **Normativnost.** Norma (načelo, pravilo, vodilo, merilo, kriterij) kot eksistenčna prvina prava določa pravice in dolžnosti pravnih subjektov. Usmerjenost v nekaj “kar naj bo” oz. preskriptivnost (prim. ang., fr. prescription = recept); splošne, abstraktne, generalne, individualne, konkretne norme.
2. **Učinkovitost.** Sistem pravnih norm je družb. učinkovit, če se v pretežni meri uresničuje v praksi. Uporaba različnih meril vrednotenja za različna področja.
3. **Konfliktnost.** Pravne norme urejajo področja, ki so potencialno ali aktualno konfliktna. Ena bistvenih nalog prava je preprečevanje/odpravljanje osebnih ali družb. konfliktov. Naloga prava je zagotoviti PRAVNO VARNOST, s tem pa družbeni RED in MIR. Pravna varnost: tem. pr. vrednota, katere cilj je zagotoviti predvidljivost in zanesljivost prava. Uspešno uresničevanje pravne varnosti = zupanje v pravo, ki je tem. kamen pravne države.
4. **Možnost in nujnost pravnega urejanja.** Pravne norme lahko urejajo: a) le tisto ravnanje ljudi, ki ga oblastne institucije lahko v zadostni meri nadzirajo in usmerjajo ter b) le tista družb. razmerja, kjer je poseg prava nujen. Če obstaja konflikt, še ne pomeni, da ga je treba nujno urediti s pravom (prim. prelomljena obljuba prijateljstva, zamera, pozabljivost, zgovornost..., odvisno od teže posega). Merilo možnosti in nujnosti sta tesno povezani z učinkovitostjo. Pravne norme, ki bi zapovedovale nekaj nemogočega nimajo narave prava. Ocena pravne relevantnosti oz. nujnosti je izraz vrednostno pogojenega pravnega občutka in racionalne vrednostne presoje.
5. **Usmerjenost v zunanje vedenje posameznikov.** V fizične in pravne osebe, ki so lahko odgovorne za svoja ravnanja ali ravnanja za tiste osebe ali stvari, ki jih imajo v svoji odgovornosti. De internis non judicat praetor. Relativnost! (volja, krivda, prištevnost)
6. **Prisilnost, državna sankcija.** Pravne norme so prisilne narave – za njih uresničevanje skrbi država s prisilnimi sredstvi in državnimi organi. Ni nujno, da pride do prisile (prostovoljna izpolnitev obveznosti, ujemanje z moralnimi, običajnimi normami); sankcija mora biti obvezno vnaprej določena! Sodobno pravo teži h kognitivni “prisili” (fizična sila je ultima ratio, skrajno sredstvo): prevlada moči

4 Gl. (Bohinc, Cerar in Rajgelj, 2006, str. 41–50).

argumenta nad argumentom (fizične) moči. Argumentiranje odločitev, obrazložitvev ...

7. **Vrednote.** Brez vrednot je pravo (ob vseh omenjenih merilih) le forma, ki jo je mogoče poljubno zapolniti z neko vsebino. (Glavne) pravne norme so "prežete" z vrednotami (tehnične, operativne seveda manj, odvisno z vidika gledišča): morala, običaj⁵, religija, politika, stroka, tipično pravne (red in mir, pravna varnost, zakonitost, svoboda, pravna jamstva, pristojnost ...). Gre za tehtanje med družbenim redom in pravičnostjo, za razliko, ki pretvarja organizacije v *institucije*.

2.2 Temeljne značilnosti modernega prava⁶

Moderno pravo pomeni tip prava, izoblikovanega v zadnjih stoletjih v okviru zahodnega sveta kot razmeroma samostojna, avtonomna pojavnost; nobena značilnost individualno per se ni zadosten razlikovalni znak, gre za organsko celoto vseh temeljnih značilnosti:

1. *Povezanost z moderno (nacionalno) državo:* liberalna in pravna država kot varuh človekove svobode ob ločitvi civilne družbe od države. Temeljna je oblika političnega sistema, razvoj pravne države, vladavine (avtonomije) prava, poudarjanje racionalnih prvin v človekovem bivanju,
2. *Individualizem in človekove pravice.* Subjekti imajo položaj samostojnih enot, ki lahko s pravnimi sredstvi v dopustni meri sledijo lastnim željam in interesom. Posameznik ima priznane pravice (najpomembnejše so TČP), ki se jih utemeljuje iz posameznikove svobode, ki je pravni red ne deklarira, pač pa konstituira (temeljnost, univerzalnost, neodtujljivost, deklarativnost TČP [razlika od drugih pravic] in absolutnost, politična narava, moralnost in pravnost TČP)
3. *Priznavanje civilne družbe.* Priznavanje originarnosti s pravno regulacijo te sfere (civilna družba kot vmesna kategorija med državo in posameznikom). Postavljene so sicer okviri avtonomije svobodnih asociacij, vendar se upošteva načelo individualne in kolektivne svobode posameznikov.
4. *Splošnost, abstraktnost, formalizem in sistematičnost*

5 Pravo je bilo veliko bolj navzoče tu, v skriti plasti družbe, kot pa v ukazih vladarjev, pa četudi so imeli tiransko oblast. Vladarji so morali biti do običajev zelo spoštljivi in so jih morali pazljivo izbirati. Vladarji niso delali prava, ničesar niso ustvarili ... izvirna značilnost vladarja, karakteristika njegove oblasti in dolžnosti je bila posebna vrlina, namreč njegova aequitas, pravičnost; to pa pomeni, da je postopal pravično, v skladu s tistim, kar je bilo zapisano v naravi stvari. Njegova najvišja oblast je postala zavezujoča dolžnost (Grossi, 2010, str. 30–31). Upravno pravo mora biti pri normiranju še posebej pozorno na prakse v družbi, saj družba, ljudje spoštujejo pravo, če odraža temeljne vrednote družbe. Pravo kot (spontano) urejanje družbe predhodi posameznim pravilom. »Pravo ne izvira iz pravil, pač pa iz prava nastane pravilo« – to je izrazil rimski pravnik Julius Paulus (222–235 leta n.št.) z rekom: »*Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*«.

6 Gl. (Bohinc, Cerar in Rajgelj, 2006, str. 158–180).

5. *Racionalizem*. Sposobnost razumskega mišljenja; v pravu kot posploševanje (generaliziranje) - dejstva, na katerih temeljijo pravne odločitve se reducirajo na eno ali več pravnih načel, ki se izrazijo v splošnih pravnih normah (poskus obvladovanja kompleksnosti sveta), kot sinteza v smislu sistemizacije, kot javnost odločitev, kot dualizem, bipolarnost pravnih konceptov
6. Sekularnost, tj. ločitev države od cerkve; pravo se vzpostavlja na nereligiozni osnovi
7. Visoka stopnja avtonomnosti vis-a-vis drugim vrednostno normativnim ali ideološkim družbenim sistemom. Kaže se prek zajemanja področij, ki per se niso prežeta z moralnimi ali običajnimi družb. normami kot posledica po urejanju pretežno depersonaliziranih razmerij ali so urejena drugače kot v morali ali običajih; še posebej pomembno je (relativno avtonomno) razlikovanje med pravom in politiko ali ideologijo, nadalje tudi kot sklop ljudi, ki se strokovno ukvarjajo s pravom
8. Načelo pravne države. Nemški koncept pravne države ob formalnih načelih (legalitete, racionalnosti, splošnosti, neretroaktivnosti zakona, podrejenosti uprave zakonodaji) pozna tudi materialnega (tem. substančne pravne vrednote – varstvo TČP); vladavina prava ne upošteva države kot bistvenega elementa, pomeni pa odsotnost arbitrarnega odločanja organov oblasti, pravno enakost in pravno varnost.
9. Dogmatičnost (deskriptivno za študij) in ambivalentnost prava (law in books/in action).

Pravo je univerzalna disciplina; podobno kot matematika, slovnica, igra. Vse temeljijo na pravilih – kot take zahtevajo jasnost in natančnost. Kljub temu se je treba zavedati, da pravo ni “življenjski eliksir, kelih življenja”, ki bi sam po sebi uredil vse težave: varovati se je treba “pravnega fetišizma”, ki verjame, da bo sprejem pravil rešil vse težave (Tacit: “*pessimae rei publicae plurimae leges*”), kot pravnega nihilizma, ki negira pomen prava. Zakonodajalec (beri: javni uslužbenec) se sprašuje: kaj in do kam regulirati, če – kako, na kakšen način, s kakšnimi sredstvi? Kolikor bolj “živo, strokovno” je področje, bolj ga intenzivnost reguliranja krni, slabi, kolikor bolj ohlapno regulira, večjo svobodo prepušča javnemu uslužbencu in sodniku (vprašanje delitve oblasti). Sodobni regulator se mora zato zateči k rimskemu pravniku Kvintilijanu, ki poudarja, načelo “ne veliko (stvari), pač pa (le-te) zelo dobro (Non multa sed multum, Instit., X, I, 59). Ker ne gre za področje leposlovja, mora biti besedilo enostavno, pri čemer mora povedati mnogo (Ockhamova britev – ne množiti števila enot, več kot je potrebno).

2.2.1 Pravna norma

O normi⁷ lahko govorimo samo tedaj, ko govorimo o razmerjih med ljudmi oziroma o določenem načinu obnašanja človeka in skupnosti ljudi (naravni zakoni niso "norma"). Norma je tipična za živa bitja, obdarjena z razumom, zavestjo in hotenjem. Norma vedno zasleduje nek cilj, ki predstavlja določeno vrednost. Normo in njen cilj je vedno mogoče vrednotiti (ne le v smislu ugotavljanja vrednosti, kakovosti, pač pa skladnosti z vrednotami). Sankcija je tipična za norme, njen namen pa je doseči ravnanje, ki bo v skladu z normo (pravni učinek).

Pravna norma je temeljna normativna (in dogmatična) sestavina prava; gre za določitev ravnanja, ki se razlikuje od vseh drugih pravil obnašanja (etičnih, moralnih itd.) po svojem pravnem (prisilnem) značaju. Je širša od pravnega pravila, saj lahko v pojem pravne norme umestimo tudi pravno načelo. Ne nanaša se le na posamezni oz. konkretni dogodek (KPN), temveč lahko tudi na vrsto podobnih dogodkov, zato bi jo lahko enačili z izrazom abstraktna ali splošna norma. Pravo je torej celota Σ KPN + APN. Upravne norme so prav tako konkretne (KUN) ali abstraktne (AUN = upravni/podzakonski/splošni oz. abstraktni upravni predpisi/upravne določbe).

2.2.1.1 Lastnosti pravne norme

1. **Abstraktnost** norme: z analizo dejanskega stanja izločimo bistvene (oz. **odmisli-mo** nebistvene) elemente (okolščine), ki se pojavljajo v podobnih različicah primerov in prek teh elementov postavimo pravilo ravnanja za **vnajprej** (npr. cestno-prometna varnost). Abstraktnost se nanaša na nedoločeno število primerov oz. na dejansko stanje, ki ga predvideva hipoteza pravila; gre za **proces ustvarjanja prava**, saj nam abstraktna norma kaže pravo v njegovi dinamiki in v razvoju, na način prek katerega smo do nečesa prišli. **Ustvarjanje prava je proces abstrahiranja**, v katerem se določitev vsebine pravne norme oblikuje za pravno obvezno na podlagi ocene konkretnih situacij, ki pravno še niso urejene; z abstrakcijo določimo pravno normo (indukcija od konkretnega [ne-pravnega] elementa [lat. *inducere*: voditi]) k abstraktnemu (določenemu-pravnemu) = **refleksija** (odsev, lat. *reflexionem*: upogniti nazaj); nakar sledi dedukcija od abstraktnega (pravnega) k konkretnemu (primeru), kar pomeni **razsodno moč**.
2. **Generalnost (splošnost⁸)** – pravilo ima pred seboj nedoločeno število ljudi, ki so zajeti z normo. Ne gre za posameznike, pač pa za vse oz. posamezne skupine ljudi, ki bi jih prepoznali v normi – nanaša se na **subjekte** (npr. udeleženci v prometu).

⁷ Lat. *norma*= mera, pravilo.

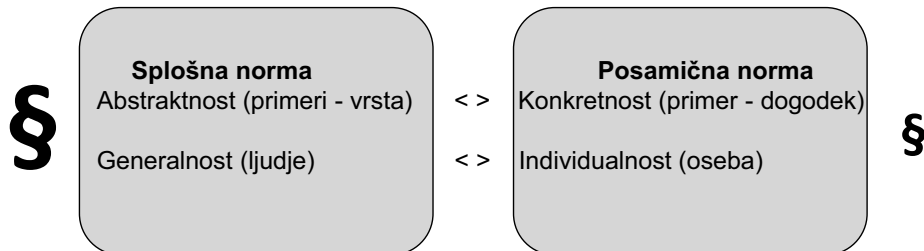
⁸ Pogovorni jezik: splošna norma pomeni abstraktno in generalno normo, ki velja za vnajprej za (bolj ali manj) nedoločen krog ljudi. Splošnost in abstraktnost sta garant nepristranskosti obravnavanja in predvidljivosti pravila. Sta elementa načela pravne države in enakosti pred zakonom.

Z generalno normo označujemo statično stanje neke stvari, ki nam pove samo to, da imamo opravka s pravnim pravilom ravnanja, ki velja za nedoločeno število ljudi (spomnite se na generacijo ljudi).

2.1. **Konkretnost** – konkreten primer oz. dejansko stanje (npr. vožnja v nasprotno smer točno določenega dne, lokacije in ure s strani znanega vozila)

2.1. **Individualnost** – nanašajoč se na zaključen krog konkretno določljivih ljudi ali skupin (npr. voznik z znanim imenom in priimkom).

Pri uporabi prava ima veliko vlogo časovni razmak med nastankom pravne obveznosti iz norme in med njeno uporabo v konkretni situaciji. Pri uporabi prava gre za preprečitev razkoraka med statičnim značajem pravne norme in dinamičnim značajem razvoja družbe (originalizem [tekstualizem] vs. a) pragmatizem [tudi konsekvencializem – s strani *interpreta* želene posledice, operativnost] in/ali b) namenska [teološka razlaga, kaj naj bi bil namen zakonodajalca po mnenju *interpreta*]).⁹ Konkretizacija pomeni izčrpanje hipoteze abstraktne norme za konkretni primer. Konkretna norma je najnižje umeščena pravna norma, saj ne predstavlja pravnega vira za druge pravne norme; za njeno strukturo sta bistveni samo dve sestavini: dispozicija in sankcija.



Slika 1: Splošna in posamična norma

2.2.2 Osnovna pravila konsistentnosti pravnega sistema

Predpostavka pravnega sistema je, da nepoznavanje prava škoduje (lat.: *ignorantia iuris nocet*). Na podlagi pravil konsistentnosti si lahko pomagamo pri razlagi različnih pravnih norm (kdaj dati prednost kateri izmed njih). Pravila konsistentnosti (skladnosti glede na razmerja) med normami so:

1. Pravilo prevlade višjega predpisa nad nižjim in višje norme nad nižjo (lat. *lex superior derogat legi inferiori*);

⁹ Seveda lahko tudi tekstualizem vključuje namensko in pragmatično razlago, vendar mora biti namen in posledice zakona biti zapisane v *tekstu* (ne smejo biti prepuščene osebnim voljam razlagalca – sodnika ali uradnika).

2. Pravilo prevlade posebnega predpisa (istega ranga) nad splošnim (lat. *lex specialis derogat legi generali*);
3. Pravilo prevlade kasnejšega predpisa (istega ranga) nad prejšnjim (lat. *lex posterior derogat legi priori*)
 - A. Kasnejši zakon dopolnjuje predhodnega, kolikor mu ni nasproten (lat. *leges posteriores ad priores pertinent, nisi contrarie sint*);
 - B. Kasnejši zakon ukinja prejšnjega, če mu je nasproten (lat. *leges posteriores priores contrarias abrogant*);
 - C. Kasnejši splošni zakon ne derogira prejšnjega specialnega (lat. *lex posterior generalis non derogat priori speciali*).

2.2.3 Pravna načela

V okviru pravne prakse imajo velik pomen pravna načela (ustavna načela, pravila mednarodnega običajnega prava, splošna pravna načela, ki jih priznavajo civilizirani narodi, t. i. *principes généraux du droit*), ki jih je sodna praksa razvila iz posameznih primerov. Pri uporabi pravnih načel je potrebna pazljivost – načela lahko zavedejo v nepravilna sklepanja ali celo *dokazovanja* (sploh ob njihovem primerjanju); načelo je vedno na čelu, prvotno in širše-obsegajoče, podobno kot sladkor *je* v različnih živilih; z enako vsebino se kaže v različnih pojavnih oblikah, ga ne moremo dokazovati v nedogled, ga ne moremo upravičevati s proti-načeli (npr. načela enakosti ne moremo dokazovati z načelom neenakosti ali primerjati z načelom zaupanja v pravo in obratno), pač pa govori s svojo vsebino v *konkretnosti* stvari. Šele tako lahko vzporedno samostojno stojijo npr. načelo pravne države, načelo milosti in načelo izrednih razmer v skupnem pravnem sistemu. Pravno načelo je lahko **vrednostno merilo** (ne tip ravnanja kot pravno pravilo v smislu “vse ali nič” – Dworkin), kako naj ravnamo v pravnih razmerjih, v katerih smo nosilci določenih tipov ravnanja – tako nam služi kot **razlagalno** (kot “temelj, merilo in urejevalni razlog” – Esser) in s tem tudi kot **omejevalno** merilo. Ustavno sodišče RS pri odločanju oziroma tehtanju med pravicami, enači “javni interes“ s temeljnimi načeli oziroma s človekovimi pravicami.

Temeljna načela odražajo vodilni pravni nazor družbe o tem, kaj naj bo urejeno neko področje, ko se neka politična, ekonomska ali druga miselnost prelevi v pravico ali dolžnost. Izvrševanje predvsem slednjih navadno štejejo v okvir represivnega dela državne uprave, zato moramo razrešiti dilemo uporabe striktnih in ohlapnih pravil, prava in morale, stroke in emocij pri delu; vse skupaj lahko razmejimo na del med temeljnimi pravnimi načeli in (drugimi, bolj konkretnimi in individualnimi, a še vedno abstraktnimi ni generalnimi pravili) pravili. Ronald Dworkin se navadno šteje za vodilnega pravnika, ki je dajal zelo velik pomen temeljnim pravnim načelom.

Ukvarjal se je z vprašanjem načina premostitve legalističnega pravnega odločanja z demokratičnimi ideali, kjer v *Hard Cases* (1975) postavi ločnico med argumenti politik (ang. *arguments of policy*) in argumenti načel (ang. *arguments of principle*). Medtem ko prvi opravičujejo politično odločitev (ki omogoča ali varuje nek kolektivni cilj skupnosti kot celote), drugi spoštuje ali varuje neko individualno pravico ali pravico v neki skupnosti; prvi se uveljavlja v zakonodajnem postopku, drugi v pravnem odločanju; v prvem primeru lahko govorimo o ekonomski učinkovitosti, v drugem pa (le) o pravicah in korelativnih dolžnostih. O ekonomski učinkovitosti lahko odločamo v pravnih postopkih le, če jih zakon "spremeni" v pravico ali dolžnost. Načela so predpostavke, ki opisujejo pravice, politike so predpostavke, ki opisujejo cilje. V preprostih, jasnih primerih naj se po Dworkinu pravni odločevalci oprimejo določil predpisa, v težjih, kjer rezultat ni jasno določen v predpisu, pa naj ustvarijo pravilo s pomočjo načel, ki dajo najboljšo interpretacijo v luči zgodovine posamezne institucije ter poštenosti (dosedanja praksa, precedensi) in še širše pravičnosti (osebno razumevanje morale, dostojanstva, vrednot neke skupnosti). Tematiko je nadalje razvijal v delu *Taking Rights Seriously* (1978), ki še vedno predstavlja temeljno delo s področja filozofije prava; v njem nasprotuje pravnemu pozitivizmu in utilitarizmu z idejo, da so (človekove) pravice posameznikov proti državi izven pisanega prava in predhodijo interesu večine.

Še posebej je pomembna delitev med pravili, načeli in politikami (v smislu *policy*). Politika je zanj standard, ki določa sredstva za doseganje ciljev, na splošno gre za izboljšave na nekem ekonomskem, političnem ali družbenem področju skupnosti, medtem ko je načelo standard, ki ga je treba spoštovati, ne zaradi tega, ker bi pospeševal neko zaželeno ekonomsko, politično ali družbeno situacijo, pač pa gre za zahtevano poštenosti ali pravičnosti oziroma kakšno drugo dimenzijo moralnosti. Razlika med pravnimi načeli in pravnimi pravili je logična razmejitev; oba dela nakazujeta na določene odločitve glede zavez v določenih okoliščinah, a se razlikujeta v značaju usmeritve. Pravila so uporabna na način "vse ali nič", medtem ko načela nimajo pravnih posledic, ki bi izhajala avtomatsko ob izpolnjenih pogojih. Načelo daje razlog, ki argumentira za eno smer, vendar ne povzroča specifične odločitve. Načela imajo dimenzijo, ki je pravila nimajo – dimenzijo teže ali pomembnosti. Ko se načela križajo, se konflikt razreši z upoštevanjem relativne teže vsakega izmed njih glede na specifične posameznega primera. O tem je pisal že Aristoteles v *Metafiziki*, ko je razpravljal o razmerju med deli in celoto, kjer se deli osamosvojijo (sicer bi se celota zgolj podvajala) in njihova substanca predstavlja ne element (ki se lahko deli na več delov), pač pa načelo (gr. *arkhē*) kot naravo stvari. Pravna načela so ali pa niso; če so, so prisotna v vsakem delu pravila kot njegova prava narava stvari.¹⁰ Ne le, da pravila

¹⁰ Za lažjo predstavo lahko naredimo primerjavo s sladkorjem v času, ki se nahaja v vsaki kaplji vode – če ga ni, ne moremo reči, da je čaj sladek kjerkoli v njegovi vsebini. Poseben pomen pravnih načel je v tem, da jih

izhajajo iz načel – načela so vedno *relacijska, kontekstualna* – ker so abstraktne narave, lahko “pravi” (pravno zavezujoč) pomen pravnega načela damo šele z aplikacijo na posamezni primer (Dworkin, 1978; Endicott, 2011; Streifer & Goens, 2004). Dworkinov model pravnih načel se povezuje s Hartovim “pravilom za pripoznavo” kot obveznim kriterijem za identificiranje primarnih pravil obveznosti, v katerega bi lahko šteli tudi aplikacijo pravnih načel. Po Hartu (1994, str. 100–101), ‘relativno podrejenost enega kriterija drugemu razlikujemo od izpeljave enega kriterija iz drugega (npr. običaj in precedens iz zakona) prek pravila za pripoznavo (pravnega statusa). V večini primerov pravilo za pripoznavo ni izrecno postavljeno, pač pa se njegov obstoj kaže v načinu kako sodišča ali drugi **uradniki** ali zasebniki ali njihovi svetovalci identificirajo posamezna pravila ... značilno za notranje stališče [notranja sodba] je, da tako sodišča kot drugi ... uporabljajo neformulirana pravila za pripoznanje ... tisti, ki jih uporabljajo, s tem dokazujejo, da jih sprejemajo kot vodilna pravila’. Po Hartu je pravilo za pripoznavo, ki nudi kriterije za presojo veljavnosti drugih pravil sistema poslednje pravilo, kjer so kriteriji razvrščeni glede na pod- in nad-rejenost, to početje pa je v temelju vedno osebno – nekdo sprejme neko pravilo za končno in ga kot takega tudi uporablja.

Na tovrstno podobnost naletimo tudi na področju nemškega pravnega pozitivizma s Kelsnovo Čisto teorija prava, kjer se (za pozitivista presenetljivo kot pri Hartu) trdi, da ne uporabljamo načela kavzalnosti pri opisu normativnega reda, pač pa *načelo pripisa*. Dispozicija in sankcija nista povezani z vzrokom in učinkom, pač pa z “naj bo”, kot voljo pravne oblasti (Kelsen, 2005, str. 71–72). Kot pozitivista se zavedata, da je treba enkrat “narediti konec”, sicer zapademo v zanko “*pravila pravila*”¹¹ kjer moramo – če želimo odgovoriti na vprašanje, ali je pravilo pravno veljavno – za kriterij veljavnosti nekega pravila priskrbeti vedno novo pravilo. A vendar – če oba vidita izhod v konkretni *praksi* sodnikov, uradnikov in drugih oblastnikov, ga Dworkin vidi še en korak višje, tj. v pravu kot integriteti, kjer ne (le) različni uradniki, pač pa skupnost dejansko in v realnosti uporablja režim načel na enak način, ne glede na razloge, ki so jih dali različni uradniki v preteklosti (2006, str. 16). Na vprašanje kako lahko (določen) zakon ukazuje (ko ukazi in smeri molčijo), ko (tudi) pravne knjige molčijo, so nejasne ali dvoumne Dworkin odgovori, da je pravna interpretacija praksa konstruktivne interpretacije, kjer se pravo v najboljšem primeru sestoji iz *celotne* pravne prakse, ki gre izven posameznega zakona in se torej obrača na celoto (1986). Ločnica med njegovima deloma *Hard Cases* in *Law’s Empire* je ločnica med uporabo

moramo uporabljati v celotnem postopku, čeprav v posameznih (pod)poglavjih niso posebej poudarjena. Gre torej za uporabo/razlago vsakega posameznega člena »čez filter« pravnega načela.

11 O njem je pisal že Nietzsche: Sodba – to je vera: »*To in to je tako.*« Torej tiči v sodbi priznanje, da se srečujemo z »identičnim primerom«: predpostavlja torej primerjavo in si pomaga s spominom. Sodba ne ustvari tega, da bi bil viden tu kakšen identičen primer. Veruje namreč, da takega zaznava ... že pred sodbo mora biti opravljen proces asimilacije: tako gre tudi tu za neko intelektualno dejavnost, ki ne pade v zavest (1991, str. 304–305).

načel in pravil v okviru enega zakona in v okviru širšega pravnega sistema, tj. tistim, kar se razlikuje med uporabo enega zakona in uporabo drugih posebnih zakonov. Širše glede temeljnih načel in načel inšpekcijskega nadzora gl. Kovač, Kerševan, Pečarič, Remic in Čas, Inšpekcijski nadzor: razprave, sodna praksa in komentar zakona. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2016.

Vprašanja za ponavljanje:

1. Kaj je pravni red?
2. Kakšna so merila pravnosti?
3. Katere so temeljne značilnosti modernega prava?
4. Kaj je pravna norma?
5. Katere so temeljne lastnosti pravne norme?
6. Katera so osnovna pravila konsistentnosti pravnega sistema?
7. Kaj so pravna načela?
8. Kako razlikovati pravna načela od političnih ciljev?

3 NAČELA UPRAVNEGA PRAVA

Preiden preidemo k obravnavi upravnega prava, se bomo dotaknili temeljnih pravnih načel, ki jih lahko štejemo tudi za temeljna načela upravnega prava. Med glavna načela upravnega prava uvrščamo načelo sorazmernosti, načelo zakonitosti, načelo enakosti in načelo zanesljivosti prava.

3.1 Načelo enakosti

Načelo enakosti pred zakonom (14. člen URS) določa, da so '[v] Sloveniji vsakomur zagotovljene enake človekove pravice in temeljne svoboščine, ne glede na narodnost, raso spol, jezik, vero, politično ali drugo prepričanje, gmotno stanje, rojstvo, izobrazbo, družbeni položaj ali katerokoli drugo osebno okoliščino. Vsi so pred zakonom enaki.' Gre torej za enakost v zakonu in enakost pred zakonom. Poleg načela pravne in socialne države, je načelo enakosti najvišji cilj države. Razlikovanja med ljudmi so sicer dopustna, a morajo biti stvarno in razumsko upravičena. Zakon moramo uporabljati enako za vse naslovnike; razlikovanje pa mora ustrezati razumevanju vsakdanjega življenja. Preveriti je potrebno, če pravni akt dopušča razlikovanje; temu najprej sledi test dopustnosti in upravičenosti, preveriti je potrebno ali so sredstva, ki so uporabljena za doseg cilja enako uporabljena za vse, ali ustava dopušča razlikovanje in različno določanje namena in sredstev ter ali je zakon dovolj jasen glede opisa dejanskega stanja ali pravnih posledic. Skoraj največji problem predstavlja *prikrita* diskriminacija. V konkretnih primerih pa je "normalno", da odločanje ne more biti za vse enako. Zelo malo je namreč tipičnih, čistih primerov, zato mora organ presojeti dejansko stanje, kar pa povzroča razlikovanje. To načelo zato odpira tudi pomembna in zapletena vprašanja, ki zadevajo poštenost in pravičnost. Obstaja star pregovor, da "so vsi pred zakonom enaki," vendar je pri tem treba biti zelo pazljiv: formalna enakost lahko povzroča ali nima neposredne zveze z dejansko neenakostjo.¹² Pojmovanje enakosti je treba zato dopolniti v smislu, da je enakost tudi to, da se enaki obravnavajo enako, različni pa različno glede na stopnjo njihove različnosti oziroma podobno glede na stopnjo njihove podobnosti.¹³

12 Anatole France je v podporo argumentu, da revni omogočajo bogatim, da ostajajo na svojih položajih in podpirajo njihovo lenobo navedel: [r]evni morajo delati za to [premoženje]; v prisotnosti veličastne enakosti, zakon pa enako prepoveduje revnim in bogatim spat pod mostovi, prosjačiti na ulicah in krasti kruh" (2013, str. 35).

13 Gl. npr. *od/US*, št. U-I-322/94 z dne 18.10.1995: „ustavnega načela enakosti ne gre razumeti, kot da ukazuje enako zakonsko obravnavanje vseh, ne glede na različnost upeštevnihih sestavin primerov, ker bi taka slepa pravna enakost prinašala dejansko neenakost. Pooblastilo, da prepoznava relevantne različnosti tipičnih primerov in da tem različnostim primerno vzpostavi tudi različno zakonsko ureditev, nujno pripada zakonodajni oblasti, saj bi brez tega ne mogla opravljati svojega poslanstva. Različnost pravnega urejanja

Diskriminacija pomeni kršitev načela enakega obravnavanja. O njej lahko govorimo, če je neka oseba zaradi določene osebne okoliščine obravnavana manj ugodno kakor neka druga oseba. To pomeni razlikovanje, omejevanje, izključevanje, ipd. s ciljem ali posledico ogroziti nekomu uveljavljanje človekovih pravic in temeljnih svobod. Enakost je moralna komponenta, ki je vgrajena v sodobnih pravnih sistemih kot eno najpomembnejših pravnih načel, na katerega so vezani zakonodajalci, sodišča in upravni organi. Države sveta so svojo zavezanost načelu enakosti potrdile v številnih mednarodnih pogodbah – temeljnih dokumentih varstva človekovih pravic in posebnih mednarodnih pogodbah, s katerimi so zavezane k boju proti diskriminaciji. Diskriminacijo predstavlja tudi nadlegovanje, in sicer v primeru, da gre za nezaželeno ravnanje, ki temelji na katerikoli osebni okoliščini, ki ustvarja zastrašujoče, sovražno, ponižujoče, sramotilno ali žaljivo okolje za nadlegovano osebo ali žali njeno dostojanstvo. Poznamo posredno in neposredno diskriminacijo. Posredna diskriminacija zaradi osebne okoliščine obstaja, kadar je oseba z določeno osebno okoliščino bila, je, ali bi bila zaradi navidezno nevtralnega predpisa, merila ali prakse v enakih ali podobnih situacijah in pogojih v manj ugodnem položaju kot druge osebe, razen če te določbe, merila ali ravnanja objektivno upravičuje zakoniti cilj in če so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in potrebna. Neposredna diskriminacija zaradi osebne okoliščine pa obstaja, če je oseba zaradi te osebne okoliščine bila, je ali bi lahko bila v enakih ali podobnih situacijah obravnavana manj ugodno kot druga oseba.

3.2 Načelo sorazmernosti

Načelo sorazmernosti izhaja iz načela enakosti, ki ga vsebuje že v svojem pojmovanju distributivne pravičnosti (po Aristotelu je sorazmernost zlata sredina med preveč in premalo). Vsaki strani namreč daje sorazmerno enako količino ali kakovost tistega, o čemer se odloča. Predpogoj za dopustnost posega v temeljno človekovo pravico (TČP) je, da poseg zasleduje ustavno-pravno dopusten cilj (test legitimnosti= TČP so lahko omejene s pravicami drugih in v primerih, ki jih določa URS). Zakonodajalec mora pri urejanju razmerja med ustavno varovanimi dobrinami (legitimnost), ki si nasprotujejo, upoštevati, da mora biti:

1. sredstvo za doseg legitimnega cilja, *primerno* (tj. ustrezno) za doseg tega cilja.
2. izbrano sredstvo mora biti *potrebno* (tj. *nujno* v demokratični družbi – po “strasbourški” dikciji) – cilja ni mogoče doseči na način, ki bi manj posegel v ustavno varovane položaje, in

mora biti v razumnem sorazmerju z različnostjo urejanih zadev in razmerij ter racionalna glede na namen zakona. Znotraj teh načel Ustavno sodišče ne presoja primernosti rešitev, ki jih je zakonodajalec izbral. To velja toliko bolj, dokler je država Slovenija v prehodnem obdobju: zakonodajalec mora imeti dovolj proste roke v oceni najprimernejših potov, načinov in dinamike spreminjanja družbenega sistema, lastninjenje pa mora izpeljati tako, da bo v skladu z novim ustavnim redom med drugim zagotavljalo izpolnjevanje specifičnih nalog države. Pri vsem tem mora zakonodajalec zaradi načela enakosti izhajati iz splošnih povprečnih dejanskih stanj, saj oblikuje splošne in abstraktne norme, in se na netipične primere ne more ozirati’.

3. poseg mora biti v (politično-vrednostnem) sorazmerju s pomenom ene in druge ustavne vrednote oziroma pravice, tj. tiste, ki je s posegom okrnjena, in tiste, ki naj bi bila z njim varovana (sorazmernost v ožjem smislu).

Načelo sorazmernosti vsebuje štiri podnačela: tj. *legitimni cilj* (ali torej ukrep zasleduje legitimni cilj), *primernost* (ali je ukrep sposoben doseči ta cilj - test uspešnosti), *nujnost* (ali ukrep posega v pravico v najmanjši možni meri, ali ni na voljo nobene alternative ali manj invazivnega ukrepa – test nujnosti in subsidiarnosti) in *proporcionalnost v ožjem smislu* (tj. tehtajoči test - ali ukrep predstavlja skupno večjo korist pri zasledovanju cilja kot predstavlja izgubo omejitev določene pravice; obseg prizadetosti varovane pravice mora biti v sorazmerju z vrednostjo zakonodajnih ciljev. Teža legitimnih posegov zakonodajalca je dopustna, če je vzpostavljeno ravnovesje med vrednostjo teh ciljev in težo posegov (test sorazmernosti v strogem smislu oz. *stricto sensu*). Kljub poudarjanju načela sorazmernosti za tehtanje posegov v človekove pravice ali javni interes, se je treba zavedati, da številne (predvsem anglosaksonske) države uporabljajo druge teste¹⁴ za presojo posegov.

3.3 Načelo zakonitosti

Načelo zakonitosti doživi vzpon v obdobju po francoski revoluciji (1789 leta), ko se izoblikuje pravna država, ki načelo zakonitosti in upravo podredi pravu. Upravno pravo se je kot ločena pravna disciplina razvilo v Franciji že v času fevdalizma. To je obdobje postopnega nastanka meščanstva, ki si je uspelo pridobiti nadzor nad zakonodajno oblastjo. Uprava in sodstvo sta še vedno bila pod oblastjo absolutnih vladarjev, a se je boj meščanstva nadaljeval v smeri omejevanja delovanja uprave na podlagi zakonov. Z uveljavitvijo načela zakonitosti govorimo o začetkih pravne države in s tem o nastanku upravnega prava. Uvedba načela zakonitosti pomeni stalno presojanje in ocenjevanje delovanja uprave glede na veljavni pravni red, zato ta del zakonitosti imenujemo tudi zakonitost norm. Vladavina prava temelji na ideji, da pravila veljajo enako za upravljavce kot za upravljane. Načelo pravne države zavezuje

¹⁴ Sorazmernost vs. nerazumnost vs. tehtanje – lord Diplock v Council of Civil Service Unions proti The Minister for the Civil Service [1984] 3 All ER 935, HL postavi temelje, na katerih lahko sodišča posegajo v odločitve uprave: nezakonitost, nerazumnost in procesna neprimernost. Nerazumnost (t. i. Wednesburyška nerazumnost – uporablja se pri diskrecijskih "Z" odločitvah: 'Če Y obstaja, X lahko stori Z') se 'nanaša na odločitev, ki je tako nezasiščana v svojem kljubovanju logiki ali sprejemljivim moralnim standardom, da nobena razumna oseba, ki bi uporabila svojo pamet v zvezi z obravnavanim vprašanjem ne bi prišla do takšne odločitve'. Neracionalnost: nerazumnost, nepomembni razmisleki, neprimerni motivi. V VB je na odločevalcu, da se odloči kako pomemben je cilj in s tem nivo uspešnosti sredstev (ni elementa nujnosti v okviru načela sorazmernosti). Sodišča od odločevalca ne zahtevajo, da je uspešnost ukrepa manjša na račun manjše invazivnosti ukrepa, saj menijo, da gre za neupravičen poseg v meritornost, tj. bistvo odločitve (delitev oblasti). Načelo sorazmernosti se v VB uporablja le glede pravic iz EKČP. V ZDA so sodišča bolj aktivna; t. i. *balancing test* (enfant terrible zaradi nedorečenosti) sodnika napotuje na tehtanje (na kontekst) med interesi ene stranke glede na interese druge stranke v postopku, pri čemer pristoje tehta interese tudi glede na širše družbene interese, ki jih stranki zastopata. Sodnik tehta med dejstvi, pravili in rezultati. Interesi, ki so "težji" pri tehtanju (glede na evalvacijo individualnih in družbenih vrednot) – zmaga.

izvršno vejo oz. upravo, da ne ravna arbitrarno. V okvir vladavine prava zato sodi legalitetno načelo. Upravni organi so pri svojem delu vezani na okvir, ki ga določata ustava in zakon, na ustavno in zakonsko podlago in nimajo pravice izdajati predpisov in odločati brez podlage v zakonu ali drugem nadrejenem predpisu (t. i. “*A government of laws and not of men*” – John Adams 1774 – prim. 120. in 153. čl. URS). Izvršna veja mora spoštovati pristojnost za izdajo akta, ne sme kršiti predpisov, spoštovati mora formalne in procesne zahteve za izdajo splošnega akta (sem sodi tudi upoštevanje [le] relevantnih okoliščin, dejstev in razumno sklepanje o dejstvih ali dokazih) in ne sme zlorabiti svoje pristojnosti (zasledovanje ciljev izven določenih). Če je država na začetku skušala delovati čim bolj liberalno, je industrializacija in urbanizacija povzročila, da je začela skrbeti za javne službe in pravice delavstva (tudi tu veljajo tem. pr. načela). Proces podrejanja uprave zakonom izhaja iz prizadevanj po uvedbi parlamentarizma in omejitvi državne oblasti. Pravna država ima korenine v nemškem konceptu “*Rechtstaat*” in angleškem principu “*Rule of law*”. Pravna država je skupni imenovalc za integralno celoto modernega prava ter vseh njegovih prvin.¹⁵ Zakonitost upravnega delovanja (uprava izvaja dejavnost izključno na osnovi zakonskega pooblastila; vsi akti uprave morajo biti v skladu z zakonom). Legitimnost – upravičenost upravnega delovanja z vidika ljudstva (Weber, 3 tipi legitimnosti – legalna, tradicionalna, karizmatična); gre za prepričanje (zaupanja) ljudstva, da javne institucije določajo in uveljavljajo zakon in red v javnem interesu, na podlagi katerega lahko izdajajo ukaze. Legitimnost se vzpostavi prek javnega zaupanja, da bodo javne institucije spoštovale predpise. Legitimnost NI legalnost (slednja pomeni le spoštovanje zakonov, ne glede na to kaj si o njih mislimo – spoštujemo jih zato, ker bi sicer nastal kaos, zato jih spreminjamo po vnaprej določenih poteh).

Načelo zakonitosti se ne nanaša le na zakon, temveč na pravno normo. Pomeni, da mora vsaka odločitev, vsak upravni akt (odločba ali sklep) ali ravnanje temeljiti na

15 Načela pravne države - vladavine prava (npr.):

- ustavnost in zakonitost
- pravičnost in opravičljivost (utemeljenost) predpisov
- demokratična oblast
- načelo pravne varnosti, ki se kaže v predvidljivosti in zanesljivosti pravnih aktov ter zagotavljanju zaupanja v pravo
- načelo pravne enakosti,
- načelo sorazmernosti,
- varovanje človekovih pravic in svoboščin,
- podrejenost same države pravu, ki ga sprejema,
- načelo delitve oblasti, s poudarkom na sistemu zavor in ravnovesij,
- načelo da zakone sprejema parlament kot splošni predstavniški organ,
- načelo podrejenosti izvršno-upravne oblasti ter sodstva ustavi in zakonu,
- zakonodajna oblast mora biti podvržena ustavnosodnemu nadzoru,
- načelo prepovedi povratne veljave pravnih predpisov, razen redkih izjem, ki morajo biti ustavno ali zakonsko izrecno določene,
- sodni oblasti, ki opravlja nadzor nad odločitvami upravne oblasti, mora biti zagotovljena neodvisnost,
- načelo nepristranskosti sodstva (tudi uprave),
- načelo omejevanja diskrecijskega odločanja upravnih organov
- civilna družba.

zakonu in podzakonskem predpisu (slednji pa na ustavni in zakonu) ter na splošnih aktih, ki jih izdajajo nosilci javnih pooblastil. Gre za vezanost organov na veljavne predpise. Zakonitost delimo na formalno in materialno. Formalna terja od organa, da vodi postopek po posebnem ali splošnem (npr. upr.) postopku. Materialna pa terja od organa, da priznava pravice in nalaga obveznosti samo v okviru in mejah pravic in obveznosti, ki jih določa materialni predpis. Pri odločanju mora spoštovati hierarhijo predpisov (Ustava, ratificirane mednarodne pogodbe, zakoni, uredbe, odredbe, pravilnik, navodilo), načelo sorazmernosti, prepoved retroaktivnosti, diskrecijsko pravico. Temelj je Ustava RS (2., 120., 153. čl.) in mednarodno (javno) upravno pravo. Bistvena vsebina se nanaša na odločanje po veljavnih predpisih, ki mora upoštevati tudi pravo EU. Zakonitost je materialna (pravice, dolžnosti, pravne koristi) in formalna (postopkovna, organizacijska), pri čemer se postopek ureja le z zakonom. Načelo poudarja nujnost zakonitega delovanja uprave. Sama legalnost predpisa ne zadošča: predpis mora biti tudi legitimen, kar pomeni, da je v skladu z interesom ljudstva, katerega mora javna uprava ves čas zasledovati. Zakon, ki nasprotuje tem splošnim načelom, je v družbi nesprejet zaradi česar ne more biti učinkovit. Če javna oblast ne vlada v skladu s koristmi ljudstva, deluje samovoljno, arbitrarno, saj ne zasleduje pravega namena zakonov, četudi bi bil le-ta določen v njem. Da se lahko doseže namen, mora biti predpis legitimen, neizogiben in stvarno upravičen, sredstvo za doseg namena mora biti nujno za doseg cilja, ne sme biti prekomerno, ne sme pretirano obremenjevati strank oz. ljudi. Sredstvo mora biti tudi v bistveni povezavi z namenom. Pri nedoločenih pravnih pojmi je namen sicer določen, niso pa določena sredstva za doseg namena. Ta sredstva lahko z zapolnjevanjem vsebine nedoločenih pravnih pojmov izbere država.

Načelo zakonitosti uprave pomeni, da mora delovati na podlagi in v skladu z zakoni in podzakonskimi predpisi. Uprava mora oblastno delovanje opravljati v skladu s hierarhijo pravnih aktov in v pravnih okvirih; za svoje delovanje mora imeti vedno podlago v sprejetih zakonih. Načelo zakonitosti uprave je možno doseči le v primeru, ko je zakonodajna oblast legitimna, ko so zakonske in druge norme medsebojno usklajene in upoštevajo standarde pravnosti in pravičnosti ter so priznane v mednarodni skupnosti. Načelo zakonitosti uprave je namenjeno *varstvu* državljana, njegove osebne svobode in ga varuje pred arbitrarno silo ali kaznovanjem s strani državnih represivnih organov. Pri načelu zakonitosti je dovoljeno odločanje po prostem preudarku je na podlagi vnaprej določenih primerov, kar mora biti *ex post facto* jasno utemeljeno oz. obrazloženo. Zakonitost uprave do državljanov pomeni, da ni nihče iznad prava, ne glede na različne okoliščine kot so socialni položaj, rasa, spol, narodnost, politično prepričanje, kar lahko povzamemo kot ustavno pravico enakosti pred zakonom. Načelo zakonitosti delovanja uprave v naši državi ima te-

melj v Ustavi RS, kjer sta še posebej pomembni določbi 120. in 153. člena.¹⁶ Celotno delovanje uprave, tako državnih organov, organov lokalne skupnosti in nosilcev javnih pooblastil *mora temeljiti na zakonu oziroma zakonitem predpisu*.

Oblike zakonitosti – materialno zakonitost uprave enačimo z materialno skladnostjo. Materialna zakonitost se nanaša na izdajanje različnih aktov in materialna dejanja uprave. V primeru izdajanja upravnih aktov imajo izdajatelji dolžnost, da jih izdajajo v skladu z zakonskim pooblastilom, podlaga za izdajo akta mora biti v zakonu, odločba pa mora biti vsebinsko skladna z zakonom in podzakonskimi akti. Za materialno zakonitost uprave je v večini primerov značilno, da ne velja retroaktivnost. To pomeni, da sprejeti akt ne more veljati za nazaj, razen če je dopustna kot izjema. Nikakor pa sprejeti predpisi ne morejo veljati za nazaj, če se dotikajo temeljnih svoboščin in pravic človeka in državljana, posebej to velja na področju kazenske zakonodaje. Pri materialni zakonitosti uprave morajo biti zagotovljena določena pravna sredstva, kot so pravica pritožbe, zahteva za varstvo zakonitosti ter pravica vložitve tožbe v smislu presoje upravnega akta v upravnem sporu. Formalna zakonitost ali formalna skladnost pomeni, da mora biti vsaka norma sprejeta v obliki in postopku, ki je praviloma predpisan v višji pravni normi za izdajo izvršilnih norm.¹⁷ Organi, na državnem ali lokalnem nivoju, so dolžni odločati na podlagi zakonov, podzakonskih predpisov ter veljavnih aktov, kar onemogoča samovoljo organov.

16 120. člen (organizacija in delo uprave)

Organizacijo uprave, njene pristojnosti in način imenovanja njenih funkcionarjev ureja zakon.

Upravni organi opravljajo svoje delo samostojno v okviru in na podlagi ustave in zakonov.

Proti odločitvam in dejanjem upravnih organov in nosilcev javnih pooblastil je zagotovljeno sodno varstvo pravic in zakonitih interesov državljanov in organizacij.

153. člen (uskajenost pravnih aktov)

Zakoni, podzakonski predpisi in drugi splošni akti morajo biti v skladu z ustavo.

Zakoni morajo biti v skladu s splošno veljavnimi načeli mednarodnega prava in z veljavnimi mednarodnimi pogodbami, ki jih je ratificiral državni zbor, podzakonski predpisi in drugi splošni akti pa tudi z drugimi ratificiranimi mednarodnimi pogodbami.

Podzakonski predpisi in drugi splošni akti morajo biti v skladu z ustavo in z zakoni.

Posamični akti in dejanja državnih organov, organov lokalnih skupnosti in nosilcev javnih pooblastil morajo temeljiti na zakonu ali na zakonitem predpisu.

17 Formalna zakonitost pomeni, da morajo vsi postopki potekati v skladu z zakonom. Odločba, ki je izdana s strani državnega organa mora biti izdana v mejah zakonskega pooblastila, v skladu z namenom, za katerega je pooblastilo izdano, naveden mora biti predpis, na osnovi katerega se predmetna odločba izdaja, slediti mora obrazložitev in mora biti utemeljena. Tako je npr. v Zakonu o splošnem upravnem postopku – na osnovi katerega se v večini primerov odloča o posameznikovih pravicah, obveznostih ali pravnih koristih na področju upravnega prava – načelo zakonitosti določeno v 6. členu:

(1) Organ odloča v upravnih zadevah po zakonu, podzakonskih predpisih, predpisih samoupravne lokalne skupnosti in splošnih aktih, izdanih za izvrševanje javnih pooblastil.

(2) V upravnih zadevah, v katerih je organ po zakonu ali po predpisu samoupravnih lokalne skupnosti upravičen odločati po prostem preudarku, mora biti odločba izdana v mejah pooblastila in v skladu z namenom, za katerega mu je pooblastilo dano. Namen in obseg pooblastila določa zakon ali predpis lokalne skupnosti, ki vsebuje pooblastilo za odločanje po prostem preudarku.

(3) Tudi v upravnih zadevah, v katerih je organ upravičen odločati po prostem preudarku, mora postopati po tem zakonu.

Tudi Zakon o javnih uslužbencih med skupna načela sistema javnih uslužbencev navaja načelo zakonitosti, ki javnim uslužbencem zapoveduje, da izvršujejo javne naloge na podlagi in v mejah ustave, ratificiranih in objavljenih mednarodnih pogodb, zakonov in podzakonskih predpisov.

Vprašanja za ponavljanje:

1. Kaj pomeni načelo enakosti?
2. Kaj pomeni načelo sorazmernosti?
3. Kateri trije elementi sestavljajo načelo sorazmernosti?
4. Kaj pomeni načelo zakonitosti?
5. Katere oblike zakonitosti poznamo?
6. Katera so načela pravne države?

4 POMEN IN OPREDELITEV UPRAVE

Ena od temeljnih lastnosti javne uprave, ki ji daje oznako historičnosti in znanstvenosti z njenimi unikatnimi lastnostmi, je pojem uprave. Gre za osrednji element teorije o javni upravi. Po SSKJ ima uprava tri temeljne pomene: 1. dejavnost, ki se ukvarja z urejanjem, usmerjanjem življenja v kaki družbeni skupnosti, 2. organi v kaki delovni skupnosti, ki odločajo o življenju, opravljanju temeljnih nalog v tej skupnosti; 3. upravljanje: prevzeti upravo nad določenim ozemljem.

4.1 Formalna in materialna uprava

Za številne je uprava neko delovanje, funkcioniranje, kar lahko imenujemo **funkcionalno pojmovanje** uprave. Pri takem pojmovanju se pojma *uprava* in *upravno delovanje* pokrivata. Drugi razumejo upravo v **organizacijskem smislu** kot *skupnost vseh upravnih organov oz. upravni aparat*. Izraz uprava se v organizacijskem smislu včasih uporablja za točno določeno obliko upravnih organov (carinska uprava, davčna uprava ...). Drugi uporabljajo ta izraz tako v organizacijskem kot v funkcionalnem smislu, tako za upravne organe kot za njihovo delovanje. Takšna uporaba teh pojmov nas ne približa razumevanju bistva in vsebine pojma uprave. Da ne bi prihajalo do nesporazumov, je potrebno oba pomena razlikovati. Za dosledno razlikovanje uprave uporabljamo izraze: uprava v **organizacijskem smislu** pomeni **upravna organizacija**, uprava v **funkcionalnem smislu** pa **upravljanje, tj. odločanje**.

Uprava in upravljanje pojmovno označujeta isti družbeni pojav, pri čemer prvi zajema njegov *organizacijski*, drugi pa **funkcionalni** vidik. Z opredelitvijo pojma se strinja večina avtorjev, medtem ko sta se glede pojma "upravljanje" razvili dve smeri. Prva je prevladujoča smer v ZDA (pri nas jo zastopa npr. prof. Bučar¹⁸) in pravi, da je *upravljanje proces odločanja o skupnih ciljih in načinih za njihovo uresničitev*. Ta dejavnost poteka preko različnih faz, ki skupaj tvorijo upravni proces. Te faze so:

- ugotovitev potrebe
- zbiranje informacij (ugotavljanje dejanskega stanja)
- oblikovanje različnih alternativ (možnost razrešitve problema)
- izbor med alternativami (odločanje v ožjem smislu)
- nadzor nad izvajanjem odločitev

18 Odločanje o potrebah in načinu njihove zadovoljitve teh potreb imenujemo upravljanje (Bučar 1969, str. 11).

Upravljanje zajema sam proces odločanja in vso strokovno pomoč pri odločanju. Takšna opredelitev pojma upravljanja je najširša, saj na področju družbenih zadev zajema celoten proces družbenega odločanja. Z organizacijskega vidika opravlja to dejavnost celoten upravno-politični podsistem, v katerem je klasična uprava eden izmed njegovih delov. Druga smer, ki jo zastopajo nekateri predstavniki slovenske upravne znanosti (prof. Lado Vavpetič)¹⁹ pravi, da je *upravljanje nujno potrebna pomožna dejavnost, ki omogoča, da lahko nemoteno tečejo procesi v temeljni dejavnosti*. Ta definicija je ožja od prve, ker zajema samo instrumentalni del uprave (odločanje v okviru že sprejetih odločitev in strokovno pomoč pri odločanju na vseh ravneh). Njena posebnost je v poudarku na razlikovanju med t. i. temeljno in upravno dejavnostjo oziroma pomožnimi nalogami, ki omogočajo opravljanje temeljne dejavnosti. Upravna dejavnost mora biti prilagojena temeljni, vendar pa ima svoje značilnosti in tvori neko celoto. Čeprav je uprava pomožna dejavnost, je kljub temu nujno potrebna, ker neposredno omogoča uresničevanje glavnih nalog. Bistveno za to delovanje je tudi to, da je trajno, sistematično in strokovno. Rezultati upravljanja se kažejo v temeljni dejavnosti in ne v sami upravi. Upravljanje torej ne more biti samo sebi namen. Zmeraj je namenjeno določeni temeljni dejavnosti, to je ustvarjanju določenih dobrin, s katerimi se zadovoljujejo potrebe ljudi in družbe kot celote.

Bučar trdi, da je opredelitev uprave kot pomožne dejavnosti pravilna samo, če imamo v mislih strokovno tehnično upravo (Bučar 1969, str. 13), torej upravo, ki daje organom odločanja samo potrebne informacije o dejanskem stanju, strokovne nasvete, potrebne za odločitev in posreduje sprejete odločitve. Po njegovem mnenju so v neki kompleksni dejavnosti vse dejavnosti, ki jo sestavljajo, ena nasproti drugi pomožne. Zato tudi ni bistveno, kaj je pomožno, ampak kaj je nujno. Vse, kar je potrebno, da organizacija doseže svoj cilj, je tudi nujno (prav tam, str. 35). Za Bučarja je torej bistvo uprave v odločanju. 'Celokupnost fizičnih ali pravnih oseb, pooblaščenih za odločanje na posameznem področju, med katerimi velja organsko utrjen sistem medsebojnih razmerij, pooblastil in odgovornosti, nadrejenosti in podrejenosti, imenujemo uprava. Imenujemo jo formalna uprava. Z istim izrazom uprava pa pogosto označujemo tudi sam proces sprejemanja odločitev, odločanje kot posebno dejavnost. To je uprava v materialnem smislu.' "Kot strokovno tehnično upravo moremo šteti samo tiste pomočnike in sodelavce posameznega organa odločanja, ki z njim neposredno sodelujejo, katerih osnovna in edina dolžnost obstaja v tem, da za organe upravljanja ugotavljajo dejanski stan, ki zbirajo in obdelujejo različne informacije,

¹⁹ O upravljanju kot pomožni dejavnosti govori že Hegel v svojem delu *Grundlinien der philosophie des rechts* (Osnovne črte filozofije prava) iz leta 1820: »Od odločitve je različno izvrševanje in uporaba knežjih odločitev, nasploh podaljševanje in vzdrževanje v istem stanju tistega, kar je bilo že odločeno, obstoječih zakonov, ustanov, zavodov za skupne namene ipd. Ta naloga subsumcije zajema v sebi upravna oblast, pri kateri so prav tako zajeta in sodna in politična pooblastila, ki se neposredno nanašajo na tisto posebno meščanske družbe, s čimer dajejo veljavo splošnemu interesu v teh namenih« § 287. »Naloge upravljanja so objektivne, za sebe po svoji substanci že odločene narave« (§ 291).

mu dajejo strokovne nasvete in kakorkoli neposredno sodelujejo pri odločanju. Sem moramo prišteti tudi vse tiste njegove sodelavce, ki zanj neposredno opravljajo različna tehnična opravila v zvezi s prenosom informacij oz. odločitev in nudijo razno drugo pomoč, ki je neposredno v zvezi z njegovim delom' (prav tam, str. 15).

Upravljanje ima na vseh družbenih področjih enako nalogo in enako naravo. Upravljanje je univerzalen sodoben pojav, ki se pojavlja povsod tam, kjer imamo opravka z organiziranim človekovim delom. Upravljanje je umska dejavnost, medtem ko je temeljna dejavnost lahko umska ali fizična. *Kjer ni odločanja, ni upravljanja*. Upravljanje mora biti usklajeno z naravo temeljne dejavnosti. Upravljanje je interdisciplinarna dejavnost,²⁰ vanjo sodi tudi informacijska dejavnost (zbiranje, obdelava, analiza in izkazovanje podatkov in informacij). Tisti, ki odloča, navadno ne potrebuje posebne strokovne pomoči le za odločanje, ker bo lahko število primerov, o katerih bo moral odločiti, tako veliko, da ne bo mogel o vsem sam odločiti. Kakor velja na področju proizvodnje dobrin načelo delitve dela, ker ob današnjem načinu proizvodnje nihče ni sposoben vsega opravljati sam, tako velja tudi na področju odločanja – upravljanja načelo delitve dela: tisti, ki odloča, prenaša nekatere svoje pravice za odločanje na druge, njemu odgovorne osebe.²¹

Za delitev dela na področju odločanja je v nasprotju s horizontalno delitvijo dela v proizvodnji značilna *vertikalna delitev*: tisti, ki odloča, se ne more s prenosom pravice za odločanje na osebo, ki jo je pooblastil za odločanje (pooblaščenca), znebiti svoje lastne odgovornosti v procesu odločanja. Pooblaščenec sprejema odločitve vedno v imenu in pod odgovornostjo pooblastitelja. S prenosom pooblastil za odločanje lahko nastaja cel organizem, sestavljen iz nosilcev pooblastil za odločanje. Celokupnost fizičnih ali pravnih oseb, pooblaščenih za odločanje na posameznem področju, med katerimi velja organsko utrjen sistem medsebojnih razmerij, pooblastil in odgovornosti, nadrejenosti in podrejenosti, imenujemo uprava. To je pojem uprave v organizacijskem smislu. Imenujemo jo formalna uprava. Z istim izrazom uprava pa zelo pogosto označujemo tudi sam proces sprejemanja odločitev, odločanje kot posebno dejavnost. To je uprava v formalnem pomenu.

Uprava v materialnem in formalnem pomenu se nahaja na slehernem področju organiziranega delovanja, kjer imamo opraviti z delitvijo dela. Glede na področje upravljanja zato govorimo npr. o gospodarski ali negospodarski upravi, o javni ali privatni upravi itd. *Bližja označba uprave pomeni samo bližjo opredelitev področja*, na katero se uprava nanaša, ne zadeva pa v ničemer samega pojma uprave. Vsaka

20 Proučuje jo več znanstvenih vej: sociologija, psihologija itd.

21 Na področju upravnega prava še danes ni popolnoma razrešeno vprašanje nadaljnega delegiranja pristojnosti iz zakonodajne na izvršilno vejo oblasti. Izraža se v maksimi *Delegata Potestas Non Potest Delegati* (delegirana pristojnost ne more biti delegirana naprej); doktrina nedelegiranja se je kot ameriški vir pojavila v zvezi s vprašanjem prenosa pristojnosti zakonodajne veje na izvršilno po povezavi z načelom delitve oblasti iz Ustave ZDA (gl. npr. Duff in Whiteside, 1929).

znanstvena veda ima večje ali manjše težave pri določanju pojmov in mej, v katerih se giblje. Upravna znanost ob vseh naporih še vedno ni prešla vseh težav; razlog je verjetno v tem, da gre za živo znanost, odvisno od interdisciplinarnih, družbenih, političnih, gospodarskih, zgodovinskih in drugih dejavnikov, ki jih posamezno obdobje in okolica izpostavi kot dovolj pomembne, da preidejo mejo anonimnosti. Čeprav je imela javna uprava predvsem politično konotacijo, jo njena širitev prek državnih mej in ugotavljanje *univerzalnih lastnosti*²² izdvajata iz domene politike; depolitizacija javne uprave je zahteva, ki je prisotna vse od konca 19. stoletja. Tako moramo tudi pojem uprave iskati izven sfere klasične politike, dodatek "javne" pa iskati v polju javnosti, ki ga določata posamezen tip družbene ureditve in stopnja njenega razvoja. Javnost se ne nanaša le na odprtost, transparentnost, pač pa tudi na javno razpravljanje in upoštevanje argumentiranih mnenj posameznikov. Naslednja težava vsake opredelitve je prizma, prek katere avtor gleda na določeno polje obravnave, zaradi česar prihaja do različnih definicij; podobno velja za širši družbeni vidik, prek katerega se gleda na taisto stvar. O isti stvari tako lahko dobimo vrsto različnih (tudi nasprotujočih si) interesnih in vrednostnih pogledov. Iz te različnosti se potem poskuša prek analize izluščiti skupne elemente, ki se pojavljajo v več definicijah, in jih izpostaviti kot abstraktne elemente skupne definicije.

Uprava v organizacijskem smislu je upravna organizacija; v funkcionalnem pa upravljanje, tj. *odločanje*. Kdor upravlja, odloča – ali pa tudi če ne odloča – vedno (verjetno bolj slabo) upravlja. Sprejemanje dobrih splošnih in posamičnih odločitev je zato toliko bolj pomembno pri delu javne uprave. Upravljanje²³ (menedžment) pomeni organizirano ljudsko dejavnost, v kateri se nahaja subjekt, ki upravlja, objekt s katerim se upravlja in vsebina (proces) upravljanja: zaporedne aktivnosti planiranja, organiziranja, ukazovanja, koordinacije in kontrole (POUK). Je proces načrtovanja, odločanja, usmerjanja, razporejanja virov, vodenja, nadzora in vrednotenja izvajanih aktivnosti (ali: odločanje o ciljih in sredstvih za njihovo doseg). Predpostavlja oblastno, navadno enostransko vsiljene volje (stranke ne morejo svobodno oblikovati svojih pravic in obveznosti). O "javni upravi" govorimo, če upravljanje izvajajo:

1. organi države s pomočjo (vir – avtor) državne oblasti (avtoritativnost)
2. z zakoni in drugimi predpisi je urejena pristojnost, naloge in dejavnost uprave (zakonitost), kar je tudi
3. cilj uprave in dejavnosti omogočanja javnega interesa – želeno stanje (delno) definirano s predpisi države.

²² Javna uprava ima podobno kot upravno pravo nekatere skupne elemente v večini držav, ne glede na obliko vladavine. Upravljanje, centralizacija, decentralizacija, subsidiarnost, sorazmernost, odločanje, hierarhija, nadzor, informacije so npr. dejavniki, ki bi jih našli v vseh pravnih redih.

²³ Lat. *Ad-ministrare* (blizu do-prisostvovati, služiti, ministru [služabnik]); *manage*, tj. *cura* (živeti, skrbeti za, poskrbeti, da so stvari narejene).

4.2 Organizacijska in funkcionalna uprava

Pri **organizacijskem** pojmu določanja pojma uprave izhajamo iz specifičnosti organa (institucije), ki vrši upravno nalogo - dejavnost. Organska definicija uprave se usmerja po organizacijskem smislu ("Skupek državnih organov, ki vršijo upravno dejavnost"). Gleda se torej na specifičnosti upravne organizacije; pojem organizacije (delitev dela, cilji ...). Osnova javnega prava ni (več oz. le) moč ukazovanja, pač pa organizacija, ki mora izpolnjevati socialno, servisno funkcijo (javno službo, *service publique*). Zaradi tega je tudi vsak upravni akt nezakonit, če ne sledi temu končnemu cilju (Duguit); prim. *public servant*, v službi javnosti, u-službenec. Upravo v organizacijskem smislu lahko definiramo kot kompleksno²⁴ (Le Chatelier-jevo načelo kemičnega ravnovesja, tudi Newtonov 3. zakon akcije in reakcije) organizacijo, katere primarni cilj je izvajanje upravnih funkcij – dejavnosti, ki se ustvarjajo z izvajanjem nalog prek ljudi s specifičnimi pravicami, obvezami in statusom, z uporabo odgovarjajočih materialnih sredstev v okviru specifične organizacijske strukture in z določeno stopnjo samostojnosti v odnosu na druge organizacije v državi, s ciljem zadovoljevanja potreb ljudstva.

Pri **funkcionalnem** pojmu uprave se pojem določa glede na specifičnosti upravne dejavnosti (razlikovanje upravne in sodne funkcije!). Upravo lahko definiramo *negativno* (Otto Meyer, Ivo Krbek), izhajamo lahko *iz cilja*: ohranitev sedanjega pravnega razvoja in kulturni razvoj (George Jellinek), definiramo jo lahko kot *javno službo* (Leon Duguit), ki prvenstveno daje vlogo državi, vključuje pa tudi dejavnosti zunaj tradicionalnih državnih funkcij, lahko jo definiramo tudi s pomočjo *pozitivnega prava* kot tisto, kar sodi v poseben upravno-pravni režim (Benoit). Lahko jo razumemo kot splet, oz. razmerje upravnih dejavnosti med *pogumom, čustvi in razumom* (*thymos, eros, nous*; Platonovi deli človeške psihe), med prijaznostjo, lepoto in resnico (Einsteinovi ideali človeškega prizadevanja) ali kot učni *izid* Σ(znanje + veščine = kompetence). Funkcionalni koncept uprave lahko opredelimo kot kompleksno dejavnost, ki obsega izvrševanje zakonov in drugih predpisov, prek sprejemanja splošnih in posamičnih upravno-pravnih aktov, z materialnimi dejanji, s posedovanjem državne oblasti, kakor tudi z izvajanjem drugih neoblastnih *strokovnih* dejavnosti, vključno z organizacijo javnih služb, vse v smeri nudenja storitev za dobro celotne skupnosti. Če želimo biti enostavni, lahko rečemo, da je javna uprava "država v akciji" – gre za upravljanje javnih zadev oziroma implementacijo javnih politik, za tisto, kar država počne. Vendar takšna definicija ne prispeva veliko k vsestranskosti, obsežnosti, kompleksnosti, različnosti, univerzalnosti ter razvoju.

²⁴ Lat. *Senatores boni viri senatus autem bestia* (senatorji so sicer dobri ljudje, a senat je pošast); gre za različno vedenje posameznika per se in v skupini.

4.3 Druge opredelitve uprave

Javna uprava je tako široka, da vsaka definicija izpusti kakšen njen del. Shafritz, Russell in Borick (2011)²⁵ navajajo 18 definicij, ki jih razdelijo v štiri kategorije: politične, pravne, managerske in poklicne (javno upravo obravnavajo v najširšem smislu, tako da v njo štejejo tudi politiko). Prvo kategorijo sestavljajo politične definicije, saj javna uprava ne more obstajati izven političnega konteksta, ki ji daje pridih javnosti, tistega, kar jo ločuje od zasebne ali poslovne uprave.

Javna uprava je to, kar počne država – kar počne vsak izmed vseh javnih uslužbencev v najrazličnejših organizacijah javne uprave. Gre za totaliteto vseh delovnih aktivnosti javnih uslužbencev po celem svetu ne glede na to, ali gre za ne/zakonito, celostno ali pomanjkljivo, pošteno ali zavrženo aktivnost.

Javna uprava je neposredna in posredna. Neposredna je takrat, ko država sama izvaja storitve ali proizvaja dobrine, posredna pa takrat, ko za storitve in proizvode za svoje potrebe in potrebe državljanov plačuje zasebnim proizvajalcem. V neposredni del sodijo oblastne naloge in storitve v okviru režijskih javnih služb, v posredni del pa javne službe, ki jih izvaja zasebni sektor, ter privatizacija, liberalizacija in čista tržna dejavnost. Država tudi tu vedno ohrani določen del kontrole. Države so uporabljale zasebne pogodbenike že v davnih časih – rabelj, ki je upravljal z giljotino v Franciji, je kot neodvisni pogodbeni partner zaslužil plačilo za delo po glavi. Še vedno prevladujoč trend *privatizacije*,²⁶ ki se je začel v osemdesetih letih prejšnjega stoletja v ZDA in Veliki Britaniji, je tipični predstavnik posredne dejavnosti uprave. Ta trend se povečuje tudi z vse večjim poudarkom na tretjem sektorju, na civilni družbi, ki prejema velik del javnih sredstev za posamezne socialne storitve, raziskave in drugo s tem povezano delovanje. Privatizacija je državo usmerila proti novim nalogam, zaradi česar se število oziroma obseg javne uprave po svetu ni zmanjšal, pač pa zgolj preusmeril v nove naloge. Vse večja širitev javne uprave v smeri zasebnega in neprofitnega sektorja je dala upravljanju nov pomen; kar je bilo včasih sinonim za delovanje države (ang. *government*), se sedaj nanaša tudi na medorganizacijska, medinstitucionalna prizadevanja, ki skušajo reševati čezmejne probleme z uporabo mreže ljudi in organizacij. Ne upravlja več samo država, pač pa se bori za skupne cilje s pomočjo mreže nedržavnih institucij, gospodarstva in civilne družbe za doseganje ciljev, ki so pomembni na ravni, širši od posamezne države (ang. *governance*).

²⁵ V nadaljevanju navajam definicije teh avtorjev, pri čemer je tekst pod posameznimi definicijami zmes omenjenega dela in avtorjevih dodatkov.

²⁶ Privatizacija predstavlja transfer premoženja oziroma kapitala iz javne v zasebno last. V širšem smislu lahko označuje tudi zasebno upravljanje z državnim premoženjem. Grobo obliko privatizacije, kjer so bistvene prvine v lasti zasebnikov, je svet poznal že v času fevdalizma. »Novi fevdalizem« se rojeva povsod tam, kjer si ljudje želijo in seveda lahko privoščijo zasebne storitve, ki so bile (so še vedno pretežno) javne: zasebno varovanje, zasebno policijo, zasebno zdravstvo in druge storitve, ki jih opravlja pretežno javni sektor.

Javna uprava je del v ciklu oblikovanja in ustvarjanja politike. Ustvarjanje politike se nikoli ne konča. Država vedno trpi zaradi problema, podobnega problemu Shakespearovega Hamleta, neodločnega, razdvojenega in premalo odločnega človeka, kar se odraža v njegovih samogovorih. Najbolj znan je "biti ali ne biti". Če ima Hamlet občutek, da je rojen, da "uravnava svet", a se za to čuti prešibkega, se država vedno srečuje z vprašanjem "delovati ali ne delovati". Karkoli od tega stori, je stvar javne politike (tudi odločitev, da ne bo sprejela odločitve, je odločitev) s strani tistih, ki nadzirajo politično moč in implementirana s strani javne uprave. Politika in uprava sta tako vsak svoja stran istega kovanca – ena odloči, druga izvaja. Ne moreta biti ločeni, ena stran ne more obstajati brez druge. Izvršitev politično sprejete odločitve se ne konča zgolj z njeno implementacijo, saj se vedno najdejo načini za boljše izvršitev nalog. Ta povratna zanka²⁷ je lahko neformalna prek pritožb državljanov, raziskovalnega novinarstva, javnega mnenja, ali pa ima obliko državnega organa, ki spremlja in evalvira stanje ali ki poroča drugim, da na podlagi ocene stanja sprejmejo korektivne ukrepe. Izkaže se, da so vedno znova potrebne odločitve tudi v primerih, ko se je sklenilo, da se ne bo o ničemer odločilo.

Javna uprava je implementacija javnega interesa. Javni interes je univerzalna oznaka, v katero politični akterji zavijejo svoje politike in programe. Ali bi kdorkoli predlagal program, ki ne bi bil "v javnem interesu"? Zelo težko, saj javni interes pomeni splošno sprejeto dobro ali koristno dejavnost. Kot fraza se zato uporablja za uveljavljanje idej, ki so (ali pa tudi niso) v skupnem interesu, in za odvrčanje od tistih, ki to niso (pa dejansko so oziroma bi bile). Gre za oznako, ki šele potrebuje konkretno vsebino. Vrsta avtorjev si je "lomila zobe" na tem pojmu, zato naj bo dovolj na tem mestu, če rečemo, da gre za tisto odločitev, ki bi jo sprejel vsak posameznik, če bi imel pred očmi družbo kot celoto, če bi pri tem v celoti odmisli vse zasebne interese. Občutek za nianse in zdravo pamet, za nesebičnost, je pogost element pri večini ljudi, kar bi kazalo na dokaj enostavno določitev javnega interesa. Temu ni vedno tako. Če voditelji zagovarjajo odločitve, ki niso v skladu s tem, navadno pomeni, da vedo nekaj več od nas (npr. tajni podatki), da odločitev predstavlja politični kompromis za kakšno drugo odločitev, da vrednostno odstopajo od njihovega prepričanja, ali pa da so zgolj popustili pritiskom raznih interesnih skupin in lobijev, ki so jih prepričali na tak ali drugačen, bolj ali manj dovoljen način. Z vidika javnih uslužbencev²⁸ se

27 T. i. feedback, na katerega opozori teorija sistemov. Več o tem glej v nadaljevanju.

28 Delo temelji na izhodišču, da so javni uslužbenci tisti, ki predstavljajo javno upravo, tisti, ki ji dajejo dobro in slabo podobo. Njihov glavni opredelilni element so javna pooblastila, ki jih ločujejo od ostalih zaposlenih v zasebnem sektorju in ki jih izvajajo v okviru organov javne uprave. Upravnotehnična smer, ki se je razvijala v ZDA, je dala velik poudarek na javnih uslužbencih. Sami zametki upravnega prava so zadevali uslužbensko pravo, pa tudi danes je upravni organ (ang. administrative agency) neposredno povezan z zaposlenimi (ang. agents) v najširšem smislu, saj je organ, ustanovljen za izvajanje nalog ali namenov svojega ustanovitelja: '[,a]s the word »agency« suggest, the »authorities« that are the subject matter of administrative law are the agents-officers, boards, commissions and the like-established by some principal to carry out that person's or body's purposes' (Mashaw, Merrill in Shane, 2003, str. 12).

njihovo pojmovanje javnega interesa kaže pri pripravi zakonodajnih predlogov in pri odločanju na podlagi diskrecijske pravice, kjer se odločajo med več možnostmi, kjer naj bi izbrali tisto, ki je skladna z javnim interesom ali drugačnim, a podobnim nedoločenim pravnim pojmom (javna varnost, javno zdravje ipd.).

Javna uprava je kolektivno opravljanje tistih del, ki jih individualno ne moremo storiti. Takšno razumevanje države temelji na “legitimnem cilju države” Abrahama Lincolna.²⁹ Javna uprava po takem razumevanju predstavlja skupnostni duh. Kar se je začelo kot prostovoljna dejavnost (npr. požarna varnost, skrb za revne), sčasoma postane institucionalizirana oblika, za katero so ljudje prek volitev izkazali svojo naklonjenost s plačilom davkov. Tako so nekoč prostovoljne oblike postale državne naloge. Podobno predstavlja kolektivna akcija sredstvo proti “tragediji skupnega” (ang. *tragedy of the commons*³⁰), kjer posamezniki, delujoč zgolj v lastnem interesu, uničujejo omejene javne vire, kot sta zemlja in voda. V tem smislu je javna uprava glavni dejavnik regulacije individualnega vedenja v imenu skupnega dobra.

Prehod med političnimi in pravnimi definicijami javne uprave bi lahko določil definicijo **javne uprave kot sklopa (tudi potencialnih³¹) področij, na katere posega (ali bi lahko posegala) država prek zakonitih in legitimnih sredstev za skupno dobro družbe kot celote, ki se uresničuje na prostovoljni osnovi, lahko pa tudi z vidika javne oblasti.** Pred pojmovanjem prava, ki mu dandanes postavlja namen zakonodajalec, je namen postavljen v vladarja, ki zagotavlja le mir in spokojnost, “*pax et tranquillitas*”. Interes obstoja narekuje, da se sčasoma interes vladarja prevesi iz omejevanja podanikov v širitev v smeri interesa celotne skupnosti. Tu lahko zaznamo prehod iz formule obstoja, od “*ius eminens*” vladarja v opravičevanje po shemi namen/sredstvo, v policijsko “pravo”, kameralistiko. Od popolnoma osebne koristi se mišljenje premakne v osebno mišljenje vladarja o tem, kaj je dobro za skupnost. Policijska država izhaja iz tega, da “cilj opravičuje sredstva”, zato izgubi možnost pravne utemeljitve svojih dejanj. Z nastopom pravne države se mišljenje o namenu

29 Legitimni cilj vlade je, da za skupnost stori tisto, kar bi bilo treba za ljudi storiti, pa tega ne zmorejo ali ne zmorejo dovolj dobro kot posamezniki oziroma v okviru lastnih kapacitet. V vse stvari, ki jih lahko ljudje posamično zadovoljijo, se država ne bi smela vmešavati. Zelene stvari, ki jih posamezniki ne zmorejo storiti ali jih ne zmorejo dobro storiti, sodijo v dva razreda: tiste, ki se nanašajo na krivice, in tiste, ki to niso. Vsak od teh dveh razredov se osamosvoji v neskončno različnih enot. Prvi se nanaša na vsa kazniva dejanja, prekrške in neizpolnjevanje pogodbenih obveznosti. Drugi zajema tiste, ki po svoji naravi in brez krivic zahtevajo skupek ukrepov, kot so javne ceste in avtoceste, javne šole, dobrodelnice ustanove, domovi za obubožane, sirotišnice, pokopališča in sam državni aparat. Iz tega je razvidno, da bi bila še vedno prisotna potreba po vladi, tudi če bi bili vsi ljudje pravični (Lincoln, 1953, str. 221).

30 Tragedija skupnega je dilema, ki izhaja iz razmer, v katerih bi več posameznikov, ki delujejo neodvisno in racionalno zasledujoč le svoj lastni interes, na koncu uničilo skupen omejen vir, tudi če je jasno, da nima nihče od njih dolgoročnega interesa, da bi se kaj takega zgodilo. Dilemo je prvič omenil Garrett Hardin, v članku *The Tragedy of the Commons*, v reviji *Science* (1968, str. 1243–1248).

31 Ta del se navezuje predvsem na aktivno načelo zakonitosti, ki se usmerja na spremljanje stanja, analizo, preučevanje in podajanje novih predlogov glede na ugotovljeno dejansko stanje. Preden se namreč odloči država za določen ukrep, je potrebno imeti zanj dovolj informacij, ki ne sme kulminirati že v javnih protestih državljanov, pač pa državo zavezujejo, da budno spremlja okolico, v katero posega.

premakne v zakonodajalca, v njegovo pojmovanje dobrega v javnem interesu, o katerem na koncu (v primeru sodnega spora) presodi sodna veja. Javna uprava je pri izbiri sredstev za uresničitev ciljev vezana na njihovo vzročno učinkovanje, tovrstna presoja pa je vedno vzročno-vrednostna (tudi informacijska ne/vednost o učinkih izbranih sredstev) glede na postavljen namen. Kavzalno razumevanje vedno zahteva *formo reda*, ki mora vzpostaviti razmerje med sredstvom in namenom. Namen je osnova za utemeljitev izbranih sredstev na podlagi njihovih (dovoljenih) učinkov. Če so se norme v policijski državi navezovala na "naloge" državnih organov (ne glede na uporabljena sredstva), lahko govorimo le o normah kompetenc, pristojnosti, medtem ko se norme v pravni državi nanašajo še na razmerje do sredstev, s katerimi se zasleduje naloga (namen). Obrat proti vse večji specifikaciji pogojev ravnanja uprave ima (poleg vse širših nalog) za posledico množičen porast norm v javnem pravu, ki zahtevajo izpolnjevanje določenih pogojev za njihovo uresničitev. Pravna norma mora biti v čim večji korelaciji z dejanskim stanjem – to racionalno iskanje alternativ (sredstev) in njihovih učinkov, njihovo specificiranje, preciziranje, ločevanje (kdaj je ukrep nujen, primeren in potreben) sodijo v celostno razumevanje vzročno posledičnih odnosov, s čimer zgolj pravo ne more priti do konca. Na tem mestu skuša teorija javne uprave osvetliti še preostala področja.

Na prehodu definicij iz politike v pravo lahko določimo tudi **lojalnost**. Ena izmed večjih dolžnosti, ki jo vsak delodajalec (tako tudi država) zahteva od zaposlenih, je lojalnost, ki pa se ne navezuje na brezpogojno ubogljivost (kot se večkrat misli), pač pa spoštuje nadrejenost in podrejenost, navodila in ukaze nadrejenega le kot sredstvo, ki ima za cilj spoštovanje pravil.³² Prav tako SSKJ lojalnost opredeljuje prvenstveno kot "izpolnjevanje državljanske obveznosti, zakonov zaradi dolžnosti". Izpolnjevanje zaradi dolžnosti ima zato tudi moralno vsebino, kot tak pa je povezano s častjo, ki velja med pripadniki določene skupnosti, obe pa z vojaško disciplino. Lojalnost nima več enake vsebine, kot jo je poznala zgodovina. Država ne more od zaposlenega, še manj od državljana zahtevati brezpogojne lojalnosti ob hkratni zahtevi po spoštovanju načela zakonitosti. Zakonitost je prva pravna vrednota in stoji nad lojalnostjo (v starem smislu brezpogojne vdanosti nadrejenemu, ker je tudi on zavezan zakonitosti) oziroma predstavljata dve plati istega kovanca, pri čemer ima lojalnost

32 Lojalnost – izvor besede najdemo v stari francoščini, v besedi "*loial*" (fr. loi – zakon, postava, pravo), ki naj bi izhajala iz latinske besede *legalis*. Gre za trdno spoštljivost pravil, v večji meri glede na njihov cilj kot na njihov izvor (Bog, vladar, država, pravo). V zgodovini lahko najdemo več primerov "smrtni lojalnosti" do pravil, ki naj bi jih postavil Bog (svetniki, mučeniki, borci za sveto vojno, Antigona) ali (absolutni) vladar (vojaki, ki so vedeli za neizogibno smrt – npr. japonske *jacuze*, tudi samuraji), medtem ko je še vedno najbolj znan primer smrti zaradi spoštljivosti, ubogljivosti pravil zaradi pravil (kljub neutemeljenosti obtožbe in možnosti pobega iz zapora) *Sokratova smrt*. Ko naj bi se z obtožbo od njega zahtevalo, da se odreče svoji filozofiji, je to primerjal s svojimi vojaškimi izkušnjami – filozof, ki odstopi od svoje filozofije, je kot vojak, ki odstopi od borbe, ker mu preti smrt v bitki (dialog *Fajdon*). Brezpogojno spoštljivost do pravil, lojalnost do pravnega reda, tudi za ceno svojega življenja, lahko zasledimo tudi v odgovorih sodobnih posameznih razkrivalcev nepravilnosti (t. i. *whistleblower*).

bolj moralno, zakonitost pa nevtralnno vsebino. Lojalno je skladnost dolžnosti s pravili, zakonitost je skladnost ravnanja po pravilih,³³ povezuje pa ju samozakonodajna pravičnost, ki odmerja delež lojalnosti glede na vsebino pravil. Zgodovinski razvoj je privedel do ugotovitve, da ljudje najbolje delujemo v okviru pravil, ki jim damo potrditev na najvišji ravni sprva prek volitev, nato pa prek načinov legitimnega vplivanja na delovanje države. Ker ta poseduje monopol fizične sile in ostalih sredstev, je zavezana, da deluje skladno z vnaprej³⁴ postavljenimi pravili. Glede na pomen prava za urejanje družbe so se izoblikovale tudi pravne definicije javne uprave.

Javna uprava je zakon v akciji. Ker državni organi lahko delujejo le skladno z načelom zakonitosti, je jasno, da naj bi vse, kar počno z vidika javne oblasti, predstavljalo izvrševanje javnega prava. Vsako takšno izvrševanje pomeni dejanje organa, ki mora imeti ustrezno pravno podlago. Znano (francosko³⁵) opredelitev, da je posamezniku dovoljeno vse, kar mu ni izrecno prepovedano in da je državi prepovedano vse, kar ni izrecno dovoljeno, lahko vsebinsko najdemo tudi v naši ustavi. To pomeni, da ima in mora država za svoja in dejanja državljanov tako sprejemati kot izvrševati zakone. Zaradi nepopolnosti človeka so taki tudi zakoni, v katere še dodatno udarjajo valovi vsakokratnega dejanskega stanja, novih okoliščin, potreb in idej. Zakon v akciji pomeni tisto, kar javna uprava dejansko počne ali ne počne, kakšni so rezultati, dobre in slabe posledice, ne le glede na zapisan tekst zakona. Zakon v akciji je pravna teorija, povezana s pravnim realizmom, ki obravnava vlogo prava, ne le v smislu njegovega obstoja v predpisih in upravno-sodnih primerih, pač pa v smislu njegove dejanske uporabe v družbi. Zakon v akciji se usmerja na uporabo prava v realnem času in prostoru ter se povratno z ugotovitvami o ravnanju institucij in njihovem delu usmerja nazaj k izvoru v smislu njegove korekcije. Kenneth B. Davis, dekan Univerze Wisconsin Law School pravi, da 'zakon v akciji pomeni, da se moramo pri preučevanju in raziskavah, ne glede na to, kako zanimiva bi bila pravna teorija, vedno vprašati, kaj to pomeni ljudem v resničnem svetu.'³⁶ Javna uprava se v tem delu najbolj razlikuje od upravnega prava; če se prva usmerja v dejanskost izvrševanja in posledic ne glede na zapisano, se slednje usmerja v vprašanja pravilnosti odgovorov na vprašanja ali, kako, kdaj in kje se lahko izvršujejo posamezna dejanja glede na določbe predpi-

33 Zato smo lahko »nelojalni« nadrejenemu, če ne deluje skladno s pravili, ker je dolžnost usmerjena na pravila. Zaradi takšne usmerjenosti sama lojalnost zahteva, da se nepokorščina evidentira in oceni v skladu z za to predpisanim postopkom in pravili, nikakor pa ne pomeni le odrekanja poslušnosti brez utemeljene argumentacije. V konfliktu med lojalnostjo in zakonitostjo mora prva (v smislu podrejenosti nadrejenemu) nujno kloniti, kar se kaže v naznanjanju kaznivih dejanj s strani vseh, kasneje pa tudi v uzakonjenih pravilih razkrivanja nepravilnosti s strani zaposlenih. Ustrezne pravne norme za take primere lahko najdemo v Zakonu o delovnih razmerjih, Zakonu o javnih uslužbencih, Kazenskem zakoniku in Zakonu o integriteti v javnem sektorju.

34 Človek v fizičnem smislu ne more posegati za nazaj, lahko pa vnaprej. Vnaprejšnja določenost pravil je ena temeljnih lastnosti, po kateri lahko pravo sploh dobi oznako pravnosti.

35 Glej 5. in 7. člen Deklaracije o pravicah človeka in državljana iz leta 1789.

36 <<http://www.law.wisc.edu/law-in-action/davislawinactionessay.html>> (4.1.2011). V tem delu gre za podoben koncept, kot je »univerzalnost norme«, o kateri je govora v uvodu.

sov. V pravo se javna uprava v akciji (v smislu načina dela in postopanja) spreminja tudi z *dolgotrajnostjo enakega izvrševanja* enakih ali podobnih nalog, kar poznamo pod pravnim načelom upravičenih pričakovanj (da državni organi v našem primeru ne bomo samovoljno spremenili dosedanje, utečene prakse).³⁷ Tako postavljena definicija javne uprave je močno podobna (in bi jo lahko enačili) definiciji ne javne uprave, pač pa upravnega prava kot 'veje javnega prava, ki se ukvarja z aktualnim delovanjem države, z upravnim procesom, ki se začne po sprejemu nujne primarne zakonodaje in se nanaša na vsakodnevno upravljanje države na centralni in lokalni ravni, ki v prakso postavlja ustavno določene politike' (De Smith in Brazier, 1994, str. 577). Zadnja opredelitev se ujema z upravnim pravom glede upravnega procesa, v ostalem pa bolj pritiče definiciji javne uprave v akciji. **Javna uprava je regulacija.**³⁸ Javna uprava je tista, ki državljanom v največjem številu primerov pove, kaj lahko počno in kaj ne. Regulacija predstavlja eno najstarejših dejavnosti države,³⁹ ki se danes vse bolj preveša v smer izvršilne veje oblasti (sprejme največje število predpisov). Za takšna dejanja pa je odločilno razmerje med zakonodajno in izvršno oblastjo, ki dandanes temelji na spoštovanju načela zakonitosti. To načelo določa razmerje med parlamentom in vlado kot političnim vrhom uprave. Zakon mora biti vsebinska podlaga za izdajanje podzakonskih predpisov in posamičnih aktov izvršilne oblasti, tako vlade kot upravnih organov (ne da bi bilo za to potrebno izrecno pooblastilo v zakonu), ta dejavnost pa mora biti v vsebinskem pogledu prav tako v celoti v zakonskem okviru. V ustavnem in zakonskem okviru predstavlja regulacija s strani javne uprave sprejemanje odvisnih splošnih upravnih aktov, izdajanje konkretnih upravnih aktov, posredno pa tudi razlago pravnih aktov in zapolnjevanje praznin. Razlaga zakona oziroma dopustnost delegacije zakonodajnih pristojnosti od zakonodajalca na izvršilno vejo oblasti je vprašanje, ki se je zastavljalo vse od XVIII. stoletja dalje. Nanaša se na dopustnost prenosa pooblastil zakonodajne veje na izvršno v zvezi z izvrševanjem zakonodajnih ciljev in na meje takega prenosa. Izvršilna veja naj bi zasledovala načelo učinkovitosti (izvajanje zakonodajnih ciljev), medtem ko naj bi zakonodajna določala (politične) cilje. Danes lahko javna uprava regulira vse, za kar ji je podeljena pristojnost, in tega ni malo; naša življenja so konstantno regulirana. Ko se rodimo, dobimo rojstni list, v šolo moramo hoditi do določene starosti, po zaključku šole lahko opravljamo poklic, za katerega smo izobraženi ali usposobljeni, v pokoj gremo takrat, ko nam zakon to omogoča, uradno smo proglašeni za mrtve z mrliškim listom – vse to in mnogo več predstavlja regulacijo.

37 Neformalnost sčasoma vedno pripelje do (nove oziroma prekinitve s staro) formalnosti!

38 Regulacija je dejanje ali proces nadziranja prek pravil ali restrikcij, pravilo ali ukaz, ki ima pravno moč, navadno izdan s strani upravnih organov (Garner, 2004, str. 1311).

39 Hamurabijev zakonik (tudi Hamurabijev kodeks) iz Mezopotamije (Babilonije) iz 18. stol. pr. n. št. je z 282 členi ena prvih zbirk zakonov. V klinopisu ga je dal zapisati kralj Hamurabi (1792–1750 pr. n. št.) in je najpomembnejši pravni spomenik v taki obliki.

Javna uprava je velikodušnost. Velikodušnost se kaže v omogočanju ali podarjanju določenih dobrin ali storitev. Velikodušnost, milost uprave je bila ena njenih prvih poimenovanj (skladno z milostjo vladarja, akt milosti⁴⁰), ki se je razumelo kot darilo podanikom in kasnejšim državljanom. Zadnje sledi te milosti lahko opazimo v poimenovanju določenih ustanov po voditeljih ali kraljih, čeprav so bile zgrajene z davkoplačevalskim denarjem, a se vseeno šteje, kot da naj bi jih vladar podaril svojim podanikom (Univerza v Ljubljani se je nekoč imenovala Univerza kralja Aleksandra v Ljubljani, angleški Kraljevi inštitut za mednarodne zadeve, Bolnica kralja Petra I itd.), današnji pomen te milosti pa lahko najdemo v poimenovanju države kot socialne države.

Javna uprava je kraja. Definicija izhaja iz ideje minimalistične države, kjer naj država skrbi samo za red v državi, v druge zadeve naj ne posega. Glavna sila takšne *svobodomiselnosti*⁴¹ (libertinizma) je bila Any Rand, ki je napadla idejo socialne države, države blaginje zaradi sebičnosti in žrtvovanja za skupno dobro. V delu *Capitalism: The Unknown Ideal* (1966) je zapisala, da “je edina prava naloga vlade v svobodni državi, da deluje kot organ, ki varuje posameznikove pravice, da varuje posameznika pred fizičnim nasiljem”. Takšno konzervativno gledanje izhaja iz skrbi pred tem, da bi država z vidika socialnosti prenašala sredstva v okviru davčne politike iz enega segmenta populacije na drugo (država kot sodobni Robin Hood, ki odvzema bogatim in daje revnim) ali v okviru zakonodaje, ki daje prednost enim pred drugim. Redistribucija je ena od tri-delne klasifikacije javnih politik, kamor sodita še distribucija in regulacija. Zaradi prerazporejanja sredstev je redistribucija vedno bolj zaželena pri eni družbeni skupini kot pri drugi. George Bernard Shaw pravi, da “država, ki oropa Petra, da bi dala Pavlu, lahko vedno računa na podporo Pavla”. Eden najbolj znanih konzervativističnih rekov se nanaša na rek, ki ga je izrekel *Pierre-Joseph Proudhon*:⁴² “lastnina je tatvina”. S to izjavo Proudhon ni mislil vse lastnine, ampak le njeno zlorabo. Preprečiti je hotel obrestovanje kapitala in njegovo grabljenje, medtem ko je v lastnini sicer videl najboljšo zaščito pred posegi oblasti. Naslednja Proudhonova izjava se lahko uvršča pod definicijo javne uprave kot kraje, kakor tudi kot implementacijo javnega interesa:

40 Pomilostitev s strani predsednika države se še vedno šteje za akt milosti (akt oblasti).

41 Svobodomiselnost je zavedno ali nezavedno filozofsko stališče, da osebno mnenje ne sme biti podvrženo avtoritetam, tradicionalnim stališčem ali dogmam (roža mačeha naj bi bila simbol svobodomiselnosti, op. p.).

42 Pierre-Joseph Proudhon (1809–1865) velja za očeta modernega anarhizma in za očeta mutualizma (sožitje dveh ali več vrst, kjer imajo korist vsi udeleženci; zveza jim omogoča preživetje v okolju z neugodnimi življenjskimi pogoji ali učinkovitejšo izrabo sredstev). Proudhon je bil prvi, ki je v štiridesetih letih 19. stoletja za oznako protidržavnega političnega gibanja in brezoblastne družbene ureditve pričel uporabljati pojem anarhije. Čeprav je bil socialist, je bil obenem skrajni individualist, ki mu komunistične ideje niso bile všeč. Zato je v svojem mutualizmu združeval načeli enakopravnosti in vzajemnosti. Razredno ureditev in državno oblast z javno upravo bi bilo potrebno ukiniti, ustvariti bi bilo potrebno civilno milico. Proudhon se je kmalu odrekel anarhizmu in ponovno pristal na zmerni etatizem (Alatri, 1980; Rizman, 1986).

To, da ti vladajo, pomeni, da te nadzirajo, opazujejo, vohunijo, usmerjajo, uzakonjajo, uravnavajo, omejujejo, etiketirajo, indoktrinirajo, pridigajo, nadzorujejo, ocenjujejo, presojujejo, cenzurirajo in ukazujejo ljudje, ki nimajo za to ne pravice, ne znanja in ne vrline. Da ti vladajo, pomeni, da si pri vsakem delu, pri vsakem opravku, pri vsakem gibanju zabeležen, registriran, popisan, obdavčen, označen, odmerjen, vrednoten, obremenjen, patentiran, odpuščen, pooblaščen, potrjen, ukorjen, preprečevan, reformiran, oštet, kaznovan. Pomeni tudi, da si pod pretvezo javne koristi in splošnega interesa dolžan plačevati prispevke, da si dresiran, da se moraš se odkupiti, da si ogoljufan, izkoriščan, monopoliziran, izsiljevan, izžeman, varan, okraden, nadalje, pri najmanjšem znaku odpora ali ugovoru te zatrejo, kaznujejo, zaničujejo, nadlegujejo, preganjajo, zmerjajo, potolčejo, razorožijo, zadušijo, zaprejo, ustrelijo, sodijo, obsodijo, preženejo, žrtvujejo, prodajo, izdajo, in da bi bila mera polna, te se smešijo, slepijo, sramotijo in onečastijo. Temu se pravi vladanje; to sta njegova pravica in morala.

Za upravljske definicije javne uprave je izhodišče v njihovem delovanju, saj pravna podlaga omogoča zgolj njen obstoj. **Javna uprava je izvršilna funkcija države.** V demokratičnih državah so organi javne uprave ne glede na to, ali gre za republike ali ustavne monarhije, tisti, ki predpise implementirajo v praksi. Ideja, da bi imela vlada dolžnost izvajanja notranje politike, ni bila prisotna vse do konca 19. stoletja. Domača zakonodaja je dobila svoj stimulus navadno iz pobud članov parlamenta. 'Pogosto je bilo naključno odkritje "zla", šokantnega za narod, tisto, ki je proizvajalo spodbudo za reforme. Zakonodaja na začetku 20. stoletja tako ni temeljila, ni bila usmerjana ali načrtovana po pravilih, ki bi jih razvila država. Centralizacijo zakonodajne pobude (v vladi, op. p.) so povzročili trije glavni razlogi, in sicer razvoj stalnih komisij, naraščajoče razprave o zakonodaji v komisijah Kabineta in rast delegirane zakonodaje' (Craig, 2003, str. 73, 75). Nastanek moderne države v Veliki Britaniji lahko tako povežemo s povečano skrbjo za nadzor nad možnimi družbenimi negativnimi vplivi, njihovim odpravljanjem in s tem povezano centralizacijo zakonodajnih pobud v rokah vlade. V ZDA lahko opazimo podoben trend. Večina držav je od svetovne gospodarske krize v tridesetih letih prejšnjega stoletja zagotovila izvršilni veji širša pooblastila v boju proti gospodarski krizi. Delitev oblasti na izvršilno, sodno in zakonodajno je obravnavana na drugem mestu.

Javna uprava je specialnost v upravljanju. Upravljanje se navezuje tako na ljudi, ki so odgovorni za delovanje organizacije kot na sam delujoč proces – na uporabo številnih sredstev za izvršitev institucionalnih ciljev. Najvišji vodje so odgovorni za najpomembnejše odločitve in za splošen uspeh organizacije. V državi so ti najpomembnejši vodje (top managerji) politiki, ki svoj mandat dobijo z izvolitvijo ali imenovanjem. Politiki so redko profesionalni vodje in le redko nase gledajo kot na strokovnjake s področja managementa. Gre za strankarske veljake, njihove prijatelje, člane stranke ali njihove privrženice. Zaradi tega dejanske strokovnjake najdemo v ši-

rokem polju srednjega managementa, v skupini ljudi, ki je odgovorna za izvrševanje in razlago politik vodstva in za dnevno delovanje različnih organizacijskih enot. Ti ljudje so tisti, ki spravljajo politiko v dnevno življenje in se kot uradniki (vodstvena uradniška mesta) borijo za implementacijo idej, ki so bile zamišljene s strani politike.

V ZDA na **javno upravo** gledajo tudi kot na **Miki Miško** (*Mickey Mouse*) iz znane Disneyeve risanke, ki si je prizadevala z velikimi napori za določen cilj, ki ji je prinesel zelo malo rezultatov. Tako je Miki Miška sčasoma "posodila" ime tudi javni upravi v smislu njenega prizadevanja za določene rezultate z velikimi sredstvi in napori, ki so privedli do majhnih rezultatov ali celo nobenih.⁴³ Termin se uporablja tudi za politike ali regulacije, ki zahtevajo znatne napore za majhne rezultate, ki so nepotrebne, neumne ali celo žaljive. Bivši predsednik ZDA Ronald Reagan je uporabil ta termin, ko se je leta 1982 pritoževal, da je "državni program ZDA za sprejem proračuna tak kot najbolj neodgovorna Miki Miška". Ta oznaka se uporablja tudi za administrativne ovire, nepotrebno birokratizacijo, pretiran formalizem in pozornost do rutine, t. i. *red tape*.⁴⁴ Gre za splošno oznako, ki ima slabšalen pomen, čeprav se lahko zgodi, da je tisto, kar nekemu predstavlja nepotrebno oviro, za drugega pomembna procesna varovalka. Kopičenje predpisov se navadno pripisuje želji po čim večji enakosti, enaki obravnavi, sledenju načelu zakonitosti oziroma varovanju določenih pravic, na drugi strani pa lahko predstavlja samo varovalko zaposlenim v javni upravi, ki nočejo odstopiti od pravila zaradi strahu pred kaznovanjem. Vprašanje (ne)potrebnosti pravil se na koncu izvede na vprašanje *prave mere* na konkretnem področju.

Javna uprava je umetnost, ne znanost – in obratno. Nekateri ljudje imajo dar za upravljanje, vodenje. Weber jih je imenoval karizmatični voditelji. Imajo "žilico" za združevanje ljudi na način, ki prinaša rezultate. Upravljanje je tako umetnost presoje, domišljije in zdravega razuma. Vendar je umetnik navadno neuporaben brez orodij, brez tehničnih veščin (znanost), ki omogočajo obdelavo in prenos informacij. Trditev, da je javna uprava eno ali drugo, je brezpredmetna – je namreč oboje (jasno pa je, da več kot ima umetnik vedenja o znanosti, boljši bo). Učenje iz knjig iz ljudi ne dela umetnikov, če nimajo daru za neko dejavnost. Visoke izobrazbe prav tako ne moremo enačiti s profesionalnostjo. Na začetku ameriške državljanske vojne je

43 S takim izhodiščem bi jo lahko brez težav poimenovali tudi kot »A je to!« po znani češki risanki, kjer nastopata Pat in Mat. Risanko sta ustvarila Lubomír Beneš in Vladimír Jiránek in jo sprva poimenovala kot »Misleca«, nato pa kot »To je to« (A je to).

44 Rdeči trak (*red tape*) je izraz za prekomerno regulacijo ali trdno vztrajanje na formalnih pravilih, ki se štejejo za odvečne ali birokratske in otežujejo ali onemogočajo dejanja ali odločitve. Ponavadi se nanaša na vlade, podjetja in druge velike organizacije. Rdeči trak običajno vključuje izpolnjevanje na videz nepotrebne papirologije, pridobivanje nepotrebnih dovoljenj, ki jih mora odobriti več oseb ali odborov in raznih pravil na najnižjih ravneh, kar povzroča, da je izvajanje nalog počasnejše, težje ali oboje hkrati. V Sloveniji sedaj poznamo tak pojem v besedni zvezi "administrativna ovira", prizadevanje za njihovo zmanjšanje pa kot "odprava administrativnih ovir". Bolj uveljavljen pojem je birokratizacija. Rdeči trak je dobil oznako po traku, ki je bil ovit okoli spisa (ovoja, v katerem je listinska dokumentacija) v določeni zadevi, ki so ga uporabljali uradniki v 19. stoletju, še danes pa ga lahko vidimo npr. pri notarskih listinah.

bil Henry Wager Halleck verjetno eden izmed najbolj znanih severnjakov, ki so se spoznali na umetnost in znanost vojskovanja. Njegovo delo *Elements of Military Art and Science* (1846) se je uporabljalo tudi na vojaški akademiji West Point, kjer je tudi poučeval. Imel je vzdevek "stari možgani" (Old Brains); od njega se je veliko pričakovalo, ko se mu je poverilo vodenje vojske na terenu. Kljub temu, da je poznal celo znanost s tega področja, ni bil več vodenja v realni bitki. Čeprav je končal kot glavni vodja osebja ameriške vojske, ni uvrščen na nobeno listo pomembnih generalov. Nasprotno je imel Ulyses S. Grant, zmagovalni general državljanske vojne, taktiko za "nič več kot zgolj zdrav razum". V svojih Spominih (*Memoirs* 1885) je zapisal, da verjame, da "njegovi vojaki niso nikoli odkrili, da ni študiral taktike, ki jo je uporabljal". Ali ste bolj podobni tipu Hallecka – vsa znanost in nič umetnosti, dobri pri kadrovanju, vendar nezmožni poveljevanja – ali tipu Granta – vsa umetnost in nič znanosti, tipski linijski oficir? Zgolj zaradi visoke izobrazbe ali doktorata iz javne uprave še ne pomeni, da boste lahko delovali kot visok uradnik, da boste profesionallec. *Za vodenje je treba voditi, ne uradovati*. S postopnim prevzemanjem bolj odgovornih del se boste izkazali za umetnika, ki bo zmožen delovati tudi v običajnem upravnem kaosu. Poklicne definicije javne uprave so za razliko od usmerjanja v javne debate, zakone in upravljalvske prakse usmerjene predvsem v delo posameznika.

Javna uprava je poklicna kategorija. Javna uprava v tem pomenu je tisto, kar javni uslužbenci povsod po svetu počno (podobna je javni upravi v akciji). Razteza se od operacije možganov do pometanja javne ceste. Večina teh ljudi zase nikoli ne pomisli, da so javni uslužbenci, pač pa se identificirajo s svojo stroko in poklicem. Kljub temu, da niso upravljavci v smislu managerjev, vodijo, ne glede na to, ali se tega zavedajo ali ne (v smislu zagotavljanja storitev), javnost. Čeprav gre za majhen del, se njihova številčnost kaže v vsakdanji praksi.

Javna uprava je tekmovanje v pisanju esejev. Ljudje v uradniških karierah napredujejo ali nazadujejo glede na to, kar napišejo. Ustna predstavitev je pomembna, vendar *večina ljudi bolje govori kot piše*, zato je odločilnejšega pomena, kdo bo idejo bolje zapisal. Vse organizacije dajejo zelo pomemben poudarek ljudem, ki dobro in hitro pišejo v stresnih časih. K tem ljudem se bodo organizacije obrnile tudi v času, ko se bo pokazala pomembna priložnost.

Javna uprava je idealizem v akciji. Veliko ljudi vstopi v službo javne uprave, ker so idealisti, ker želijo uresničevati plemenite cilje. Izhajajo iz "razreda bojevnikov", katerih zaveza je varovati šibke in obubožane, ki sprejemajo idejo, da *plemenitost zavezuje*. Sčasoma, tekom zgodovine so se vojaške zadeve (npr. ideja o mušketirjih kot vojakih, opremljenih z mušketo, se prenese v nerazdružljive prijatelje, ki pomagajo vsem, ki so pomoči potrebni) prenesle na celotno področje javne uprave. Visoki uradniški položaji, ki so bili včasih privilegij imenitnih, dobro stoječih rodbin z do-

brimi povezavami, so sedaj (ne kot samoumevnost, pač pa kot trud in prizadevanje) dostopni tudi tistim, ki so bili rojeni s talentom, vendar brez denarja in povezav. Idealizem privlači ljudi v javno upravo zato, ker jim zagotavlja stvari, ki jim omogočajo dobro ali drugačno življenje. Nikjer drugje ljudje ne pridejo do takšne oblasti kot v državnih službah, nikjer drugje ne morejo uporabljati določenih sredstev kot v javni upravi (npr. vesoljske rakete, vojaška letala, policijska vozila, druge drage naprave, laboratoriji). Celo otroci zelo premožnih družin se odločajo za vstop v službo javne uprave, ker jim omogoča na eni strani opravljanje dobrih del, na drugi pa uporabo javne oblasti, moči. Ko je bil multi-milijonarski predsedniški kandidat John F. Kennedy vprašan, zakaj želi biti predsednik, je odgovoril, da "zato, ker je tam moč". Na ta način so ti idealisti v javni upravi, ki želijo ljudem delati le dobro, s strani drugih ocenjeni le kot tatovi, družbeni paraziti (običajno s strani tistih, ki ne potrebujejo pomoči javne uprave). Veliko ljudi verjame, da je treba rešiti določene socialne probleme, zaradi česar vstopijo v službo uprave in iz nje izstopijo, ko je problem rešen.

Javna uprava je akademsko področje. Gre za študij umetnosti in znanosti upravljanja, uporabljenega v javnem sektorju. Navezuje se na upravljanje in vse politične, družbene, kulturne in pravne značilnosti, ki vplivajo na delovanje javnih institucij. Kot področje študija je interdisciplinarno, ker vsebuje politologijo, sociologijo, psihologijo, pravo, antropologijo, medicino, poslovno upravo itd. Kot samostojno akademsko področje je bila javna uprava vedno kontroverzna; vedno se je razumela kot *pastorek politologije*, ki se še vedno bori za svoj obstoj. Nekateri jo razumejo le kot skupek posameznih področij – da od nje nič ne ostane, če jih odstranimo. Leta 1975 Dwight Waldo zapiše, da "javna uprava trpi zaradi krize identitete, ker je zelo razširila svoje področje, ne da bi pri tem ohranila ali ustvarila združevalni center". V sedanjem času si je javna uprava sicer izborila svoj legitimni "prostor pod soncem", ustvarila je samostojne pojme in institute, ki predstavljajo zmes posameznih področij in jih kot takih ne najdemo drugje, sploh zaradi elementa javne oblasti (npr. uprava, centralizacija, decentralizacija, javna pooblastila, uradni položaj, zakonita uporaba sile in sredstev, upravljanje javnih sredstev, vse z vidika javnega interesa). Javna uprava nastane šele z združevanjem posameznih elementov, ki sami po sebi ne morejo tvoriti enakih lastnosti, pač pa privede do njih šele njihova združitev.⁴⁵ Čeprav združuje v sebi mnoga, včasih tudi nasprotujoča si vprašanja in odgovore, gre za samostojno, intelektualno zanimivo polje. Vsako akademsko področje, ki v sebi nima nasprotij, je v stanju nazadovanja. Javna uprava je tako še kako živa disciplina.

Javna uprava je stroka. Je aplikacija njenih unikatnih umetnosti in znanosti na probleme družbe. Vendar ali je stroka tako kot pravo, medicina ali arhitektura? Ali vse-

⁴⁵ Prirast, pomešanje, zmešanje so tudi načini pridobitve lastninske pravice na premičninah. Jasno je, da tudi zmešanje stvari, idej na drugih področjih lahko privede do nove kvalitete.

buje vse tri glavne elemente, ki so skupni tradicionalnim strokam?⁴⁶ Javna uprava izpolnjuje vse tri pogoje, čeprav v nekaterih državah ne poznajo obveznega izpita za zaposlitev v javni upravi, vsekakor pa je tak zahtevan na vseh mestih, kjer prihaja do oblastnega odločanja.

Uprava ni samo med politiko in stroko. Je povsod, nenehno zadeva naša življenja, je med splošnim grškim polisom in konkretnim delovanjem francoske "la police". Je vseprisotna, zadeva vsa področja. Vincent de Gournay je že okoli 1750 leta pisal o bureaumaniji, ki se vse do danes še ni podela. Tako kot Boga, jo je težko definirati, zato se pisci od Otta Mayerja (pa še ta je ugotovil, da ni vse uprava kar ni zakonodaja niti sodstvo - t. i. ustavnopravne pomožne dejavnosti) naprej obrnili na negativno definicijo uprave ali pa se opisuje glede na uslužbenca, ki sprejemajo akte.⁴⁷ Krbek je že leta 1950 predlagal, da bi namesto starega razlikovanja med zakonodajo, sodstvom in upravo, razlikovali med sprejemanjem pravnega predpisa, njegovim konkretnim izvrševanjem in kontrolo predpisa (1950, str. 75). Za upravo je značilno, da za razliko od zakonodaje, sodstva in tožilstva vsebuje vse tri dejavnosti, zato jo je bolje opisati v *odnosu* do drugih organov in ljudi, ki jo obkrožajo. Javna uprava kljub velikanskemu napredku znanosti in zmožnosti vplivanja na ljudi počasi prehaja iz okvira učenja uprave iz 19. do prehoda v 20. stoletje, ki je poudarjal tehnično racionalni vidik uprave s hierarhično strukturo. Politika zastopa interes demokracije, uprava demokratizacije (zmanjšanje birokratskih ovir). Hannah Arendt je pojmovala politiko kot "sposobnost za začenjanje": sposobnost ljudi, da s skupnim delovanjem zastavijo nov začetek. Ta "*lastnost novega*" se vse bolj osredotoča v upravi kot največji predlagateljici predpisov; proti skopneli inkarnaciji metodične urejenosti in mehanske trajnosti nastopa nova inkarnacija mrežne, procesne strukture, ki jih najdemo v celicah organizma.

Znanost o javni upravi le počasi vključuje spoznanja drugih znanosti v svoja dognanja, kar velja tudi za socialno psihologijo in družboslovne raziskave. Razmišljanje, da nečesa ni potrebno popravljati ker ni pokvarjeno, v današnjih razmerah, ko so človeške potrebe vse bolj sofisticirane in obsežnejše, ne zdrži. Ni dovolj, da imamo na voljo samo sredstva; treba jih je tudi (ravno) prav uporabiti. Z znanstvenim razvojem se možnosti povečujejo; pri omejenih sredstvih pa odločitve postajajo čedalje težje, s tem pa dobiva način sprejema odločitve čedalje večji pomen. Povečan vpliv na ljudi pomeni predvsem etične in politične odločitve, ki morajo temeljiti na pravih vzrokih in dobro predvidenih posledicah brez "ad populum" argumentov, kar pred-

46 1. Skupek akademskega in praktičnega znanja, ki se uporablja kot servis družbe; 2. Standard uspeha, ki se teoretično meri z zagotavljanjem potreb družbe bolj kot zasledovanje javne koristi; 3. Sistem kontrole nad prakso, ki regulira izobraževanje novih članov s kodeksom etike in primernimi sankcijami.

47 Pomena javnih uslužbencev se je zavedal eden največjih mislecev francoskega upravnega prava, Marcel Waline, ki je definiral 'upravno funkcijo kot tisto, kar izvršujejo javni uslužbenci (agents publics), ki niso ne parlament niti sodniki' (Krbek, 1950, str. 74).

stavlja tudi osnovo njune dejavnosti. Razmerje med politiko in upravo obstoji in je obstajalo vedno, četudi ni bilo zapisano v zakonu. Ključnega pomena tako postane zapolnjevanje vsebine njenega razmerja - sodelovanja, nadzorovanja in ukrepanja. Le v tem okviru se lahko odgovorno spopadeta s težavami in po načelu zgleđa enako zahtevata od svojih državljanov.

Oblikovanje pojma politike in javne uprave, ki vstopa v hiše državljanov in parlamentarne hodnike, je velikega pomena za legitimnost države. Obema je ključen odnos, ki si priznava medsebojno legitimnost. Prepričanje o legitimnosti je osnova vseh sistemov avtoritete; Weber je na tej osnovi razvil pet konceptov legitimnosti, od katerih je za našo razpravo zanimiv predvsem peti: da poslušnost ne sodi k osebi, ki ima avtoriteto, pač pa k brezosebni redu, ki mu je dal ta položaj. Delo naj bi teklo po predpisanih pravilih in postopkih, kar bi zagotavljalo čim boljše izključitev možnosti samovolje in nepredvidljivega ravnanja posameznikov. Ali to drži? Na drugi strani prepričanja je verjetje v legitimnost, ki so ga zmožni le ljudje. Kafka je v svojem Procesu poudaril, da ima moč tisti, ki ima možnost razlage predpisov. Na zanemarjanje človeškega faktorja se je odzvalo veliko psiholoških in socioloških teorij, prispevek pa poskuša nakazati odnos med javno upravo in politiko, pri čemer se sklicuje na bistveni dejavnik osebne motivacije in prispevka konkretnih ljudi, ki ga določajo ter tistih, ki ga (ne)odobravajo.

Za vsakim pojmom (tudi za politiko in upravo) stojijo ljudje, ki mu dajejo vsakodnevno vsebino. Medtem, ko se lahko od vsakega politika načelno zahteva odgovornost do spoštovanja človekovih pravic, je za javnega uslužbenca ta dolžnost še posebno pomembna. Ta individualni posameznik vsakodnevno in neposredno implementira javne politike, ki zadevajo tudi konkretnega državljana. Ljudje so svobodni šele zaradi konkretnih (ne)ravnanj, ki jih (ne)opravljajo upravni organi ne pa abstraktnih določb s strani politike. Če se naj javni uslužbenci premaknejo naprej od vloge varovalnih agentov načela zakonitosti, ki skrbijo zgolj za izvrševanje predpisov in zagotavljanje dobrin in storitev, morajo postati motivirani za vzrok in smisel dolžnosti, ki gre prek zakonitosti v strokovnega, odgovornega in predvsem skrbnega gospodarja. Javna uprava mora za razliko od politike najti poti za nastanek in potrditev lastne demokratične legitimnosti, ki ne izvira iz volitev, pač pa iz samega načina dela. Za to je potrebna nova koncepcija lastne identitete in z njo okrepitev razmerja med javnimi uslužbenci, njihovimi nadrejenimi ter državljani, katerim služijo. Pomoč države s poseganjem v razmerja posameznikov ne sme ogroziti njihove temeljne neodvisnosti. Teoretični lahkotnosti trditve sledi težka praktična uveljavitev. Glede na izzive in težave, s katerimi se spopada politika, potrebuje upravo, ki ne bo le poslušen izvrševalec politik, pač pa tudi legitimni akter upravljaljskega procesa. Globalizacijske in organizacijske spremembe se vse bolj prepletajo in povzročajo spremembe tudi na

drugih področjih. Če pritrdimo Salmanu Rushdie-u, da se "večina pomembnejših zadev v našem življenju zgodi v naši odsotnosti" potrebujemo politiko in upravo, ki sta dovzetni za učenje, zaznavanje in strateško razmišljanje (tudi ko nas ni zraven). Legitimnost ravnanja se vse bolj zgleduje tudi po nadnacionalnih povezavah in njihovih vplivih, kar je tema poglavja, ki se nanaša na EU.

4.4 Izvršilna funkcija javne uprave

Javna uprava je dejavnost državnih organov, ki ni neposredno oblikovanje zakonodajnih norm (ni zakonodajni organ) in ni odločanje o sporih (ni sodni organ). Toda uprava včasih počne vse troje: v okviru zakonodajne funkcije oblikuje splošna pravna pravila s sprejemanjem podzakonskih predpisov, ki se nanašajo na vse ali na določen krog ljudi; v okviru izvršilne funkcije v ožjem smislu izvršuje zakone (pomembna je tudi predlagalna funkcija v razmerju do zakonodajne oblasti, poleg tega pa mora slediti njenim političnim usmeritvam), medtem ko v okviru sodne funkcije⁴⁸ tekom upravnega postopka in drugih posebnih postopkov razrešuje spore, tudi tiste, v kateri sta lahko vpleteni ostali dve veji oblasti.

4.4.1 Pozitivno-pravni pojem uprave v funkcionalnem smislu

Pozitivno-pravni pojem uprave definira upravo izhajajoč iz veljavnih⁴⁹ pravnih norm v državi: Ustava RS, Zakon o državni upravi, Zakon o Vladi RS, Zakon o splošnem upravnem postopku, Zakon o lokalni samoupravi, posebni predpisi s posameznih področij... Po pozitivnem pravu v Republiki Sloveniji pomeni državna uprava v funkcionalnem smislu (upravna dejavnost kot avtoritativno izvajanje oblasti, kot skupek avtoritativnih in neavtoritativnih nalog kot posledica spremenjene in razširjene vloge države v sodobni družbi). Najpomembnejši zakon za določanje nalog uprave je vsekakor Zakon o državni upravi (ZDU). Že uvodni člen tega zakona določa, da državna uprava opravlja upravne naloge. Slednje so tiste naloge, ki so povezane z upravljanjem družbe: *regulativne* funkcije uprave so najbolj tipične upravne naloge oblastve-

48 Kelsen je pravosodje in upravo enačil pri posrednem izvrševanju zakonov, ločeval pa ju je pri neposrednem tj. ko državna uprava sama gradi infrastrukturo za izvajanje javnih služb (grajeno javno dobro) ali ko izvaja javne službe: „[k]akor pri pravosodju lahko tudi v primeru uprave dokažemo, da gre za individualizacijo in konkretizacijo zakonov, tokrat upravnih. Velik del tega, kar označujemo kot državno upravo, se namreč sploh ne razlikuje od tega, kar imenujemo sodstvo ali justica, upravni aparat skuša služiti državnemu smotru na enak način kot sodišča; ko družbeno zaželeno stanje oz. stanje, ki ga zakonodajalec ima za takšno, dosežemo tako, da se državni organi na nasprotje tega stanja odzovejo z uvedbo prisilnega akta ... če v prvem primeru govorimo o pravosodju, v drugem pa o upravi, je razlika le v organizacijskem, namreč zgodovinsko razločljivem položaju sodnikov, ki so neodvisni, česar za upravne organe večinoma (vendar tudi ne vselej) ne bi mogli reči. Bistvena podobnost pa je ta, da je državni smoter v obeh primerih uresničen le na posreden način. Funkcionalna razlika ... je podana le, kadar državni smoter neposredno izvajajo državni organi, če državni organ, ki je k temu pravno zavezan, neposredno vzpostavlja družbeno željeno stanje, kadar sam zgradi šole in železnice, ali jih vodi, v bolnicah zdravi bolnike itd. (Kelsen, 2005, str. 72).

49 Lat. *positivus*, izhaja iz *pōnere* = dogovoriti iz predhodno arbitrarne ravni, postaviti.

ne narave. Sem sodi izvrševanje zakonov in drugih predpisov ter izdajanje abstraktnih in konkretnih pravnih aktov. Druga skupina so *pospeševalne* naloge uprave, ki nimajo oblastvene narave, ampak servisno. V to skupino štejemo predvsem razvojne naloge, kot so načrtovanje družbenega razvoja. Tretjo skupino predstavljajo upravne naloge, ki se nanašajo na *zagotavljanje javnih služb*, ki tudi spadajo med servisne funkcije uprave. Na koncu pa so še upravne naloge *strokovno-tehnične in analitične narave* kot so spremljanje stanja, vodenje in vzdrževanje evidenc, ter sodelovanje pri oblikovanju politik. ZDU določa upravne naloge od 8 do 13. člena:

1. sodelovanje pri oblikovanju politik (uprava za vlado pripravlja predloge zakonov, podzakonskih predpisov in drugih aktov ter druga gradiva ter zagotavlja drugo strokovno pomoč pri oblikovanju politik); 1992 – 2015: vlada predlaga 3329 zakonov (sprejetih 3028 – 91,8% uspešnost), poslanci 999 (263 oz. 7,9%); volivci 14 (2 oz. 14,2%).⁵⁰
2. izvršilne naloge (uprava izvršuje zakone in druge predpise, ki jih sprejema DZ, ratificirane mednarodne pogodbe, državni proračun, podzakonske predpise in druge akte vlade. Za izvajanje teh nalog uprava izdaja upravne (splošne-predpise in posamične) akte ter interne akte, vstopa v imenu in za račun Republike Slovenije v civilnopravna razmerja ter opravlja materialna dejanja. Za opravljanje materialnih dejanj, s katerimi se posega v osebno prostost, telesno ali duševno celovitost, zasebnost, lastnino in druge človekove pravice oziroma temeljne svoboščine, mora imeti uprava neposredno podlago v zakonu);⁵¹
3. inšpekcijski nadzor (uprava opravlja inšpekcijski nadzor nad izvajanjem predpisov. Inšpekcijski nadzor ureja poseben zakon);
4. spremljanje stanja (uprava spremlja stanje družbe na področjih, za katera je pristojna, in skrbi za njen razvoj v skladu s sprejeto politiko države. Uprava vzpostavi, vodi, vzdržuje in povezuje zbirke podatkov in evidence; AJPES, UMAR, Statistični urad RS);
5. razvojne naloge (uprava na podlagi in v okviru zakonov, drugih predpisov in državnega proračuna spodbuja oziroma usmerja družbeni razvoj);
6. zagotavljanje javnih služb (uprava zagotavlja opravljanje javnih služb v skladu z zakonom. Opravljanje javnih služb se zagotavlja v javnih zavodih in gospodarskih družbah ter v drugih organizacijskih oblikah, ki jih določa zakon, lahko pa tudi v upravnih organih).

50 Za vzpodbudo pri sodelovanju pri oblikovanju politik gl. <https://www.youtube.com/watch?v=YelXdFhQxRQ>

51 A. Einstein: "Nič ni bolj destruktivnega za spoštovanje države in prava kot sprejemanje zakonov, ki se jih ne da izvrševati".

Med 2-6: izdajanje posamičnih upravnih aktov kot različnih nivojev kontrole (izdajanje dovoljenj, vodenje registrov, certificiranje, licenciranje) oz. spodbujanja dejavnosti (koncesija kot posebno dovoljenje) tiči med specifičnim izvršilnim dejanjem uprave in splošnim postopkom sprejemanja pravil.

4.4.2 Pozitivno-pravni pojem uprave v organizacijskem smislu

Izvršilno oblast sestavljajo predsednik republike, vlada ter javna uprava v najširšem pomenu, kamor se umešča državna uprava (skrbi za izvrševanje javne oblasti in s tem ureja razmerja v družbi), funkcionalna (nedržavna) uprava (skrbi za izvajanje različnih storitev v javnem interesu na podlagi javnih pooblastil – javne službe, zbornice, javne agencije; značilno je nedržavno odločanje, a ima lahko tudi javna pooblastila) ter lokalna samouprava (opravljanje javnih zadev, ki temelji na pravici ljudi na določenem območju, da odločajo in upravljajo z določenimi stvarmi).

V okviru državne uprave opravljajo upravne naloge upravni organi in sicer *ministrstva* (za opravljanje upravnih nalog na enem ali več upravnih področjih), *organi v njihovi sestavi* (specializirane strokovne, izvršilne in razvojne upravne naloge, inšpekcijski in drug nadzor, naloge na področju javnih služb, če se s tem zagotovi večja učinkovitost in kakovost pri opravljanju nalog ali če je zaradi narave nalog ali delovnega področja potrebno zagotoviti večjo stopnjo strokovne samostojnosti pri opravljanju nalog) in *upravne enote* (naloge državne uprave, ki jih je treba organizirati in izvajati teritorialno, dekoncentrirano). Upravne naloge izven državne uprave lahko izvajajo tudi župani in občinske uprave, javne agencije (JA) in drugi nosilci javnih pooblastil (t. i. osebe javnega prava & “organ” za namene ZUP). Z zakonom ali na podlagi zakona lahko javno pooblastilo za opravljanje upravnih nalog pridobijo tudi druge osebe javnega prava, posamezniki in pravne osebe zasebnega prava (izbira se opravi na javnem natečaju). Pri izvajanju imajo nosilci javnih pooblastil pravice in dolžnosti uprave, ki jih določa zakon ali drug predpis.

4.5 Pojem upravnega prava

Na tem mestu se bomo le malce dotaknili pojma upravnega prava, saj zahteva njegovo širše razumevanje poznavanje vrste vsebin, katere boste spoznali tekom branja učbenika. Bolj celostna in kompleksnejša opredelitev upravnega prava se zato nahaja na koncu učbenika, na tem mestu pa bo podana v strnjeni vsebini. Upravno pravo je del pravnega sistema države in predstavlja sistem pretežno prisilnih (kogentnih) pravil in načel, ki urejajo življenjsko pomembno zunanje vedenje in ravnanje subjektov (oblastnih organov in strank), ko obstaja *dejanski ali potencialni konflikt med javnim in zasebnim interesom*. Za upravnimi pravili stoji država s sistemom prisile. Širša

definicija: upravno pravo je pravna disciplina, ki jo sestavljajo posebna pravna načela in pravila, ki z vidika zaščite javnega interesa vsebinsko, organizacijsko in postopkovno urejajo delovanje in organizacijo javnega sektorja. O *upravnem pravu lahko govorimo šele s podreditvijo uprave pravu*. Upravno-pravna pravila in načela so tista s področij državne in javne uprave uprave, lokalne samouprave, oseb javnega prava in javnega ter zasebnega izvajanja javnih služb. Definicij upravnega prava je veliko:

- pozitivna – organska opredelitev: upravno pravo je *veljavno* pravo upravnih organov;
- negativna funkcionalna opredelitev: upravno pravo je skup pravnih norm, ki se nanašajo na urejanje razmerij in dejavnosti javne uprave in ne sodijo v *nobeno drugo* pravno vejo;
- upravno pravo ureja organizacijo javne uprave. Predstavlja celoto pravnih norm, ki se nanašajo na delovanje javne uprave (Krbek);
- v povezavi z naravo stvari upravnega prava (upravna zadeva) je upravno pravo skupek (potencialnih) področij, na katere posega (bi lahko posegala) država prek zakonitih in legitimnih sredstev, ki se uporabljajo z vidika javne oblasti (vse bolj tudi na prostovoljni osnovi) za skupno dobro družbe kot celote,
- upravno pravo prestavlja skupek ustavnih določb, zakonov, sodb, podzakonskih predpisov, sklepov, odredb in drugih uradnih aktov, ki: (a) regulirajo (omejujejo) postopke organov javne oblasti pri sprejemanju pravil, z njimi povezanih politik in odločitev, (b) nadzorujejo izvajanje pristojnosti za izvrševanje njihovih nalog, (c) urejajo obseg, do katerega je uprava odprta za javni nadzor in (d) zagotavljajo upravno-sodni nadzor nad odločitvami organov.

Splošno upravno pravo sestavlja *materialno* upravno pravo (ureja vsebino pravic, obveznosti in odgovornosti v upravnopravnih razmerjih in daje odgovor na vprašanje kakšna je vsebina razmerja med posameznikom in javno oblastjo; gre za pravice in obveznosti, ki so določene z materialnim predpisom in jih je treba še konkretizirati), ki se naprej deli na *splošno* in *posebno* materialno pravo. Splošno upravno pravo se nanaša na pojem upravnega prava, upravne zadeve, upravne norme, upravnih aktov, nedoločenih pravnih pojmov, odločanja po prostem preudarku, primere nezakonitosti, ipd., skratka vse, kar lahko najdemo v katerikoli vsebini oz. področju upravnega prava. Področja posebnega materialnega upravnega prava se nanašajo predvsem na notranje zadeve (javni red in mir, varnost prometa, orožje, osebne izkaznice, državljanstvo, azil, politične stranke, društva, matične knjige...); javne finance (davki, carine, proračun); obrambo in varstvo pred naravnimi nesrečami; gospodarske javne službe; negospodarske javne službe (šolstvo, zdravstvo, kultura, znanost, šport,

predšolska vzgoja ...), socialno varnost (zavarovanje, varstvo); družinska razmerja (posvojitve, skrbništva, rejništva), varstvo okolja in urejanje prostora.

Upravno pravo je tudi *formalno* in ga sestavlja *procesno* in *organizacijsko* upravno pravo. Procesno upravno pravo ureja dinamiko upravnopravnega razmerja, kako leto poteka, kakšna dejanja lahko stori ena in druga stran, ureja nastajanje, preoblikovanje, spremembo in konec postopka; ureja postopke in dejanja, ki jih udeleženci v upravnih razmerjih izvajajo pri uresničevanju obveznosti: procesne pravice imajo že v samih postopkih, medtem ko se želi materialne pravice doseči ali pridobiti (nanašajo se na postopek in se uporabijo šele, ko je postopek že začel). Upravno-organizacijsko upravno pravo obsega strukturo uprave, način oblikovanja organov, razmerja med njimi, pristojnosti (kombinacija materialnega in formalnega), organizacijo javne uprave, notranji ustroj in delovanje.

Posebno upravno pravo tvorijo tisti deli, ki imajo materialni in procesni del; gre za pravo javnih uslužbencev (personalno pravo), pravo varstva okolja, koncesijsko, davčno pravo.

Upravno pravo je celovita veja prava, zaradi česar je delitev na materialni in procesni del bolj metodološke narave. Temeljna načela upravnega prava veljajo za vse dele. Upravno pravo se kot celota nanaša na strukturo in delovanje upravnega aparata. Upravno pravo ima dve strani, ki sta med seboj nekompatibilni: javna uprava z njim izvršuje oblast, poleg tega pa je instrument omejevanja oblasti; dvojnost upravnega prava se kaže tako, da na eni strani ureja delovanje uprave, hkrati pa tudi omejuje izvajanje oblasti. Zaradi te dvojnosti se išče ravnotežje med pravnim varstvom pravic oseb in upravo kot instrumentom oblasti, ki skuša prek različnih sredstev dosegati cilje, ki so ("naj bi bili"⁵²) v javnem interesu.

Vprašanja za ponavljanje:

1. Kateri deli tvorijo upravni proces?
2. Kaj pomeni formalna in materialna uprava?
3. Kaj pomeni organizacijska in funkcionalna uprava?
4. Katere druge opredelitve uprave poznaš?
5. Kaj pomeni izvršilna funkcija javne uprave?
6. Kaj je pozitivno-pravni pojem uprave v funkcionalnem smislu?
7. Kaj je pozitivno-pravni pojem uprave v organizacijskem smislu?
8. Pojem upravnega prava?

⁵² Prav zaradi domnevnega zatrjevanja javnega interesa je treba biti pri varovanju pravic še posebej previden, saj bo vsak organ svoje ravnanje skušal opravičiti prek pojma »javnega interesa«.

5 NASTANEK UPRAVNEGA PRAVA

Vsebinska, nastanek je v prvi vrsti povezan z nastankom držav in omejitvijo kraljeve neomejene, absolutne oblasti;⁵³ tudi absolutistični, stari režim (*ancien régime*) počiva na izredno dobro organizirani upravi,⁵⁴ ki je le vršilec politične moči, skoncentrirane v rokah vsemogočnega vladarja. V razmerju do podanikov ne nastopa prek vezanosti na predpise, na katere bi se lahko sklicevali, pač pa je bila vezana le z internimi, službenimi predpisi (vir sedanjih t. i. internih aktov uprave, "mehko pravo"). Interne (hierarhične) razdelitve pravil ne moremo imeti za upravno pravo, saj gre le za sistem predpisov, ki hierarhične stopnje veže z voljo njegovega vrha, vladarja. Izvrševanje njegove volje pomeni notranjo poslušnost, (lat. *regis voluntas suprema lex*⁵⁵), navzven je takšno ravnanje pravno nevezano (prim. z internimi akti uprave).

Upravno pravo se pojavi ob "prehodu"⁵⁶ fevdalne ureditve v kapitalistično - prelom z dosedanjim načinom upravljanja države in gospodarstva. Fevdalna ureditev kot posledica prevlade naturalnega gospodarstva z izrazito prevlado poljedelstva, se v kapitalizmu kot sistemu, ki temelji na privatni lastnini in trgu, ni mogla uporabiti. S stališča javne oblasti je fevdalizem zapleten sistem zemljiških gospodstev, katerih gospodje z javno oblastjo ravnaajo kot s stvarjo v zasebni lasti. Tak sistem vodi v drobitev oblasti in posledično tudi drobitev družbe na vrsto skupnosti s posebnim pravnim položajem in temu prilagojenim pravom.⁵⁷ V liberalnem kapitalizmu (sistem po

53 Oblast = možnost vplivati (ne nujno prek dejanj, včasih je dovolj že možnost) na koga, da ravna po določenem ukazu (ne glede na različne motive pokorščine – vendar – *parendo vinces!*).

54 Šele v teku zelo dolgotrajnega razvoja so se kot posledica procesa družbene delitve dela izoblikovali centralni organi; zanimivo je, da so se mnogo prej izoblikovali sodni in izvršilni organi kakor pa zakonodajni (Kelsen, 2005, str. 98).

55 Kraljeva volja je najvišji zakon.

56 Prehoda ne smemo razumeti kot neko časovno točko; prej gre za prehajanje za ustvarjanje novih okoliščin, ki v določenem trenutku prebijejo dotedanje pojmovanje in se pojavijo z osamosvojenim, novim pojmovanjem. Dejstvo, da Francijo razumemo kot »zibelko« upravnega prava, izhaja iz zgodovinskih okoliščin nastajanja moderne države 14. stoletja, kjer so vladarji (od Filipa Lepega [1285 – 1314] naprej) v pravu videli, dragoceno vezivo svoje oblasti, pri čemer so zelo pazili, da so viri temeljili na materialni stavbi kraljevine ... ne glede na to se je pravičnost s Filipom Lepim spremenila: pravičnost, ki je bila ljuba nekdanji podobi vladarja, je stopila v ozadje, v ospredje pa je prišlo »faire loys ou constitutions toutes nouvelles entre ses subjés« (Grossi, 2010, str. 72). Teorija največkrat za ločnico uradnega nastanka upravnega prava šteje zakon, sprejet s strani ustavodajne skupščine, ki je udeležila teorijo delitve oblasti, po kateri uprava ne sme biti pod avtoriteto sodne veje (zakon iz 16-24 avgusta leta 1790) (gl. npr. Rousset in Rousset, 2004, str. 15). Tudi dandanes v Franciji velja podobna ureditev med izvršilno in zakonodajno vejo: uredbodajno urejanje področij izven izrecno ustavno pridržanih področij zakonodajalcu (ki morajo biti pred sprejemom dane državnemu svetu v mnenje) je v domeni izvršilne veje oblasti.

57 Srednjeveška Evropa ne pozna držav na ozemeljski podlagi, pač pa zveze oseb na podlagi fevdnih priseg. Države, kakršne poznamo danes, hočejo biti trajne, nadosebne in navezane na institucije; srednjeveške zveze pa so, nasprotno, časovno omejene, saj se končajo s fevdalčevo ali vazalovo smrtjo in jih je treba zato ustanavljati vedno znova. Moderna država se razvije iz srednjeveške zveze oseb (Schulze, 2003, str. 17–18).

vzpostavitvi prevlade meščanskega razreda 19. stoletja) je zaradi (pretežno) privatne lastnine vpliv politike na podjetja okrnjen (država – nočni čuvaj, liberalna država t. i. laissez-faire). Planiranje proizvodnje je tu prepuščeno lastnikom kapitala. Trg je kraj, kjer se srečata ponudba in povpraševanje. Pri tem naj bi delovala “nevidna roka” trga (Adam Smith) prek ponudbe in povpraševanja, ki vpliva na ceno, količino in vrsto dobrin. Pravo se več “ne nosi s seboj” (osebno pravo glede na položaj v družbi oz. izvor – status libertatis, status civitatis in status familiae), pač pa je odvisno od lokacije države oz. trga.

Buržuazne revolucije, ki so se odvijale v Angliji, ZDA, Franciji, Habsburški monarhiji tekom 1688 – 1848 leta, so prispevale k razvoju družbe na več področjih: a) *gospodarski* cilji revolucij je bila svobodna konkurenca, ki bi omogočila razmah kapitalističnega gospodarstva, liberalno pojmovanje zasebne lastnine, neomejene pravice lastnikom produkcijskih sredstev, eksploatacija tuje delovne sile, gospodarskim ciljem so podrejeni socialni cilji; b) *socialni* cilji revolucij so se nanašali na odpravo fevdalnih družbenih razmerij, odpravo podložniških bremen in odpravo osebne odvisnosti. Posledice zemljiške odveze so se kazale v tem, da je imel kmet možnost razpolagati z zemljo, v gospodarski konkurenci je bil prepuščen samemu sebi, zaradi česar je nosil tudi težka davčna bremena. Zaradi tega je bilo precej kmetov prisiljenih prodati zemljo, s tem pa je postajal opazno večji presežek agrarnega prebivalstva – raste proletarizacija kmečkega prebivalstva z izseljevanjem v mesta, kjer nastaja vse večja urbanizacija; c) *državnopravni* cilji revolucij so bili močna centralna oblast, ki bo lahko uveljavila pravno varstvo (centralizacija oblasti). Centralna oblast želi na novo ustvariti red in eksploatacijo na čim širšem ozemlju; vzporedno s tem raste na drugi strani zahteva po ustavni državi (konstitucionalizem) in oblikovanje lokalne ali interesne avtonomije (lokalna avtonomija, združevanje interesnih skupin) za zavarovanje pravic, formalno vseh, dejansko pa predvsem meščanstva, ki ga je kralj potreboval za nadvlado plemstva. Industrializacija in s tem povezana večja možnost akumulacije sredstev v rokah meščanskega razreda je kot rečeno povzročila težnje po normiranju ravnanja oblasti, še posebej za zaščito lastnih interesov v najvišjem pravnem aktu – ustavi.

Konstitucionalizem vsebuje načelo supremacije ustavnih načel in pravil; akti parlamenta morajo biti v skladu z ustavnimi določbami. Elementi konstitucionalizma so nearbitrarna oblast, pravno uresničljive pravice in prevlada prava (koncept omejitve države na podlagi višjega, ustavnega prava, legitimna raba javne oblasti). Zahteva po ustavni državi je naperjena proti samovolji absolutnih vladarjev; ustava je bila mišljena kot formalni akt, sestavljen iz temeljnih določil, ki naj bi ga sprejela voljena ustavodajna skupščina (dejansko je ustavo največkrat postavljaj vladar). (Francosko-ameriški) ideal ustavne ureditve – delitev oblasti na zakonodajno, sodno in

izvršilno; tri veje oblasti (Ustava ZDA 1787 – prva zvezna ustava, Declaration of Independence, Bill of Rights, francoska ustava 1791 – prva formalna ustava v Evropi, Deklaracija temeljnih pravic človeka in državljana 1789). Močno povezan s konstitucionalizmom je parlamentarizem kot težnja po odpravi izključne pravice monarhov do sprejemanja zakonodaje. Parlamentarizem ima največjo tradicijo v Angliji, kjer je bil parlament v 17. stoletju revolucionarna sila; prešel je v angleško ustavno ureditev, ne da bi pri tem prišlo do nastanka formalne ustave. V kontinentalnih stanovskih državah so se razvili nekateri elementi parlamentarizma, vendar so absolutni monarhi pretrgali razvoj, zato se parlament uveljavi šele po buržoasnih revolucijah. Meščanski razred s prevzemom oblasti ne razpusti upravnega aparata, saj ga nujno rabi za nemoteno delo države; za poslušno orodje v rokah novega vladajočega razreda ga naredi prek navezave na načelo zakonitosti oblasti. Ta proces podrejanja uprave vladavini prava⁵⁸ se je v izhodiščih urejal prek zasebnega prava (za upravo veljajo enaki zakoni kot za državljana - izhodišče Diceya za angleški parlamentarizem in sistem common law), vendar se kmalu izkaže, da je potrebno razviti posebno, za upravo specifično objektivno pravo, ki sicer izhaja iz zasebnega prava (in ga na nekaterih področjih še vedno uporablja), vendar se to pravo zaradi javnega interesa prilagaja širšim potrebam države in ljudstva. Upravno pravo “formalno” nastane v 19. stoletju; gre za zgodovinsko – razvojni pojav, katerega predmet so družbeno-ekonomski in politični odnosi v posamezni državi (skupnosti držav), ki se ob tem zaradi novih zahtev neprestano spreminja in dopolnjuje.

Tako nastane tudi definicija Gustava Boehmerja, da ‘javno pravo mineva, zasebno pa ostaja’. Nova področja urejanja še toliko bolj zahtevajo originalne, izvirne norme s področja javnega prava, upravno pravo postaja vse bolj kompleksno. Ustava vsebuje namreč le najpomembnejše ideje; je le splošen okvir, ki potrebuje konkretizacijo. To pa je naloga upravnega prava. Nekdanji predsednik nemškega zveznega upravnega sodišča Werner Fritz izjavi, da je ‘upravno pravo ustavno pravo postavljeno v konkretne pojme’ (1959); Otto Mayer pred tem trdi, da se ‘ustavno pravo spreminja, medtem ko upravno pravo ostaja’ (1924); danes bi bilo lahko ravno obratno. Število upravnih aktov je veliko večje kot ustavnih, res pa je, da tudi upravno pravo vsebuje temeljna načela, ki se večinoma ne spreminjajo, ne glede na spremembe ustave. Ustavno pravo temelji na pravicah (posameznika), upravno na dolžnostih (moč države). Zametki upravnega prava so nastali v poznem fevdalizmu, v obdobju policijsko-absolutistične države. Za to obdobje je značilen močan upravni aparat, predvsem policijski. Oblikovala so se posebna pravila, ki so se nanašala na delovanje državnega aparata. Predpisi v tistem času so bili bolj instruktivne narave (prim. z današnjimi internimi akti) in sicer za pravila delovanja nižjih organov v razmerju

58 V tem se kaže temeljni prelom s tradicijo rimskega prava, po katerem zakoni kneza ne zavezujejo, ker jih sam ustvarja t. i. »*princeps legibus solutus*«.

do višjih. V tem obdobju ni zaslediti izoblikovanih norm, ki bi urejala odnose med posameznikom in upravnim aparatom. Upravni aparati v tem obdobju niso delovali po načelu zakonitosti. Delovanje upravnih aparatov so regulirali interna navodila, pravno nevezani akti. Vendar pa so praktične potrebe pripeljale do kameralne ali policijske znanosti. Zanj je značilna predvsem politična disciplina, ki je obsegala vsa znanja za upravljanje države in je vključevala upravno, ekonomsko in finančno znanost. V tem času pa so se že oblikovale pravne norme, kot splošne norme, katerih namen je bil urejati delovanje uprave. Uvajanje splošnih norm pomeni uvajanje načela zakonitosti v delo uprave. Razvoj modernega upravnega prava je bil v začetkih kapitalističnega sistema orientiran na formiranje materialnega prava. Fevdalno pravo je pustilo drugačno ideološko dediščino, zato se novo pravo uprave ni moglo sklicevati nanj, prav tako ni zavezovalo tvorca pravila po načelu samoomejevanja: *patere legem quam ipse fecisti* – trpi (spoštuj) pravo, ki si ga sam ustvaril (eno najpomembnejših elementov modernega načela zakonitosti delovanja uprave, ki jo zavezuje k spoštovanju lastnih pravil). ‘Država je poklicana k sprejemanju zakonov samo pod pogojem, da tudi sebe zaveže s temi zakoni’ (Radbruch). O načelu zakonitosti uprave lahko govorimo od “trenutka”, ko je bila z nastankom pravne države uprava podrejena ustavi in zakonom. O načelu zakonitosti govorimo v vseh tistih sistemih, kjer parlament kot predstavništvo ljudstva s pravnimi predpisi uravnava delovanje uprave oz. eksekutive, kar pomeni, da uprava lahko deluje ali ukrepa le v primeru, ko je za njeno delovanje oziroma ukrepanje podana zakonska osnova. Pred tem namreč državna oblast ni bila podvržena takšnim omejitvam. V vmesnem obdobju med predpravno in pravno državo je načelo milejše zakonitosti, ki pomeni, da upravi dopušča vse, kar ni izrecno prepovedano (t. i. pravna država na berglah). Strožje načelo zakonitosti pa pomeni, da upravi prepoveduje vse, kar ji ni izrecno dovoljeno z zakonom.

5.1 Javni interes

Preden se lotimo preostale vsebine, je treba opredeliti pojem javnega interesa, saj je ta tisti, oziroma iz njega izhaja oblastno upravičenje države za vsiljenje močnejše volje nasproti posamezniku. Nadzor in omejevanje centralne oblasti je z današnjim tehnološkim razvojem in njegovimi prednostmi pred novimi izzivi vnašanja demokratičnih prvin s političnega področja tudi na upravno področje. Vprašanje izbora kriterijev, katere država prevzema pod svojo zaščito javnega interesa in omogočanje njegovega zadovoljevanja postaja vse širše, kar postavlja javno upravo pred nove možnosti in izzive za demokratizacijo uprave. Z znanstvenim razvojem se možnosti povečujejo, pri omejenih sredstvih pa odločitve postajajo čedalje težje. S tem dobiva način sprejema odločitve in njene izvršitve vse večji pomen. Povečan vpliv na ljudi pomeni predvsem etične in politične odločitve, ki morajo temeljiti na pravih vzrokih

in dobro predvidenih posledicah. Oblikovanje oziroma zapolnitev vsebine pojma javnega interesa, kot enega pomembnejših institutov upravnega prava, prek katerega država vstopa v hiše državljanov, z vzroki za takšno ravnanje, je ključnega pomena za legitimnost dela javne uprave. Javni organ ima zaupano oblast od ljudi, slednji pa so jo podelili za dobro celotne skupnosti, za mirno uživanje svobode, lastnine, življenja, miru in sreče. Vse to se je prevesilo v splošno sprejet koncept varovanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ki zahteva od upravnega prava, da svoje delovanje v okviru regulativno oblastnega pristopa prilagodi varovanju pravic posameznika v razmerju do uprave in da v pravice posega le za pravno večje dobro pravic drugih in skupnosti kot celote. Vse to je ali bi lahko bil javni interes. Na eni strani so tisti, ki skrbijo za javni interes in na drugi tisti, katerim je namenjen.

Koncept javnega interesa lahko sledimo vse od 8. st. pr. n. š., ko je v Babilonu nastal najpomembnejši pravni spomenik v klinopisu, Hamurabijev zakonik. Rimsko pravo se je sprva kodificiralo v Zakoniku XII plošč (*lex duodecim tabularum* – 451/449 pr.n.št.), katerega je rimski zgodovinar Titus Livius (Avgustov vrstnik) imenoval “vir vsega javnega in zasebnega prava” (Korošec 1980:4). V rimskem imperiju je Ulpijan tedanji pravni sistem razdelil u javno pravo (*ius publicum*) in zasebno (*ius privatum*), pri čemer ju je razmejil glede na interes, ki ga štiti pravna norma. Po tej razdelitvi pravnega sistema javno pravo štiti interes javne oblasti, zasebno pa posameznikov. Tako je po Justinijanovih *Institucijah* Ulpijan podal po mejno interesno razliko z izrekom: “*Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*” (*De iustitia et iure*, 1., § 2.). Delitev prava po kriteriju interesa v popolnosti predstavlja nadgradnjo družbeno-ekonomskega sistema sužnjelastniške države s poudarjenim in pravno čvrsto zaščitenim zasebnim lastništvom nad stvarmi, kamor sodi tudi človek-suženj. Javni interes se kot povezovalna ideja pojavi ob umestitvi suverenosti med monarha, državo ali ljudstvo. Kot zmagovita izide teorija ljudske suverenosti, ki jo je kot pravo in nesporno suverenost poudarjal Jean-Jacques Rousseau (1712–1778), v delu *Družbena pogodba* [1762].⁵⁹ Izhaja iz združevanja moči vseh (spomnite se na Lincolnov cilj države kot legitimnega cilja): ‘najmočnejši ni nikoli dovolj močan, da bi lahko ostal vedno gospodar, če sile ne spremeni v pravico in pokorščine v dolžnost:

Treba je najti tako obliko združitve, da bo z vso skupno močjo branila in varovala osebo in premoženje vsakega člana in v kateri se bo lahko vsakdo, združen z vsemi, podrejal le samemu sebi in ostal prav tako svoboden kakor poprej”. V tem je temeljni problem, katerega rešitev nam daje družbena pogodba. ... Kajti to, da se vsak državljan izroči domovini, je pogoj, ki jamči za njegovo varnost pred vsakršno osebno odvisno-

59 V Družbeni pogodbi želi ugotoviti: ‘če je v državljanskem redu možno kako zakonito in zanesljivo pravilo ravnanja, če vzamemo ljudi takšne, kakršni so, in zakone takšne, kakršni bi lahko bili’. Skušal je ‘združevati to, kar dopušča pravo, s tistim, kar narekuje interes, tako da si pravica in korist nikoli ne bosta prišli navzkriž’. (pravo – interes; pravica-korist) (Rousseau, 2001).

stjo, pogoj, ki je pogonska sila stroja in edini naredi zakonite državljske obveznosti, ki bi bile brez njega absurdne, tiranske in izpostavljene najhujšim zlorabam.

Kot bistvo družbene pogodbe je uvedel nov pojem obče volje (*volonté générale*), ki stremi k skupni blaginji vseh, njeno izvajanje pa predstavlja suverenost samo (JI – konkretizacija suverenosti na konkretnem primeru op.); na podlagi združitve posamezniki dobijo več, kot so ali bi imeli v naravnem stanju. Leta 1766 je Adam Smith v znamenitem delu *Bogastvo narodov* postavil tezo, da je javni interes najbolj zastopan, ko vsak posameznik počne tisto, kar je v njegovem lastnem interesu. Lastni interesi so mnogo bolj pomembna značilnost človeške narave kot pa zavzemanje za splošno blaginjo in so tako primernejša osnova za organiziranje gospodarstva in družbe. Posamezniki z večjo verjetnostjo lahko ugotovijo kaj je v njihovem lastnem interesu kot pa, kaj je v javnem interesu. Iz tega lahko ugotovimo, da ni potrebno angažiranje vlade pri odločanju o produkciji, saj bo to odločitev sprejel trg sam. Javni interes je splošni blagor javnosti, ki zagotavlja njegovo pripoznavo in zaščito (Garner, 2004, str. 1266). Javni interes je nekaj, kar *po zakonu*⁶⁰ pripada javnosti, skupnosti na splošno ali od česar ima korist vsa skupnost.

Javni interes je več kot navaden seštevek posameznih delov ($(x + y)^2 = x^2 + y^2 + 2xy$ [računski prikaz tega viška]); izraža več, novo vrednost predhodno samostojnih elementov (sestavine za kruh \neq kruh, drevo \neq gozd, celica \neq človek, igralec \neq moštvo, državljan \neq država), ki se kaže v njihovih (pravilnih⁶¹) **razmerjih**, prepletenosti, so-
-učinkovanju. Splošni družbeni interes ni (ne bi smel biti) enostavna matematična vsota interesov posameznikov, ki sestavljajo družbeno skupnost (demokracija brez liberalizma). Vendar prav tako ni interes, ki bi bil tuj ali ki bi celo nasprotoval interesom posameznikov kot članov družbe (pozornost si zasluži vsak element, če je bistvenega pomena, npr. TČP). Podobno kot ni generičnega, tudi splošnega družbenega interesa ni brez interesa posameznikov kot članov družbe. V stvarnem življenju nastopa vedno samo species, genus je le abstrakcija; v stvarnem življenju so realni samo interesi ljudi kot posameznikov, družbeni interesi so le abstrakcija teh intere-

60 Splošni družbeni interes pomeni način zadovoljevanja družbenih potreb, ki so spoznane kot individualne potrebe vsakega člana družbe in za katere večina priznava, da jih lahko najbolj racionalno zagotavlja država. Uzakonjen splošni interes je javni interes. V splošnem družbenem interesu so vsa tista ravnanja katerih rezultati (dobrine, storitve) koristijo vsem, ne glede na to ali so sposobni in voljni v njih sodelovati ali ne. Demokratični princip, ki daje javnim avtoritetam legitimiteto, da operacionalizirajo abstraktni splošni interes kot javni interes, ni brez pomanjkljivosti. Pomanjkljivost je v tem, da kot javne interese legitimizira le interese večine, prezre pa interese manjšine. Javne avtoritete nimajo monopola nad definiranjem tistih ravnanj in ciljev, ki so v splošnem družbenem interesu. Povsem legitimno pravico imajo tudi državljeni, da svoje skupne interese postavijo v funkcijo splošnega družbenega interesa, pri čemer ni nujno, da je to narejeno na povsem ekspliciten način. Člani raznih društev skozi vzajemno medsebojno pomoč in druženje krepijo družbeno sprejemljivost in centripetalno preprečujejo anomijo, kar je v splošnem družbenem interesu; zbiralci starin prek svoje aktivnosti uresničujejo njihov interes (ljubiteljstvo starin) hkrati prispevajo k razvoju kulturne dediščine in spoštovanje zgodovine.

61 Pravilnost razmerja lahko ponazorimo s stavčnim zaporedjem besed: če bi za javni interes rekli, da gre le za seštevek njegovih delov, bi bilo npr. enako kot če bi v stavku: »Otrok je pojedel polža« rekli: »Polž je pojedel otroka«, saj gre vseskozi za enako število ...

sov. Podobno kot v matematiki: $ax + by + cx = x(a+b+c)$. Družbeni interes je vedno analitičen pojem' (Bučar 1969, str. 92). Javni interes se nanaša na večno odprto vprašanje o možnosti sodelovanja ljudstva pri izvajanju oblasti. So dovolj oblike neposredne demokracije, je dovolj posvetovanje z javnostjo, sodelovanje javnosti, odločanje javnosti? Gre za uravnoteženje meje pri vodenju države s strani več deležnikov. Da bi lahko "pozabili" na družb. razlike oz. imeli pravo predstavo o enakovrednosti ljudi, John Rawls uvede pojem izhodiščnega položaja: vživeti se je treba v situacijo, v kateri bi lahko izbirali družbo, v kateri bi se rodili, ne da bi v trenutku izbire vedeli, kakšne bodo naše sposobnosti, želje in interesi. V izhodiščnem položaju partnerji veliko vedo o ljudeh nasploh, a nič o sebi. Od tega, kakšni bodo, ko se bodo znašli v družbi, ki so jo izbrali, jih ločuje tančica nevednosti. Pri izbiri principov zaradi naravnih danosti ali določenih družbenih okoliščin nihče nima več ali manj ugodnosti. Za tančico nevednosti njegova teorija temelji predvsem na dveh proceduralnih načelih, ki sta urejeni po prioriteti, saj ima prvo načelo prednost pred drugim: 1. 'vsaka oseba ima enakopravno zahtevo po popolnoma ustrezni shemi enakopravnih temeljnih pravic in svoboščin, pri čemer je ta shema skladna z enako shemo za vse; 2. drugo načelo se nanaša na pravične korekcije družbene in ekonomske neenakosti in vključuje dve pravili: 2.1 'mesta in uradi so odprti za vse pod enakimi pogoji poštenih enakopravnih možnosti', ter drugo, znamenito načelo razlikovanja (difference principle), 2.2 družbene in ekonomske neenakosti morajo služiti 'v največjo korist tistih članov družbe, ki so najbolj prikrajšani'.

Javni interes je podoben načelu neodvisnosti in nepristranskosti; od nas ne zahteva le, da ne ugodimo političnim opcijam ali interesnim skupinam, pač pa da se "oddaljimo od samih sebe". To oddaljitev pojasni Rawlsov izhodiščni položaj, pravilo ravnanja, ki močno spominja na načelo ne le pravne (enakosti), pač pa tudi socialne države. Rawlsovo načelo razlikovanja je podobno Pareto-vi optimalnosti (učinkovitost), pri kateri nihče ne more pridobiti več kakršnekoli druge ugodnosti ali proizvajati več kakršnega koli izdelka iz enake količine (inputov), ne da bi se zmanjšala ugodnost drugih oziroma druga proizvodnja. Javni interes s tančico (lastne) nevednosti spominja na neodvisnost in nepristranskost, kar naj bi bila osnova pravičnosti pri sojenju (ali odločanju uprave - glej ZJU, ZUP). Za javni interes kot splošno pravilo ravnanja lahko ugotovimo, da gre zanj vedno, ko je izpolnjen Rawlsov izhodiščni položaj, na katerega uporabimo t. i. Kantovo zlato pravilo + načelo razlikovanja.

Razlaga javnega interesa kot kaj dejansko ljudje želijo, mora biti vsebinsko opredeljena s priznanjem nasprotujočih interesov ali vrednot v družbenem življenju. Javni interes bi bil lahko mešanica *empatije* uradne osebe, ki se postavi ali vživi v situacijo posamenika (v smislu negativnega zlatega pravila - »ne stori drugemu, česar ne želiš, da bi drugi storili tebi«) ali skupine o kateri odloča in *širše perspektive*, ki omogoča

presojo obravnavane situacije glede na širši družbeni kontekst. Javni interes je lahko včasih tisto, kar želi večina, včasih pa ne (ljudje si verjetno ne želijo, da bi plačevali davke). Interesi so javni ne zaradi tega, ker jih deli večina pač pa zato, ker so taki, da bi si jih vsak želel zasledovati, če bi neodvisno od lastnih interesov (»izven svoje kože«) celostno presojal dano situacijo. Koncept javnega interesa se lahko kvalificira kot zahteva po specialnem tipu racionalnosti, tj. *nepristranskosti*.

Omejitve človekovih pravic so dopustne zaradi pravic drugih, pa tudi zaradi javne koristi (javnega interesa). Prav tu pa tiči nevarnost, ki se jo je treba ves čas zavedati. Javno korist je kot podlago (kot legitimen cilj torej) za omejitev človekove pravice vpeljalo Ustavno sodišče Republike Slovenije samo in sicer na podlagi sodne prakse zlasti nemškega ustavnega sodišča in judikature Evropskega sodišča za človekove pravice. V eni od svojih odločitev je zapisalo, da je treba pri presoji utemeljenosti omejevanja upoštevati tudi splošni interes, kar pomeni, da se ustavna pravica ne more izvajati neomejeno, če bi bile s tem ogrožene pravne dobrine, ki so nujne v korist skupnosti. Zapisalo je tudi, da je ustavne pravice mogoče omejiti, če zakonodajalec na podlagi tehtanja javnih koristi in individualnih pravic ugotovi, da je omejitev nujno potrebna. Ali gre ali ne gre v konkretnem primeru za javno korist, torej za takšen razlog, zaradi katerega se omejuje človekova pravica, ki dejansko (resnično) pomeni javno korist in s tem legitimen cilj, je predmet ustavnosodne presoje v okviru t. i. testa legitimnosti (Čebulj, 2004, str. 3).

Javni interes naj tako služi kot zaščita javne varnosti in premoženja, boljše kvalitete življenja in kot varovalka, ki skrbi za presojo upravičenosti državnega posega tam, kjer je seštevek pravic posameznikov močnejši od pravice vsakega posameznika. Odločevalci na vseh ravneh so pri oceni javnega interesa zavezani upoštevati vse alternativne rešitve, pri čemer zgolj ekonomski kriterij ne morejo biti prevladujoči. Test prevladujočega (najmočnejšega) javnega interesa mora biti čimbolj dolgoročne narave za zaščito osnovnih vrednot državljanov (zdravje, varnost, okolje) in se ga naj bi posluževali v kar največji meri na vseh ravneh. Poleg osnovne določenosti kriterijev namena, obsega, dokaznega bremena in tehtanja interesov, ki bi se morali razbrati že na abstraktni ravni, se javni interes na konkretni ravni lahko nadalje uresničuje z vse večjimi možnostmi tehnološkega razvoja tudi prek učinkovitejših določil o konfliktu interesov, razkrivanju nepravilnosti, povečanju pooblastil, sodelovanju podrejenih pri sprejemanju odločitev in participaciji tako zaposlenih kot državljanov z metodološko podprto odločitvijo, ki vsebuje kar največ konkretnih okoliščin in predvidenih posledic. Vse to predstavlja stalno paradigmo slovenske javne uprave, ki ji bo morala vsaj v obrisih slediti v smeri demokratizacije in večje legitimnosti delovanja uprave. Zaščita javnega interesa naj se uresničuje v stalnem dialogu med javnimi in zasebnimi organi, to je v demokratičnih sistemih s svobodo govora zbiranja in združevanja.

Javni interes je nekaj, kar pripada javnosti, skupnosti na splošno ali od česar ima korist vsa skupnost, zato ne sodi v domeno izključne določitve njegove vsebine s strani posameznih uradnikov. Nanaša se na vse državljane, njegovo varovanje pa je prvenstveno naloženo organom javnega prava. Javna funkcija mora tako vsebovati visok nivo pravne odgovornosti in etičnih standardov z veliko osebno odgovornostjo.

5.2 Odgovorna, vrednostna raba upravnega prava

Večina pomembnejših zadev v življenju posameznika in družbe se tako ali drugače odrazi v upravnem pravu (svobodna trgovina, državne intervencije, subvencije, socialno, zdravstveno, pokojninsko zavarovanje, urbanizem, prometna varnost, prebivanje in zaposlovanje državljanov in tujcev, mediji, tisk, informiranje, šolstvo, varstvo...). Upravno pravo je področje, ki je kot kaže, vedno v iskanju samega sebe, v težkem lebdenju med puhlimi besedami o mestu uprave v ustavni demokraciji in številnimi detajli vsakdanjega življenja uprave v regulatorni državi. Tisti, ki učijo in pišejo o upravnem pravu so nenehno v precepu postavitve primerne ravnotežja med abstraktnostjo in konkretnostjo...med integracijo reguliranja in človeškega obnašanja (Cass, Diver, Beerman in Freeman, 2011). Upravno pravo zahteva predvsem odgovoren pristop, pozornost, občutljivost za nianse. Če v kazenskem pravu prizadenemo posameznika, tu lahko trpi cela skupnost (paradoks ne-vidnosti posledic); potrebna je (osebna) odgovornost za tehtanje med več vrednotami, interesi, v katere ne/želimo posegati. Upravno pravo je "živo" pravo, postavljeno kot katalizator, vez med pravom in družbenim življenjem, v katerega naj bi posegal (prisposodba stičišča avtomobilske gume s cestiščem). Upravno pravo ima varovalno in servisno funkcijo: "[d]uša je dana samo posamezniku. Glavna naloga posameznika je *služiti prej kot vladati* ... kar je hkrati tudi temeljna demokratična pozicija. Naloga izobraževanja v šoli je pomagati mladi osebi, da odraste v takem duhu, da ji je ta temeljni princip kot zrak, ki ga diha. Učenje samo po sebi tega ne zmore" (A. Einstein). Ali kot je – leta 1992 12-letna gdč. Severn Cullis povzela svojega očeta: "*you are what you do, not what you say...make your actions reflect your words*".⁶² Ob tem izhodišču, ki so ga poznali že stari Rimljani (*acta non verba* – dejanja, ne besed) se je treba zavedati, da je upravno pravo predvsem *oblastno* pravo, ki posega v pravice drugih, četudi se ti s tem ne bi strinjali, zaradi česar je še posebej pomembno, da se uporabe oblasti zavedamo ne le formalno v njenem izhodišču, dejansko v njenem učinkovanju ter vsebinsko v obrazložitvi javnega interesa. Le tako lahko združimo deontološko etiko Kantove morale in Benthamov utilitarizem koristnosti. Glede dejanske uporabe se lahko naslonimo na največjega preučevalca oblasti 20. stoletja, Michela Foucaulta:

⁶² <http://www.youtube.com/watch?v=eVsCnk1b5qc>.

oblastna razmerja moramo preučevati glede na taktiko in strategijo, pravilo in tveganje, zastavek in cilj ... namesto, da bi preučeval veliko igro države z državljani se ... rajši zanimam za veliko bolj omejene, skromne igre oblasti, ki v filozofiji ne uživajo plemenitega statusa, priznanega velikim problemom: igre oblasti okrog medicine, bolezni, bolnega telesa, igre oblasti okrog kaznovanja in zapora ... te igre oblasti implicirajo status življenja in smrti, zločina in zakona; se pravi kup stvari, ki sestavljajo obenem tudi zgodbo našega vsakdanjega življenja ... zdi se mi, da ljudi bolj kot veliki državni in institucionalni boji vznemirjajo in zanimajo prav te igre: vedeti, kako bomo umrli, kaj bo z nami, ko bomo obtičali v bolnišnici, kako je z našim umom ali kaj si bodo o njem mislili drugi, vedeti kaj postanemo če znorimo, vedeti, kaj se bo zgodilo takrat, ko bomo storili kak prekršek in kje bomo začeli vstopati v kaznovalni sistem. Vse to se globoko dotika življenja, čustvovanja, tesnobe naših sodobnikov ... gre za razpršene in obrobne pojave ... gre za dejstvo, da se neka oblast izvaja in da je neznosno golo dejstvo, da se izvaja ... gre za neposredne boje: vnamajo se proti najbližjim oblastnim instancam, vnamajo se proti vsemu, kar se izvaja neposredno nad posamezniki ... oblast paradokсно, toliko bolj individualizira, kolikor bolj je birokratska in etastična (2007, str. 36–44).

Poleg Foucaultove pronicljivosti glede preučevanja dejanske oblasti se lahko opremo tudi na načelo odvečnosti potencialne komande, ki ga je razvil kibernetik Stafford Beer (ang. *Redundancy of Potencial Command*): koncept hierarhije je dober za nekaj formalnih namenov, je pa skoraj neuporaben model za razumevanje dejanske regulacije institucij. Komanda v živih sistemih je potencialno razširjena čez celoten sistem (je *per se* skoraj nepotrebna). Različni ljudje so sposobni sprejemati majhne odločitve, ki se na koncu kažejo v glavni odločitvi. Potencial ukazovanja ali hierarhije je aktualen samo zaradi distribucije informacij čez celoten sistem v določenem trenutku. Vloga hierarhij je nič več kot to, da formalna organizacijska struktura korigira *distribucijo informacij* (Beer, 2009, str. 26). Pomen transparentnosti, javnosti informacij, je tako nenadomestljiv za delovanje pravne države. Tako kot vsako pravo je tudi upravno, vrednostno močno obarvano; njegova vsebina je odvisna predvsem od tega kako si npr. odgovorimo na spodnja vprašanja, ki so dana bolj v razmislek o vlogi in vzrokih za delovanje upravnega prava:

Vprašanja za ponavljanje:

1. Razlogi za nastanek upravnega prava?
2. Kaj je to javni interes?
3. Kaj so to oblastna razmerja?
4. Ali (zdrava) družba temelji na posameznikih ali skupnosti?
5. So organizacije per se impotentne, če niso podprte z občutkom odgovornosti (inovativnih) posameznikov in obratno – se lahko posameznik razvija mimo družbe?
6. Je dovolj, da kot državljani plačamo davke?
7. Je skrb za upravno pravo le na ramenih države?
8. Je upravno pravo le pravo uprave?
9. Ima država res navadno tak državni aparat, kot si ga zasluži?
10. Je državna (javna) uprava kot kanalizacija (ki si je nihče močno ne želi, a jo nujno potrebuje)?
11. Koga bi poklicali, če bi se kaj hudega zgodilo? Kdo bi vam (nam) najhitreje pomagal?

6 UPRAVNO-PRAVNO RAZMERJE

Upravnopravno razmerje, upravnopravna norma in upravnopravni instituti so ključni pojmi in osnovne kategorije upravnega prava. Da bi se lahko dejavnosti uprave in subjektov s katerimi stopa v stik, štele za pravne, sta potrebna pravna norma in pravni odnos (razmerje) med subjekti. Upravno razmerje⁶³ je družbeno razmerje med dvema ali več pravnimi subjekti, urejeno s (u)pravnimi pravili, medtem ko vsa družbena razmerja niso regulirana s pravom. Pogoji za nastanek, spremembo in prenehanje pravnega razmerja so 1. obstoj abstraktne pravne norme in 2. nastop pravno relevantnega dejstva (določen predvsem v primarni hipotezi in dispoziciji). Nosilci pravnih razmerij so pravni subjekti, ki imajo drug do drugega ustrezne pravice in dolžnosti glede na predmet pravnega razmerja. Javnopravne dovolitve, prepovedi in zapovedi, ki jih vsebujejo pravna pravila, so pravice, dolžnosti ali pravne koristi, ki jih imajo pravni subjekti v pravnih razmerjih.

Upravnopravno razmerje je s pravom urejeno razmerje med določenimi subjekti. Razmerje je lahko enostransko ali dvostransko urejeno (pravice in obveznosti so uravnotežene na obeh straneh), pri čemer so udeleženci zelo specifični (niso enakopravni, prirejeni), saj je vsaj ena stranka subjekt, ki izvršuje javno oblast in ima s tem tudi močnejšo "voljo"; kljub temu je tudi ravnanje močnejše strani regulirano in ne more biti arbitrarno. Podrejenost strank pomeni, da ima organ možnost, da kot nosilec oblasti uredi neko razmerje s stranko, saj je stranki nadrejen. Razmerje praviloma ne nastane po svobodni volji subjekta, ampak po sili prava; udeleženci svojih pravic in obveznosti ne morejo svobodno oblikovati, saj so vnaprej določene s prisilnimi predpisi.

Kot značilnosti upravnopravnega razmerja lahko navedemo, da v prvi fazi ni spora, saj je organ tisti, ki pove ali in na kakšen način lahko stranka izvršuje pravice, ki jih ima po zakonu. Stranka ne vstopa v razmerje z organom na način, ki bi bil podoben kazenskemu ali pravdnemu, ampak mora pridobiti odločitev nekega državnega organa (lastna iniciativa ali po uradni dolžnosti). Bistvo upravnega razmerja je, da je vedno udeležen javni interes (če hočemo obstajati kot skupnost, obstajajo določeni interesi, ki so dvignjeni nad zasebno raven), zato ne more iti za enostransko razmerje (to bi pomenilo sam s seboj), pač pa za dvostransko ali v večini primerov za večstransko razmerje.

63 Upravnopravno razmerje je vrsta pravnega razmerja, v katerega stopajo organi državne uprave in drugi organi, ki izvršujejo javna pooblastila, v procesu svojega dela – to je takrat, ko na osnovi norm upravnega prava odločajo o pravicah, obveznostih in pravnih koristih subjektov (fizičnih in pravnih oseb) v posameznih upravnih stvareh (Cijan in Grafenauer, 2002, str. 95).

Upravnopravno razmerje je torej vrsta pravnega razmerja, ki ima svoje specifične značilnosti in je s stališča pravne urejenosti pomembno za delovanje družbe kot celote. Upravnopravno razmerje nastane v procesu izvajanja nalog javne uprave, predvsem v okviru izvajanja upravnih oblastnih funkcij. Značilnost tega razmerja je, da gre za razmerje *neenakopravnih* subjektov, njegov rezultat pa je upravna odločba. Ta odločba je konkretni upravni akt s katerim pristojni organ odloči o kakšni pravici, obveznosti ali pravni koristi posameznika ali pravne osebe oziroma druge osebe, ki je lahko stranka v upravnem postopku. S tako odločbo organ avtoritativno (z močnejšo voljo) in enostransko (to je brez pogajanj) odloči o konkretni pravici, obveznosti ali pravni koristi posamezne stranke. Upravnopravno razmerje ima vse značilnosti pravnega razmerja, ima pa tudi nekatere specifične značilnosti, ki se kažejo predvsem glede: subjektov razmerja, načina nastanka, vsebine ter postopka in zaščite pravic.

Kot 1. splošno upravnopravno razmerje ga lahko enačimo s pojmom *upravne institucije* (materialni pomen). Gre za s splošnimi, abstraktnimi (upravno)pravnimi normami urejene sklope, odnose družbenih razmerij, za razmerja med državo in drugimi javnopravnimi subjekti na eni strani in (še ne določenimi) posamezniki oziroma civilnopravnimi subjekti na drugi strani na področjih, kjer kolidirata javni in zasebni interes.⁶⁴ Najpomembnejša so razmerja v zvezi z osebnim statusom posameznika (npr. državljanstvo, družinska razmerja, položaj tujcev), v zvezi s statusom organizacij (npr. društva, osebe javnega prava) in razmerja v zvezi z upravnopravnimi posegi v lastninsko pravico (razlastitev, nacionalizacija, rekvizicija, omejitve zaradi vojaške dolžnosti).

Upravno-pravno razmerje se navadno razume v ožjem smislu kot 2. *posamično razmerje* v katerega vstopa upravni organ (oseba z javnimi pooblastili) v procesu urejanja razmerij s posamično upravno-pravno normo (v okviru upravne zadeve, upravnega postopka, upravnega akta, upravnih ravnanj, upravnega nadzora in upravnega spora) ki se oblikuje pri odločanju o pravicah, obveznostih ali pravnih koristih. Gre za najožjjo obliko odnosa, v katerega stopa organ v procesu upravljanja. Upravno-pravno razmerje v tem ožjem smislu nastane na osnovi močnejše volje državnega organa oziroma organa, ki ima javno pooblastilo, ta organ pa nastopa avtoritativno in enostransko. to velja za primere, ko se postopek uvede po samem zakonu ali na neobvezujoč predlog posamezne osebe ali organa (še vedno se razume, da gre za uvedbo po uradni dolžnosti), kjer organ samostojno odloča o uvedbi postopka in

⁶⁴ Z abstrahiranjem, tj. z opuščanjem iz konkretnih primerov vsega tistega, kar jih dela konkretne, pridemo na raven *institucij* ... kot generični pojem, je institucija družbena struktura, katere ključni element je zbir medsebojno povezanih pričakovanj, torej sistem pričakovanj glede na vedenje, stabiliziranih po družbeni dimenziji, tj. v okviru neke zgodovinsko obstoječe skupnosti ljudi, po časovni dimenziji, torej razmeroma trajnih, in po vsebinski dimenziji, tako da se nanašajo na vnaprej določen krog predmetov. Subjekti vedenja ... niso vnaprej določeni (Pusić, 1989).

tudi takrat, ko se postopek začne na zahtevo stranke.⁶⁵ Elementi upravno pravnega razmerja so 1) objekt upravno-pravnega razmerja je vsebina pravic in dolžnosti in pravnih koristi (upravna zadeva), ki so predpisane z materialnim upravnim predpisom (dejanja, storitve, opustitve ...); 2) Subjekti upravno-pravnega razmerja so vsi nosilci, ki imajo pristojnosti že na podlagi zakona ali pa je na njih preneseno javno pooblastilo (državna uprava, javna uprava, osebe javnega prava, zasebniki z javnim pooblastilom⁶⁶) na eni strani in na drugi fizične in pravne osebe, kot stranke v upravnem postopku; 3) način odločanja v upravno pravnem razmerju je urejen s procesnim upravnim pravom. Kombinacija splošnega in posamičnega upravno-pravnega razmerja (norme+subjekti): *Upravno-pravno razmerje je posebna oblika pravnega razmerja, v katerem so udeleženi upravni organi, pri čemer izvršujoč naloge državne in lokalne uprave odločajo o pravicah, obveznostih in pravnih koristih posameznikov, pravnih oseb in drugih subjektov* (prim. 1. člen ZUP).

Prvi subjekt (posamičnega) upravno pravnega razmerja so lahko organi državne uprave (upravne enote, ministrstva, organi v sestavi ministrstev, vladne službe), drugi državni organi (državni zbor, informacijski pooblaščenec...), organi lokalne samouprave (občinska uprava, svet, župan), nosilci javnih pooblastil in izvajalci javnih služb. Drugi subjekt upravno-pravnega razmerja je stranka; slednja mora imeti sposobnost biti stranka, ki se v upravnem postopku pokriva s pravno sposobnostjo, to je biti nosilec pravic in obveznosti. To pridobi fizična oseba z rojstvom, pravna pa z vpisom v sodni register. Stranka mora imeti tudi opravilno ali poslovno sposobnost, to je sposobnost fizične osebe, da z dejanji lastne volje nase prevzema pravice in obveznosti, ter se zaveda pomena svojih dejanj in ravnanj. To pridobi fizična oseba s polnoletnostjo oz. s sklenitvijo zakonske zveze. Mladoletne osebe lahko v nekaterih upr. stvareh nastopajo samostojno v okviru svoje omejene opravilne sposobnosti po 15. letu (npr. vročitev osebne izkaznice). Stranka mora imeti tudi procesno legitimacijo, to je upravičenje ali zveza, ki jo ima oseba po materialnem predpisu – ali predpis kakorkoli posega v njene pravice, obveznosti ali pravne koristi (izjemoma brez tega, če to omogoča zakon). Če je podana, sodišče meritorno ugotavlja aktivno ali pasivno stvarno legitimacijo (zavrnitev/zavrženje).

65 Pristojni organ začne postopek po uradni dolžnosti, če tako določa zakon ali na zakonu temelječ predpis in če ugotovi ali zve, da je treba glede na obstoječe dejansko stanje zaradi javne koristi začeti upravni postopek. Upravni postopek po uradni dolžnosti se začne, ko opravi pristojni organ v ta namen kakršnokoli dejanje. Upravni postopek na zahtevo stranke je uveden z dnem vložitve zahteve stranke, če ne gre za primere zavrženja zahteve s sklepom, ker zadeva, na katero se vloga nanaša, ni upravna zadeva, če vložnik v vlogi ne uveljavlja kakšne svoje pravice ali pravne koristi oziroma, če po tem zakonu ne more biti stranka, če zahteva ni bila vložena v predpisanem roku in če se o isti upravni zadevi že vodi upravni ali sodni postopek, ali je bilo o njej že pravnomočno odločeno, pa je stranka z odločbo pridobila kakšne pravice, ali so ji bile naložene kakšne obveznosti. Enako ravna tudi, če je bila izdana zavrnilna odločba in se dejansko stanje ali pravna podlaga, na katero se opira zahtevki, ni spremenilo (glej 129. člen ZUP).

66 Na splošno bi lahko govorili o pooblastilu določenim subjektom, da opravljajo posamezne pravice in dolžnosti, ki jih imajo (kot) nosilci javne oblasti.

Vrste strank v upravnem pravu so aktivno legitimirana stranka - oseba, ki ji zakon priznava pravico ali pravno korist in lahko vloži zahtevek; pasivno legitimirana stranka - oseba, zoper katero teče postopek, ker ji zakon nalaga neko obveznost. Kot tretja vrsta stranke pa je lahko stranski udeleženec ali intervenient kot oseba, ki vstopi v že začeti postopek in se udeleži postopka zaradi varstva svojih pravic ali pravnih koristi, vendar mora izkazati pravni interes oz. prizadetost, ki mora biti neposredna, določena v zakonu in osebna (če ga ni, se zahtevek zavrže). Uradna oseba mora ves čas postopka paziti na to, da so osebe, ki bi bile lahko stranski udeleženci, seznanjene s postopkom. Prenehanje upravnopravnega razmerja: ustavitev postopka s strani organa (začet po ur. dolžnosti), na predlog stranke, zavrženje zahteve po začetem postopku (neobstoj procesnih predpostavk), s sprejemom (drugačne) odločitve ali s prejemom odločitve s strani drugega organa (upravni spor).

Vprašanja za ponavljanje:

1. Kaj je upravnopravno razmerje v širšem in kaj v ožjem smislu?
2. Kateri subjekti so udeleženi v upravnem razmerju?

7 POJEM PRAVNEGA VIRA

Doktrina pravnih virov je na evropskem kontinentu nastala kot posledica zavračanja absolutnih učinkov sodnih odločb (anglosaksonski precedensi). Francoški Parlamenti (tedanja sodišča) so na koncu starega režima zavračali ideje revolucionarjev; ker slednji niso želeli ponovitve, so sodiščem leta 1790 z aktom o sodni organizaciji prepovedali vmešavanje v izvrševanje zakonov. Ker naj bi bilo sojenje o delu uprave, še vedno upravljanje (*juger l'administration, c'est encore une fois administrer*) so ustanovili Državni svet kot ločen organ od sodstva, ki "presoja" pravilnost odločitev uprave. Pravni viri so pravne podlage za odločanje, kar ni enako pravnim podlagam za izvršitev že odločenega. Formalni viri upravnega prava so VSI pravni akti, v katerih so vsebovane upravne norme (ne glede na morebitno področje, ki bi v izhodišču morebiti urejalo neupravne zadeve), ki urejajo delovanje, organizacijo, naloge in nadzor uprave. Viri upravnega prava so enaki kot za druge pravne veje, kvantitativna razlika pa se nanaša na številčnost, raznovrstnost in spremenljivost.

Pravni vir zagotavlja pristojnost in podlago za odločanje (*fons juris, source of law, Rechtsquelle*) hkrati pa sam proces ustvarjanja prava. Sprašujemo se po viru, tj. iz kje lahko odločevalec vzame osnovo, pravila na podlagi katerih bo odločil v primeru? Pravni vir so višje določbe, medtem ko ima pojem "pravni izvor" filozofsko moralni pomen, tj. iz kje pravilo črpa svojo moč?

A. V pravnem smislu lahko razlikujemo pravne vire na:

1. pravne koncepte in ideje (*ratio decidendi* – zavezujoče odločitve, *obiter dicta* – „mimogrede“, element argumentacije);
2. državne institucije, ki formulirajo pravna pravila;
3. objavljene manifestacije pravil kot spoznavni viri (uradni list, knjige, e-baze podatkov; s spoznavnimi viri spoznavamo, kakšna je vsebina upravnega prava; iz argumentacij odločb in sklepov upravnih organov in sodb (sodna praksa) je razvidno, kako je državni organ oz. sodišče razumelo neko pravilo; čeprav nimamo precedenčnega sistema, vseeno velja načelo enakega varstva pravic in enotna sodna praksa, ki zahteva podobno reševanje podobnih primerov).

B. Z vidika opazovanja jih lahko razlikujemo glede na:

- i. materialni / formalni izvor (družbene okoliščine kot družbena razmerja, ki sprožijo nastanek pravnih pravil in predstavljajo družbeni razlog za nastajanje pravnih norm, npr. razvoj tehnologije, telekomunikacij, odklonski pojavi, zloraba prava, igre na srečo preko interneta; so osnovni dejavniki, ki vplivajo

na to, katera življenjska razmerja naj bodo pravno urejena in kakšna naj bo vsebina pravnih norm. So viri prava, kar ni isto kot pravni viri / formalni viri so navzven manifestirane okoliščine, iz katerih lahko naslovniki spoznajo, kaj pravo je. So zapisani in nezapisani, v vsakem primeru pa gre za pozitivno pravo, za katerega velja hierarhija predpisov);

- ii. notranji / zunanji izvor (tvorec pravila / predpis, v katerem je to pravilo zapisano – cilj zakonodajalca / cilj predpisa = originalizem / tekstualizem / pragmatizem);
- iii. pisan / nezapisan (pisni/ustni akt; besedni/slikovni; zapisani so predpisi, ki vnaprej na splošen in abstrakten način urejajo posamezna družbena razmerja (ustava, zakoni, podzakonski predpisi [splošni akti z nižjo veljavo od zakona: uredbe vlade, pravilniki ministrstva, splošni akti lokalnih skupnosti kot so odloki, občinski statuti, pravilniki občinskih svetov in splošni akti nosilcev javnih pooblastil]; zapisan vir je lahko tudi interni akt, vendar ne kot pravni, pač pa kot spoznavni vir prava; nato posamični akti: odločbe upravnih organov, odločbe sodišč - nanašajo se na točno določen, konkreten primer, pomembne pa so zaradi vzpostavljanja sodne prakse; odločbe Ustavnega sodišča ter pravna načela. Nezapisani so pravni običaji; pri običajnem pravu gre za materialni pravni vir, ki postane formalni (po formalnih se morajo vsi ravnati, po materialnih pravnih virih ne); na področju upravnega prava ima majhen pomen, ker je področje upravnega prava hitro spremenljivo in običaji ne pridejo v zavest ljudi. V poštev pridejo, v kolikor se predpisi kot blanketne norme nanje sklicujejo in postanejo del postavljenega prava⁶⁷);
- iv. Ali izvor predstavlja pravilo ravnanja abstraktne in generalne narave, ali je to lahko tudi konkretno oz. posamično pravilo (predpis / posamični akt)
- v. Izvirne/derivativne narave (originarne / izvedene norme)

Znanost upravnega prava ima pred seboj prioriteto formalne vire prava, čeprav ne sme pozabiti tudi na materialne (diskrecijska pravica, nedoločeni pravni pojmi). Formalni viri so: neposredni (splošni akti), posredni (upravne in sodne odločbe, merila stroke) in dopolnilni (običaji, uzance, kodeksi). Neposredni so mednarodni viri (splošno mednarodno pravo= splošna pravna načela civiliziranih narodov, mednarodno običajno pravo, naddržavno pravo splošnega interesa in meddržavno pogodbeno pravo; pravo mednarodnih organizacij= EU, NATO), državni viri (akti

⁶⁷ V ta sklop bi lahko umestili poroko mladoletnih oseb. V Sloveniji se lahko namreč z dovoljenjem centra za socialno delo (CSD) in staršev poročijo tudi mlajši od 18 let, vendar morajo biti starejši od 15 let. Mladoletna oseba mora ob prijavi sklenitve zakonske zveze matičarju predložiti pravnomočno odločbo pristojnega centra za socialno delo, da dovoljuje sklenitev zakonske zveze zaradi mladoletnosti. Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih v 23. členu določa, da sme center za socialno delo, če so za to utemeljeni razlogi, dovoliti sklenitev zakonske zveze osebi, ki še ni stara 18 let.

ustavodajalca, zakonodajalca in izvršilne ter sodne oblasti) in avtonomni viri (akti s priznano avtonomijo: lokalna skupnost, izobraževalne institucije, verske skupnosti, socialno-partnerske korporacije in poklicne korporacije). S pravnimi viri je povezano tolmačenje ali interpretacija vira; gre za ugotavljanje smisla, namena oz. cilja ureditve (“ratio legis”).

Splošna pravna načela, ki jih priznavajo civilizirani narodi: načelo pravičnosti (*ex aequo et bono* - glede na pravo, dobro, enakost in vest), dobre vere; načelo sorazmernosti; načelo zakonitosti uprave; načelo upravičenih pričakovanj; načelo previdnosti; načela pravičnih jamstev v postopku; načelo skrbnosti organov; človekove pravice; enakost kot načelo lahko najdemo v vseh elementih, pravica do dobrega upravljanja itd.

- načela, ki so skupna večjemu številu pravnih sistemov; izoblikujejo se navadno v praksi sodišč, ko je treba odločiti v nekem “novem” primeru (novo dejansko stanje oz. pravna praznina, ki jo je treba zapolniti – ne velja več rimska *actionem denegare* oz. *non liquet*).
- sodišča (*sic*) so morala ustvariti načela upravnega postopka, da se jim ne bi nadzor nad zakonitostjo akta izmaknil na področja, kjer bi upravna oblast lahko izkazila uporabo sicer veljavnega materialnega prava („duh/črka zakona). Odločitve v teh primerih lahko postanejo vir prava, če so originarno-ustvarjalne in pospremljene s stabilnostjo uporabe. V takih primerih lahko postane pravni vir tudi upravna praksa oz. iz nje izvirajoč upravni akt (če se sodišča oprejo na tako prakso oz. akt – načelo zadržanosti sodišč zaradi delitve oblasti) – sodišča kot “baron Minhauzen” – vedno “iz sebe, za lase” potegnejo pravilo, četudi ni nikjer zapisano.

Spontano nastajanje formalnih pravnih virov: običaj kot pravni vir= družbena pravila, ki so se v določenem družbenem okolju ustalila; določeno vedenje in ravnanje se ponavlja skozi določeno časovno obdobje, zato se izoblikuje in utrdi prepričanje, da je v enakih in podobnih okoliščinah to vedenje in ravnanje dopustno.

Vprašanja za ponavljanje:

1. Kaj je pravni vir?
2. Delitev pravnih virov?

8 VZROKI ZA OBLASTNO POSEGANJE DRŽAVE

Ob gornjem razmisleku glede postavljenih vprašanj, na katera si lahko vsak odgovori po svoje, so se v teoriji oblikovali nekateri skupni vzroki, ki ob poudarjeni svobodi in avtonomiji posameznika opravičujejo oblastno poseganje države v imenu javnega interesa, tj. dobra celotne skupnosti ali njenega večjega dela. Pri vsakem izmed njih gre za tehtanje med svobodo in prisilo oblasti, za vsakega izmed njih pa velja, da se je omejena regulativna vloga države, značilna za *laissez faire* filozofijo, spremenila v bolj aktivistično-naravnano državo varovanja človekovih pravic in javnega interesa. Če je bil za starejše obdobje omejevanja oblasti še vedno značilen rimski rek *caveat emptor* (naj bo pozoren kupec), se je s socialno državo – še posebej na področju javnega prava – vse bolj začel prevešati v *caveat venditor* (naj bo pozoren prodajalec).

8.1 Država kot “legitimni cilj“

Prvotni vzrok združevanja posameznikov je njihova skupna moč, ki je kot posamezniki nimajo. Gre za t. i. razumevanje države Abrahama Lincolna:

Legitimni cilj države je, da za skupnost ljudi stori tisto, kar bi bilo treba za ljudi storiti, pa tega ne zmorejo ali ne zmorejo tako dobro kot posamezniki ali v okviru lastnih kapacitet. V vse stvari, ki jih lahko ljudje posamično zadovoljijo zase, se država ne bi smela vmešavati. Želene stvari, ki jih posamezniki ne zmorejo storiti, ali jih ne zmorejo dobro storiti, sodijo v dva razreda: tiste, ki se nanašajo na krivice, in tiste, ki to niso. Vsak od teh dveh razredov se osamosvoji v neskončno različnih enot. Prvi se nanaša na vsa kazniva dejanja, prekrške in neizpolnjevanje obveznosti iz pogodb. Drugi zajema vse tiste, ki po svoji naravi in brez krivic zahtevajo skupek ukrepov, kot so javne ceste, javne šole, dobrodельne ustanove, domovi za obubožane, sirotišnice, pokopališča in sam državni aparat. Iz tega je razvidno, da bi bila še vedno prisotna potreba po državi, četudi bi bili vsi ljudje pravični (1953, str. 221).

Razmišljanje: je kdaj sploh dejansko obstajala država kot “nočni čuvaj“? Je v kateremkoli trenutku res le opredelila lastninsko pravico, zaščitila privatno lastnino in imela sposobnost uveljavljanja pogodbenih pravic (okvirni pravni pogoji blagovne proizvodnje za učinkovito tržno gospodarstvo)?

8.2 Javne dobrine

Obstoj javnih dobrin in javnih storitev (javne službe) je glavni komunitarni vzrok za državno aktivnost; ko posameznik ne more sam zadovoljiti dobrin, jih zadosti država kot najmočnejša in suverena organizacija na določenem ozemlju. V ekonomske razloge uvrščamo javne dobrine z vidika škode, ki jo lahko posameznik ali skupine povzročijo ostalim posameznikom ali skupinam, ki so prav tako upravičeni do javnih dobrin. Tako predstavlja oblastni poseg sredstvo proti t. i. “**tragediji skupnega**“ (*tragedy of the commons*) kjer posamezniki, delujoč zgolj v lastnem interesu uničujejo javne vire kot so zemlja in voda. Tragedija skupnega je dilema, ki izhaja iz razmer, v katerih bi več posameznikov, ki delujejo neodvisno in racionalno zasledujoč le svoj lastni interes, na koncu uničilo skupen omejen vir, tudi če je jasno, da nima nihče od njih interes, da bi se to zgodilo. Dilemo je prvič omenil Garrett Hardin (1968). Javne dobrine se od “normalnih” dobrin (blago ali privatne dobrine) razlikujejo po tem, da so razpoložljive vsem v enakem obsegu, ker potrošnja kogarkoli ne zmanjšuje potrošnje drugih (**nerivalstvo v potrošnji**) in da je od uživanja javne dobrine potrošnika zelo težko ali nemogoče izključiti, tudi če ne prispeva k pokrivanju stroškov (**nemožnost izključitve**).

8.3 Neučinkovitost trga

Gre za prevladujoč vidik pri ekonomistih, ki obravnavajo trg kot normo in opravičujejo poseg države le v primeru javnih dobrin, ki jih trg v okviru konkurence sam po sebi ne more zadovoljiti. V idealnem primeru bi konkurenčni trg dosegel Pareto učinkovitost, vendar v praksi ni vedno tako. Trgi so neuspešni pri zagotavljanju konkurence zaradi štirih temeljnih razlogov: monopol, pomanjkljive informacije, eksterni učinki, javno dobro in makroekonomska neravnotežja (kot rezultat omenjenih razlogov).

8.3.1 Potreba po kontroli monopolov

Ta potreba je bila predmet državne intervencije vse od konca 14. stoletja dalje, ko je angleški parlament razbil monopol nemškega cehovskega združenja trgovcev (*Hansa*), vse pogosteje pa je začela država posegati v gospodarstvo od konca 19. stoletja naprej (Shermanov zakon 1890 – ZDA). Kjer eno podjetje (monopolist) ali nekaj izmed njih (oligopol ali kartel) lahko dvigne ceno nad konkurenčno raven, trg ni konkurenčen. Monopolist zaračunava več in proizvaja manj kot konkurent; cena, ki jo zaračunava, presega marginalne oportunitetne stroške proizvodnje, potrošniki plačujejo več a prejmejo manj produkta, monopolist pa prejema dobiček, ki si ga ni zaslužil z dejanskim razmerjem med vloženim delom, nabavljenimi surovinami in ceno produkta. Monopol lahko vpliva tudi na znižanje kvalitete dobrin ali storitev,

neproduktivno vlaga sredstva za vzdrževanje ali povečevanje monopola, ne da bi se usmerjal v inovacije, izboljšave ipd.

8.3.2 Asimetrične informacije – nepopolni trgi

Nepopolne informacije na strani ponudnika

Na trgu obstaja povpraševanje po proizvodih in storitvah, vendar tržišče ne zagotavlja povsod ustrezne ponudbe, čeprav ne gre za javne dobrine. Izven idealnih razmer (kjer kupci dobro poznajo namene in sposobnosti prodajalcev, prodajalci pa namene in resnost kupcev) obstajajo tudi nepopolni trgi, kjer so **informacije slabe ali težko dostopne**. To so predvsem trgi za zavarovalniške storitve ter posojila. Pri nepopolnih trgih imajo **ponudniki slabše informacije kot povpraševalci** (bolnik z resno boleznijo, o bolezni ne bo seznanil zavarovalnice); zaradi asimetrije informacij je prisotna **negotovost glede izida**. Zavarovalnica ne ve, ali se sklenitev zavarovanja splača ali ne; banka ne ve, ali bo prosilec kredita le-tega vrnil ali ne, in v takih razmerah je težko določiti ustrezno ceno. Tudi če do sklenitve pogodbe pride, se lahko zgodi, da bo izpolnitev pogodbe povezana z visokimi stroški uveljavljanja pogodbene pravice (izterjave kredita). Ponudniki so tu soočeni z negotovostjo zaradi asimetričnih informacij in visokih stroškov izpolnjevanja pogodb, zato nimajo interesa delovati na takih trgih. Če naj trgi sploh delujejo, jih mora organizirati ali vsaj podpirati država.

Nepopolne informacije na strani povpraševalca

Gre za negotovost zaradi asimetričnih in s tem pomanjkljivih informacij kot vzrok za nedelovanje trga na strani povpraševanja. Povpraševalci, potrošniki so lahko pre malo obveščeni o lastnostih in kvaliteti izdelkov in storitev (npr. nejasni izračuni obresti pri posojilih, zamolčane informacije o (škodljivih) dodatkih v hrani, nejasna pogodbenena določila za garancije izdelkov). Trg tu sicer deluje, vendar v škodo potrošnikov, zato naj bi država s svojo aktivnostjo to popravila. V skupino informacij, ki jih zagotavlja država, lahko uvrstimo tudi rezultate raziskovanj, ki nimajo neposrednega praktičnega učinka v kratkem roku (bazične v. aplikativne raziskave), zato privatni sektor na tem področju praviloma ne bo dejaven brez državne finančne podpore. Posebna skupina informacij so tudi tiste, ki jih je težko prodati zaradi nezmožnosti izključitve, kot so vremenske napovedi, podatki o plovbi in prometu, zato jih praviloma ne zagotavlja privatni sektor, ampak država.

8.3.3 Eksterni učinki

Predstavljajo izjemo od rimske *damnum absque injuria* – izguba brez poškodbe. Povezava z javnimi dobrinami (deležni so jih vsi državljani in izključitev ni mogoča). V tržnem gospodarstvu je veliko dobrin, ki niso čiste privatne, temveč t. i. mešane

dobrine (*mixed goods*), pri proizvodnji ali potrošnji katerih nastajajo vzporedni, eksterni učinki, eksternalije, v obliki stroškov (izjemoma tudi pozitivnih koristi), ki jih proizvajalci ali porabniki ne upoštevajo. Posledica neupoštevanja teh učinkov je, da je proizvodnja nekaterih dobrin prevelika in drugih premajhna (npr. pri proizvodnji se izpušča škodljive pline, zaradi katerih se krčijo gozdovi in zastruplja ozračje). Posledice so uničeni gozdovi in bolezni prebivalstva; proizvajalec te dobrine določa obseg proizvodnje izključno le glede na neposredne proizvodne stroške in cene konkretne dobrine na trgu, o ekoloških in zdravstvenih posledicah ne razmišlja).

8.3.4 Obstoj nezaposlenosti in makroekonomska neravnotežja

Kljub temu, da je trg pod določenimi pogoji najučinkovitejši alokator in informator o potrebah in željah, so vsa tržna gospodarstva podvržena neravnovesjem, ki občasno povzročajo inflacijo na eni strani in nezaposlenost na drugi. Ta neravnovesja so odraz tržne neučinkovitosti, ki jih mora popraviti država: prek javnih financ s politiko davkov in javnih izdatkov skuša skupaj z denarno politiko *ustvariti ustrezen in potreben obseg ter strukturo povpraševanja in ponudbe in s tem zagotoviti stabilne cene in čim večjo zaposlenost*. Zaradi družbene pomembnosti so stabilne cene in visoka zaposlenost javne dobrine, za katere mora skrbeti država; makroekonomsko javno stanje v primerjavi z zasebnim mora skrbeti za njuno ravnotežje (podobno kot sistem zavor in ravnotežij pri delitvi oblasti) na način, da nobena stran ne onemogoča druge (tudi prevelika, pretirana konkurenca vodi k monopolom). Med liberalizacijo in privatizacijo je monopolizacija in nacionalizacija.

8.4 Neučinkovitost izven trga – komunitarni vzroki

Država ni le trg; je *skupnost državljanov* na določenem ozemlju, je organizirana politična skupnost, ki ima na omejenem ozemlju suvereno oblast. Država je skupnost, ki si deli nekatere skupne vrednote, ki predstavljajo njeno družbeno vezivo. Poleg različnih oblik tržne neučinkovitosti, ki opravičujejo državno intervencijo, obstajajo drugi javni vzroki, zaradi katerih se posreduje v delovanje družbe, tudi če bi tržno gospodarstvo delovalo popolnoma učinkovito (kar se nikoli ne zgodi v celoti - Adam Smith s teorijo nevidne roke trga ni nikoli v celoti zanikal poseganja države v gospodarstvo). Gre za normativno gledanje na delovanje države, ki sledi dobru družbe kot celote, kjer naj bi bili posegi države družbeno koristni.

8.4.1 Kontrola nesorazmernih dobičkov

Sposobnost, iznajdljivost omogoča posameznikom npr. doseganje visokih dohodkov na monopolnem trgu, izkoriščanje asimetričnih informacij, obstoj visokih dobičkov

glede na majhen vložen trud, prevalitev negativnih eksternalij na druge ali nenaden porast cen določene dobrine, ki jo ima določeno podjetje v svoji lasti oziroma pod svojo kontrolo. Veliko povečanje cen goriv ali plina na svetovnem trgu koristi tistim, ki imajo velike količine goriva ali plina; velik porast stroškov gradnje ali kriza v gradbeništvu koristi tistim, ki imajo v lasti več nepremičnin, ki jih dajejo v najem. Takšne koristi za posameznike in organizacije lahko nastanejo ne glede na ne/konkurenčne trge. Država tu ukrepa zaradi velikega nesorazmerja med vloženo energijo in dobljenim dobičkom, ki ga razume kot *moralno nesprejemljivega*.

8.4.2 Javne službe

Kar se začne kot prostovoljna dejavnost (kot je npr. požarna varnost, skrb za revne) sčasoma postane institucionalizirana oblika, za katero so ljudje prek volitev izkazali naklonjenost prek plačila davkov. Tako so nekdanje prostovoljne oblike postale državne naloge v okviru javnih služb. Obstoje javnih dobrin in storitev je eden od osnovnih razlogov za delovanje države: od "čistega" (tj. oblastnega) delovanja države, kjer zagotavlja varnost, red in mir, učinkovitost delovanja organov oblasti, represivnih organov in organov sodstva, do neposrednega proizvodnje dobrin in storitev (režijske javne službe), posrednega zagotavljanja opravljanja dejavnosti javnih dobrin in storitev prek ustanavljanja posam. organiz. oblik (javno podjetje, javni zavod...) ali podeljevanja koncesij in sklepanja javno-zasebnih partnerstev. Javne službe predstavljajo enega osnovnih komunitarnih razlogov tako za obstoj kot samo delovanje države.

8.4.3 Distribucija dohodkov

V interesu družbene pravičnosti države (bolj ali manj) aktivno vplivajo na distribucijo dohodkov. Tržna distribucija dohodkov je odvisna od sposobnosti posameznikov, pa tudi od možnosti, kot so ustrezna izobrazba, zdravje, premoženje itd. Sposobnosti posameznikov in njihove možnosti se bodo vedno razlikovale, zato bo dohodek vedno razdeljen neenakomerno, pri čemer je naloga države, da **poskuša uravnavati prevelika odstopanja**. Država z davčno politiko popravlja distribucijo, ki izhaja iz trga. S politiko transferjev, pomoči za brezposelne, nemočne, hendikepirane s pokojninskim in socialnim zavarovanjem prenaša dohodek na socialno šibke in/ali manj sposobne.

8.4.4 Paternalizem

Lat. *pater*, oče; nazor stare Grške filozofije, ki družino uporablja za model države. Tako naj bi država bolje od posameznikov vedela, kaj je dobro zanje. Če ima posameznik višje vrednote, se paternalizem nanj večinoma ne nanaša. Sprejemanje odločitev v imenu mladoletnih oseb, za katere se predpostavlja, da so nesposobni predvideti

vse posledice svojih odločitev (tutela oz. skrbništvo) in postavitev začasnega skrbnika zaradi odsotnosti stranke, sta znana že iz rimskih časov. Ob koncu 19. in v zač. 20. st. dobi paternalitem vsebino *navidez pokroviteljskega, zaščitniškega odnosa lastnika kapitalističnega podjetja do delavcev z namenom, da bi jih prisilil k pokorščini*. Paternalizem se odraža npr. v predpisih o obvezni uporabi varnostnih pasov v avtomobilih, o obvezni zimski opremljenosti, o nošenju čelade na motorjih in kolesih, v prepovedi kajenja na javnih krajih, v navodilih o obveznem obveščanju kadilcev o škodljivosti kajenja, o prepovedi točenja pijač mladini oziroma pred določeno dopoldansko uro ipd. Novejša oblika = liberalni paternalizem.

8.4.5 Individualizem

Možna oblika komunitarizma z enako mero, kot bi lahko komunitarizem šteli kot obliko individualizma. Posameznik postane posameznik z vsemi vrednotami in pravicami, ko stopi v neko skupnost, ki mu jih priznava. Individualizem se kaže v spoštovanju neposredno uporabljivih **temeljnih človekovih pravic in svoboščin**. Z vidika izhodišča, obravnave je enako vreden kot sam komunitarizem (javno korist, javni interes bi lahko na drugi strani šteli kot "človekovo pravico, ki jo ima narod, skupnost kot celota").

8.4.6 Tveganja

Vse večja industrializacija lahko povzroča tudi vse večje tveganja, riziko za zdravje, varnost, okolje, premoženje ipd., zaradi učinkov delovanja tovarn, storitev prometa na cestah, železnicah, zraku in vodah. Vsaka nova dejavnost ali proizvod lahko povzroča tveganja, zaradi česar je regulacija usmerjena na minimiziranje tveganj; ideja sicer ni nova, je pa od 90ih let prejšnjega stoletja doživela velik vzpon. EU je načelo previdnosti tako vnesla kot načelo leta 1992 v Maastrichtsko pogodbo, pri čemer je sodišče EU načelo previdnosti iz varovanja okolja raztegnilo na varovanje javnega zdravja (npr. SARS, BSE) in ga razglasilo za splošno pravno načelo EU. Organi imajo diskrecijsko pravico do uporabe načela previdnosti, ki stopa pred ekonomske interese, pri čemer morajo ob upoštevanju načel primarnosti varstva javnega zdravja in previdnosti opraviti kompleksne presoje, zlasti pri znanstveni negotovosti; temu primerno se uporabi načelo sorazmernosti in nediskriminacije. Znanstvena negotovost predstavlja legitimnost za uporabo zaščitnih ukrepov, kjer je učinke določene substance ali proizvoda težko oceniti, obstaja pa resna nevarnost pred nepopravljivo škodo. Z načelom previdnosti je tako povezan problem nepovratnosti. Regulacija se na tem mestu ukvarja s problemom posledic, ki izhajajo iz določene vrste ravnanja in ki bi imele take posledice, zaradi katerih se lahko tudi prihodnje generacije ne bi ali bi si zelo težko opomogle. Le v takih primerih bi bilo načelo previdnosti upravičeno.

Glavna kriterija za javne dobrine = uporaba = upravno pravo. Rivalstva načeloma ni, ker javno oblast uporablja država in njeni organi, izključitev državljanov iz sistema upravljanja države pa tudi načeloma ni možna (načelo enakosti pravic in dolžnosti).

Vprašanja za ponavljanje:

1. Kaj predstavlja država kot "legitimni cilj"?
2. Kaj predstavljajo javne dobrine?
3. Zakaj je neučinkovitost trga vzrok za oblastno poseganje?
4. Zakaj obstaja potreba po kontroli monopolov?
5. Kaj so asimetrične informacije oz. nepopolni trgi?
6. Eksterni učinki?
7. Zakaj je nezaposlenost in makroekonomska neravnotežja vzrok za oblastno poseganje?
8. Kaj predstavlja neučinkovitost izven trga – komunitarni vzroki?
9. Zakaj je vzrok tudi kontrola nesorazmernih dobičkov, javna služba, distribucija dohodkov, paternalizem, individualizem in tveganja?
10. Bi lahko obstajal tudi kakšen drug vzrok?

9 SISTEMIZACIJA UPRAVNEGA PRAVA

Če hočemo spoznati pozitivno pravo neke države in ga razumno dojeti, mora biti v njem nek logičen sistem, ki nastane s povezovanjem in razporejanjem posameznih delov, tako da skupaj tvorijo neko celoto, tj. pravni red. Razporejanje pravnih predpisov imenujemo sistemizacija prava, katere temelj predstavljajo posamezne vrste družbenih razmerij ali njihovih sorodnih sklopov. Osnovni element za sistemizacijo prava je pravni predpis. Skupek pravnih predpisov in pravnih določb, ki urejajo neko vrsto družbenih razmerij, oblikuje ustrezno pravno ustanovo ali pravni institut. Skupek tistih pravnih ustanov, ki zajemajo in urejajo široko področje vsebinsko sorodnih družbenih razmerij tvori pravno panogo. Med te panoge štejemo javnopravne panoge ter zasebnopravne panoge. Kriterija za sistemizacijo oziroma razvrščanje pravnih panog sta:

1. predmet (vsebina – upravna zadeva) urejanja in
2. način urejanja (posledica načina je položaj subjekta, ki je lahko prirejen ali podrejen)

Upravno pravo se umešča v *javno* pravo; gre za pravna pravila, ki urejajo razmerja med oblastjo in posamezniki, delno pa tudi med različnimi nosilci oblasti. Vsebinsko razmejitev javnega od zasebnega prava lahko naredimo na temelju javnega interesa (tvori samo jedro javnega prava, pri čemer je z vidika prava pomembnejše, kdo ga določa, kot pa kakšna je njegova vsebina), ob dejstvu, da država nastopa kot ena od strank (vedno je v ozadju prisotna država s svojo močjo; gre za skupek pravil, ki se nanašajo na državo zgolj v njeni oblastveni vlogi). Javno pravo temelji na hierarhičnem odnosu med strankama - ni prirejenega delovanja. Zasebno pravo ureja razmerje med prirejenimi, pravno enakovrednimi subjekti, javno pravo pa razmerje med nadrejenim in podrejenim subjektom, kjer ima prvi večjo pravno težo. Ta pravna "večvrednost" izhaja iz tega, da pravni red lahko državljanke zaveže z enostranskim izrazom volje, tj. *ukazom*. V nasprotju s civilnim pravom, v javnem pravu načeloma ni avtonomije volje (kogentna pravila; obstaja pa tudi diskrecija); javna oblast omejuje svobodo posameznika in njihovih organizacij. Zasebno pravo uporabljajo primarno predvsem pogodbene stranke in sodišče, pravice iz javnega prava in upravnega postopka pa predvsem upravni organi. V okviru pravnega civilizacijskega izročila, po katerem je "dovoljeno vse, kar z zakonom ni prepovedano, in da nikogar ni mogoče prisiliti k nečemu, kar z zakonom ni zapovedano", velja za javno pravo le tisto, kar določa zakon. Javno pravo je torej pravo, ki ureja razmerja med državo in državljani ter med samimi nosilci oblasti.

Znotraj javnega prava, upravno pravo ureja delovanje uprave. Upravno pravo ureja razmerja med organi ali organizacijami, ki imajo javno oblast, in drugimi subjekti, ki te oblasti nimajo. Ureja tudi organizacijo in delovanje javne uprave. Vsi deli javne uprave vsaj v določenem delu izvršujejo oblast (v različnem obsegu) in upravno pravo ureja razmerja z izvrševanjem oblasti. Ta razmerja pa niso enakopravna: ena stran je šibkejša in mora biti posebej varovana, zato upravno pravo predstavlja pravno varovanje posameznikov in pravnih oseb pred javno oblastjo. Organ nastopa z atributom oblasti in lahko stori samo tisto, kar je izrecno določeno, stranka pa lahko stori vse, kar ni prepovedano. Izvršilno oblast se omejuje z namenom zaščite šibkejšega v razmerju pred nerazumnim ravnanjem oblastnega organa, in zagotovitve pravne varnosti. Upravno pravo je torej en del javnega prava, v katerega sodi še ustavno pravo, kazensko pravo, kazensko in upravno procesno pravo ter mednarodno javno pravo. V zasebno pravo sodijo pa civilno (zasebno) pravo, stvarno pravo, obli-gacijsko pravo (pogodbe), dedno pravo, družinsko pravo, gospodarsko pravo, delovno pravo in mednarodno zasebno pravo. Z navedenega vidika lahko primerjamo upravno pravo predvsem z naslednjimi pravnimi panogami: mednarodnim javnim pravom, ustavnim pravom, civilnim pravom, delovnim pravom, kazenskim pravom, javno-finančnim pravom, sodnim pravom ipd.

9.1 Upravno pravo in politika

*Il est de l'essence d'une puissance souveraine de ne pouvoir être limitée; elle peut tout ou elle n'est rien.*⁶⁸

–Rousseau

Politični akti (akti vladanja) so posebne vrste dejavnosti vrhovnih oblastnih organov, ki so vezane neposredno na ustavo in niso podvrženi posebni sodni kontroli (op. podobno kot upravljanje z "lastnino" gospodarske družbe "na ravni države"; tisto, kar mora početi država, da sploh je država kot *oblast*). O političnih aktih govori tudi ameriška temeljna sodna odločba, ki se jo navaja kot izhodišče ustavne presoje zakonov.⁶⁹ V absolutizmu kot režimu neomejene monarhove oblasti, ki se je najprej razvil v Španiji, kasneje v Franciji, Habsburški monarhiji, Prusiji in Rusiji, je bila suverenost v rokah monarha. Politična diskrecija kot izraz za odločitve najvišjih oblasti, zoper katere ni možnosti vlaganja pravnih sredstev, je temeljila na

68 »Bistvo moči suverena je, da ne more biti omejena; lahko je vse ali ni nič«.

69 Gl. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803): »V skladu z ustavo ZDA ima predsednik določena pomembna politična pooblastila, pri uresničevanju katerih mora uporabljati svojo presojo in je odgovoren le svoji državi po svojem političnem značaju in svoji vesti. Za pomoč pri opravljanju teh nalog je pooblaščen, da imenuje določene častnike, ki delujejo po njegovem pooblastilu in v skladu z njegovimi ukazi. V takih primerih so njihova dejanja njegova dejanja; in ne glede na mnenje o načinu uporabe take diskrecijske pravice, ni nobeneaga pooblastila za nadzor te diskrecijske pravice. Ti subjekti so politični. Spoštujejo narod, ne pa posameznikovih pravic in taka odločitev, zaupana izvršni oblasti, je dokončna«.

temeljnih značilnostih absolutizma in neomejenih (božjih) pristojnosti absolutnega monarha. Prehod iz absolutizma v konstitucionalizem je obeležil ustavo kot simbol varstva individualne svobode in suverenosti ljudstva. Ideja suverene moči, za katero ni nobenega pravila in meje, se je sorazmerno zmanjševala z vse večjim pomenom človekovih pravic in idejo pravne države. Še leta 1906 je britanski primer *Bainbridge v. Postmaster-General* ((1906) K.B. 178; 75 L.J.K.B. 366) potrdil staro pravilo angleškega prava, da kralj ne more storiti nič narobe, zaradi česar ne more biti sodno preganjan (“*the King can do no wrong*”) in da vodja vladnega urada ni odgovoren za nepravilnosti podrejenih. Kljub temu je takšno pravilo zagotovo zastarelo. Pravilo je veljalo v skoraj nespremenjeni obliki tudi v Franciji, kjer je načelo “*le roi ne peut mal faire*” veljalo v absolutni obliki, vse do francoske revolucije, relativno pa vse do primera *Blanco* iz leta 1873.

Z ustavnimi določbami o delitvi oblasti, varovanjem temeljnih človekovih pravic in svoboščin, prepovedjo samovolje in zlorabe oblasti, so se začele ločevati (zunanje) odločitve, ki lahko posegajo na omenjena področja, v pravice ter obveznosti oseb ter (interne) odločitve organov, ki na omenjena področja v svojem dosegu načeloma ne morejo (ne smejo) posegati. Duguit se je že leta 1921 zoperstavil ideji suverenosti države na račun ideje države kot javne službe, ki naj zagotavlja dobrine in storitve, vendar se je (že rimskopravna) imperium kot moč nad vsemi, ohranila vse do danes in se kaže v nasprotju med politično in pravno odgovornostjo. Pred obravnavo upravnih aktov je treba vedeti, kaj v njih ne sodi; akti vladanja so ena najbolj tipičnih izjem, zato si jih kaže bližje ogledati.

Akte vladanja je na osnovi zgodovinskih (in takrat aktualnih) dogodkov najbolj izčrpno obravnavala francoska pravna teorija in v večjem delu temelji predvsem na sodni praksi francoskega državnega sveta (*Conseil d’État* – CE) kot najvišjega upravnega organa v državi. Akti vladanja so se na začetku “presojali” predvsem po njihovem političnem motivu. Od najširših razsežnosti se je prostor teh aktov vse bolj zoževal: francoski Državni svet je tako za časa restavracije zavrnil pritožbo bankirja Jacquesa Laffittea, ki je zahteval plačilo zaostankov rente, ki jih je pridobila princesa Borghese, sestra Napoleona I. z utemeljitvijo, da “je zahtevek g. Laffitta predvsem politično vprašanje, za katerega odločitev je izključno pristojna vlada (CE, 1. maj 1822, Laffitte, Rec. 1821–1825 str. 202); za časa drugega imperija, je bil opravljen zaseg del (brošur) vojvode d’Aumale-ja in zavrnitev vrnitve izvodov, kar je Državni svet obravnaval kot “politično dejanje, ki ne sodi v okvir zlorabe oblasti”, zato mu je odrekel pravno naravo (ES, 9. maj 1867, Duke of Aumale in Michel Levy, Leb, str. 472). CE je ob koncu tretje republike, nato v okviru 19. stoletja in vse do sedemdesetih let prejšnjega stoletja opravljal presojo upravnih zadev v smislu pretorskega kreiranja prava ob odsotnosti pravil iz ničesar (*ex nihilo*), po drugi strani pa je pripisati njegovo aktiv-

nost na tem področju zaradi svetovalne vloge izvršilni veji oblasti (ki jo je imel poleg sodne). Na zakone je bil vezan le v toliko, kolikor so zadeve izrecno predpisovali, v ostalih primerih pa je lahko sam začasno (t. i. *référé*) uredil stvar, dokler zakonodajalec ni določil drugače.⁷⁰ Čas od francoske revolucije naprej je narekoval stanje, v katerem bilo mogoče katerikoli akt uprave razglasiti za akt vlade; dovolj je bilo, da je obstajal kakršenkoli politični motiv za njegov sprejem.⁷¹ Teorija politične motivacije je bila s strani Državnega sveta opuščena v odločilni zadevi z dne 19. februarja 1875, t. i. "Princ Napoléon".⁷²

Vse od primera Princ Napoleon je bila doktrina aktov vladanja vse bolj zožena zgolj na razmerja med vlado na eni strani in parlamentom na drugi ter tujim državami ali mednarodnimi organizacijami (glej npr. TC z 2. februarja 1950, *Radiodiffusion Française*). Izključitev sodnega nadzora se običajno pojasnjuje s tem, da gre za primere, ki so tesno povezane z organi, nad katerimi Conseil d'Etat nima kontrole, tj. nad francoskim parlamentom ali tujo državo. Celo tu je lahko doktrina aktov vladanja omejena oz. znižana s teorijo acte détachable (izločeni akt): upravni sodnik zopet pridobi pristojnost, če lahko izdvoji del iz akta vladanja (acte de gouvernement), za katerega sodi, da je upravni akt (acte administratif). Npr. v primeru, kjer je francoski konzul odredil izgon francoskega državljana iz tuje države, ker je bil tam nezaželen,

70 S sprejemom Code Civil leta 1804 je postala uprava v nepredvidljivih okoliščinah, ki jih prinaša življenje, sicer vezana na načelo zakonitosti (legalitete), vendar je sodnik smel ob uporabi zakona oziroma njegovih prazninah, ustvariti novo pravilo ob sledenju namenu zakonodajalca in z uporabo splošnih pravnih načel. V zadevah, ki jih zakon ni uredil, so odločali samostojno, pri čemer so se sklicevali na javni red (ordre public) in dobre običaje (de bonnes moeurs) iz 6. člena CC, pri tem pa zavračali sodno presojo v primeru izjem: gre za izjeme izrednih okoliščin («circonstances exceptionnelles»), internih aktov uprave (mesures d'ordre intérieur administratives) in aktov vladanja («actes de gouvernement»). Izredne okoliščine upravi omogočajo v času krize »legalizacijo« okoliščin ali dejanj, ki bi se sicer v normalnem stanju šteje za nezakonite in služijo kot ukrep za vzpostavitev javnega reda (l'ordre public) in zagotavljanja javnih storitev (bon fonctionnement des services publics).

71 Teorija o političnem motivu je omogočala upravi, da je iz političnih razlogov sprejemala kakršnekoli akte, ki so ravno zaradi političnih motivov omogočali urejanje stvari izven pristojnosti uprave oziroma drugače povedano, da je lahko nemoteno kršila zakone. Waline meni, da akti vlade obstajajo dejansko in pravno. Teorijo o aktih vlade pravno zagovarja z obstojem nekega zakonskega besedila (26. člen zakona z dne 24. 5. 1872), ki se glasi: »Ministri imajo pravico, da zahtevajo od sodišča za reševanje sporov o pristojnosti, da se določeni spori, ki nimajo značaj upravnega spora, izvzamejo iz reševanja pri Državnem svetu«. Izvor te določbe se pojasnjuje s tem, da predstavlja ponoven zapis določbe zakona z dne 3.3.1849, ki se je ravno tako nanašala na sodišče za reševanje sporov o pristojnosti. Iz skorajda enakih razlogov (kot v primeru internih aktov uprave op.) Conseil d'Etat zavrača pristojnost v zadevah, ki se nanašajo na akte vladanja (actes de gouvernement). Na prvi pogled se zdi paradoksalno, da bi zavračalo nekaj, kar bi že po svojem imenu moralo biti upravni akt. Ta paradoks se razreši, če jih prevedemo kot akte države.

72 Princ Napoleon-Joseph Bonaparte, imenovan za generala leta 1853 s strani njegovega bratranca Napoleona III, se je pritožil na vojaški letopis iz leta 1873, ki po padcu drugega imperija na seznamu generalov ni omenjal njegovega imena. Minister za vojskovanje mu je odgovoril, da se njegovo imenovanje "nanaša na specifične pogoje političnega sistema, ki je izginil in ne velja več." Uprava je nasprotovala politični naravi tega ukrepa. Državni svet se je izrekel za pristojnega in zavrnil pritožbo na podlagi zaključkov komisarja vlade David-a, ki je zatrdil, da »za predstavitev izjemnih okoliščin, ki so zunaj in nad vso sodno kontrolo, ne zadošča, da bi se o aktu vlade ali njenih predstavnikov, razpravljalo le s strani Sveta ministrov ali ki bi ga narekovali politični interesi, zato mora državni svet zavrniti teorijo o politični motivaciji in se izreči za pristojnega za obravnavo pritožbek. V okviru istega gibanja so tudi akti uprave (acte administratif) postali predmet nezakonitosti (tudi ti so nastali na osnovi političnega motiva): možna je razveljavitev takšnega akta zaradi kršitve zakona (erreur de droit) ali zlorabe oblasti (détournement de pouvoir).

je bila njegova odločitev tako ločena od njegovega siceršnjega diplomatskega dela, da je bila lahko predmet sodne presoje (CE 4. december 1925, *Colrat*).

Akt vladanja je akt, ki ga kot takega prepozna sodnik in zaradi tega zavrne njegovo presojo v sodnem postopku. Teorija je nenehno predmet napadov s strani pravnikov, ki zagovarjajo načelo zakonitosti in enakosti pred zakonom. Spomniti je treba, da stari zakoni niso omejevali suverena, kar pojasnjuje tudi sprejem teorije o aktih vladanja. Če so ti akti vladanja prestali sodno presojo na način, ki je zagovarjala njihovo imuniteto pred sodno presojo, nam ne preostane drugega, kot da priznamo njihov obstoj v okviru njihovih priznanih meja. Državni svet si je pri določanju pojma akta vlade pomagal z empirično metodo in razlogi opurtunitete (primernosti, koristnosti), kar je privedlo do taksativnega navajanja posameznih aktov, za katere je državni svet ugotovil, da gre za akte vladanja.⁷³

Avstrijska teorija v zvezi s t. i. izvenpravno dejavnostjo izvršilne oblasti ("*nichtthoheitliche Verwaltung*") navaja ravnanje izvršilne oblasti, pretežno s področja promotivne uprave, ki ne uporablja enostransko obvezujočih oblastvenih upravnih aktov.

73 Tako so se šteli za akte vladanja npr.:

1. Odločitve, ki jih izvršilna oblast izvaja v okviru sodelovanja v zakonodajni funkciji:
 - Zavrnitev, da predloži osnutek zakona parlamentu (CE, Sect., 18. julij 1930, *Rouché*; CE, 29. november 1968, *Tallagrand*)
 - Odločitev za promulgacijo zakona (CE, Sect., 3. november 1933, *Desreumeaux*)
 - Odločitev za odlog ali preklic priprave zakona (CE, Ass., 19. januar 1934, *Compagnie marseillaise de navigation à vapeur Fraissinet*)
 - Zavrnitev, da stori vse potrebno za hiter sprejem predloga zakona (CE, Sect., 25. julij 1947, *Société l'Alfa*)
 - Zavrnitev, da sproži ustavno revizijo (CE, 26. februar 1992, *Allain*)
 - Upokojevanje poslancev (ES, 2003, *Papon*)
2. Odločitve, ki jih sprejme predsednik republike v okviru svojih ustavnih pooblastil:
 - Sklep, da predloži predlog zakona na referendum: CE, Ass., 19. oktober 1962,
 - Sklep za izvajanje pooblastil v primeru kriznih razmer iz člena 16 Ustave: CE, Ass., 2. marec 1962, *Rubin* in drugi
 - Sklep o razpustitvi Nacionalne skupščine: ES, 20. februar 1989,
 - Imenovanje člana Ustavnega sodišča: CE, Ass., 9. april 1999, *Ms*
 - Odločitve glede ustavne obtožbe predsednika: ES, 2005, *Hoffer*
3. Odločitve, povezane z vodenjem zunanjih odnosov:
 - Varovanje oseb in premoženja Francije v tujini: ES, 2. marca 1966, *Dame*
 - Zavrnitev o predložitvi spora Meddržavnemu sodišču: CE, 9. junij 1952, *Gény*,
 - Odredba o onemogočanju tujih radijskih oddaj TC, 2. februar 1950, *Radiodiffusion française*
 - Ustvarjanje varnostne cone v mednarodnih vodah pri jedrskih poskusih: CE, Ass., 11. julij 1975, *Paris de Bollardiére*
 - Sklep o obnovitvi jedrskih poskusov pred sklenitvijo mednarodnega sporazuma, ki repoveduje takšne preskuse: CE, Ass., 29. september 1995, *Association Greenpeace France*
 - Sklep o napotitvi vojaških sil v Jugoslavijo v zvezi z dogodki na Kosovu: CE, 5. julij 2000, *Mégret et Mekhantar*
 - Pogoji za podpis mednarodnega sporazuma: CE, Sect., 1. junij 1951, *Société des étains et wolfram du Tonkin*
 - Odločitev, da se ne objavi pogodbe: CE, 4. november 1970, *de Malglaive*
 - Glasovanje francoskega ministra v Svetu Evropske skupnosti: CE, Ass., 23. november 1984, *Association « Les Verts »*
 - Sklep o začasnih prekinitvi izvajanja pogodbe: CE, Ass., 18. december 1992, *Préfet de la Gironde c. Mahmedi*
 - Odločitev o suspenzu znanstvenega in tehničnega sodelovanja z Irakom v času Zalivske vojne: CE, 23. september 1992, *GISTI*.

Po prvem stališču, ki izhaja iz tradicionalnega gledanja avstrijske pravne doktrine na absolutno in popolno vezanost upravnih organov na vseh področjih njene dejavnosti, bi morali veljavo prvega odstavka 18. člena avstrijske ustave razširiti tudi na takšne primere in sicer brez izjem. Druga skupina avtorjev zagovarja stališče, da omenjeni ustavni člen ne velja za izvenpravno dejavnost izvršilne oblasti. Vendar zato poudarjajo, da je treba v tem pogledu vezanost izvršilne oblasti obravnavati ne kot absolutno vezanost, temveč kot relativno. V vsakem pogledu morajo biti podane omejitve izvršilne oblasti v primerih samovolje in zlorabe oblasti ("*Schutz vor Willkür und Machtmissbrauch*").

Tudi v Veliki Britaniji (in v drugih državah anglosaksonskega pravnega reda – npr. ZDA, Avstralija, Indija) poznajo t. i. izključitvene klavzule (*ouster clause*), s katerimi želi zakonodajalec izključiti pristojnosti sodišča za presojo upravnih (zakonskih načeloma ne more zaradi načela suverenosti parlamenta-delno je prišlo do izjem zaradi EKČP, katere VB je članica; Human Rights Act iz leta 1998 tako omogoča tudi delno spremembo zakonov, če posegajo v pravice iz koncesije) odločitev. S to klavzulo se želi določeno odločitev narediti za "končno", "zavezujočo" in nezmožno za uporabo pravnih sredstev; tipična klavzula vsebuje določilo, da "ni predmet sodne presoje pred katerikoli sodiščem". Kljub temu so sodišča dosledno menila, da nič razen popolnoma jasnih in natančnih besed ne more izključiti sodnega nadzora. Ko je vlada npr. želela uvesti nov zakon o azilu in priseljevanju, ki vsebuje takšne jasne besede, so sodniki protestirali tudi zoper tovrstno izključitev (poseg v človekove pravice), zato je vlada umaknila predlog. On tem je treba dodati, da pa sodišča podpirajo roke, v okviru katerih se lahko zahteva sodni nadzor.

Pred posameznimi značilnostmi akta vladanja je potrebno opredeliti upravni akt: po drugem odstavku 2. člena ZUS-1 je upravni akt po tem zakonu upravna odločba in drug javnopravni, enostranski, oblastveni posamični akt, izdan v okviru izvrševanja upravne funkcije, s katerim je organ odločil o pravici, obveznosti ali pravni koristi posameznika, pravne osebe ali druge osebe, ki je lahko stranka v postopku izdaje akta. Pri terminološkem opredeljevanju upravnega akta kot akta oblikovanega v okviru upravne funkcije, je potrebno poudariti določeno razlikovanje med pojmom izvršilne in upravne funkcije. Pri tem gre torej za notranje strukturiranje nalog v okviru izvršilne veje oblasti, pri čemer se razlika pojavi pri najvišjem organu te oblastvene veje, ki opravlja tako vladno (politično izvršilno), kot tudi upravno funkcijo. Upravno delovanje obsega celokupno delovanje uprave, pri čemer so iz tega pojma in s tem iz pristojnosti upravnega sodstva izvzete naslednja področja: zakonodajna dejavnost ter akti vladanja (*actes de gouvernement*), kamor so vključene odločitve izvršilne oblasti, ki vplivajo na odnose med ustavnimi organi (npr. odločitev o predložitvi predloga zakona parlamentu, promulgacija zakona ipd.) ter odločitve glede

odnosov z drugimi državami ter mednarodnimi organizacijami. Tem ugotovitvam je dejansko sledil tudi 3. člen ZUS-1, ki določa, da upravni akti niso tiste odločitve, ki jih nosilci zakonodajne in sodne veje oblasti sprejemajo za izvrševanje svojih ustavnih pristojnosti, in tisti akti, ki jih sprejemajo nosilci izvršilne veje oblasti in so utemeljeni na politični diskreciji, podeljeni na podlagi ustavnih in zakonskih pooblastil.

Čeprav tudi naša zakonodaja (zakon o upravnem sporu, zakon o vladi) ločuje med upravnimi akti in akti vladanja, v praksi takšna razmejitev ni enostavna. Grobo bi lahko rekli, da je akt vladanja javnopravni, enostranski, posamični akt, izdan izven upravne funkcije in (za slovensko ureditev) v okviru pristojnosti državnega zbora, predsednika republike, državnega sveta, sodišč, tožilstva ter (omejeno) uprave, kolikor se *ne* odloča o pravici, obveznosti ali pravni koristi posameznika (v tem bistvenem delu ne moremo reči, da gre za oblastveni akt, saj posameznika organ s takim aktom ne more v ničesar prisiliti). Z vidika razmerja med organi lahko rečemo, da gre za akt vladanja, ko se odločitev nanaša tudi na delo organa izven tistega, ki je sprejel odločitev, sicer gre za notranji akt poslovanja organa (*mesures d'ordre intérieur administratives*). Ker kombinacijo vseh značilnosti, ki se spreminja od primera do primera, včasih spregleda tudi najvišji sodni organ za varstvo ustavnosti in zakonitosti ter človekovih pravic in temeljnih svoboščin, se mi zdi potrebno, da nekoliko pojasnim temeljne značilnosti aktov vladanja. Ne trdim, da ustavno sodišče ne pozna razlike; menim pa, da določene zadeve zaradi obilice dela spregleda in se "osredotoči le na procesne vidike odločitve (katere je najlaže izpodbiti), ne da bi pristopilo k vsebinskemu vidiku problema".

Vprašanje teorije (okoli katere še vedno ni jasnega odgovora), ali so nedoločeni pravni pojmi stvar prostega preudarka ali pa gre za ločen pojem, lahko ob obstoju aktov vladanja dobi svoj (nov) pomen. Medtem ko je pri prostem preudarku vedno vsebovan kakšen nedoločen pravni pojem (javni red, varnost) le ta lahko obstaja tudi brez prostega preudarka. Nedoločen pravni pojem obstaja tudi pri aktih vlade (politična diskrecija), ne da bi bilo potrebno odločitev dodatno utemeljevati za eno ali drugo možnost, glede na meje, sredstva ali skladnost z namenom, za katerega bi bilo takšno politično pooblastilo dano (pomembnost takšnih pooblastil je bila pripoznana že s tem, da so bila vnesena v ustavo). Za razliko od ostalih nedoločenih pojmov (na katere se mora opirati organ pri odločanju), ki so predmet polne sodne presoje v okviru ugotavljanja dejanskega stanja, nedoločeni pojmi pri politični diskreciji lahko postanejo stvar zadržane sodne presoje, če bi odločitev posegla v človekove pravice. Če bi odločitev posegla v pravni interes posameznika, bi odločitev postala že predmet upravnopravne presoje, s tem pa bi izgubila "status političnosti".

Glede na vsebino 2. člena ZUS-1 se lahko vprašamo o smislu uzakonitve politične diskrecije v 3. členu. Z interpretacijo 2. člena ugotovimo, da je upravni akt:

- akt, s katerim se posega v pravni položaj tožnika ali če pravno varstvo izrecno določa zakon (v okviru izvrševanja upravne funkcije, ali če ni zagotovljenega drugega sodnega varstva),
- upravna odločba ali drug javnopravni, enostranski, oblastveni posamični akt, izdan v okviru izvrševanja upravne funkcije, s katerim je organ odločil o pravici, obveznosti ali pravni koristi posameznika (poseg v pravni položaj), pravne osebe ali druge osebe, ki je lahko stranka v postopku izdaje akta.

Z interpretacijo 2. člena tako tudi ugotovimo, da upravni spor ni dopusten, če se ne posega v pravni položaj posameznika, pravne osebe ali druge osebe, ki je lahko stranka v postopku izdaje akta. Upravno sodni nadzor delovanja izvršilne oblasti temelji na generalni klavzuli, po kateri so iz presoje izvzete le redke pristojnosti. Sodna presoja se razteza na večino aktov in organov izvršilne oblasti. Upravno sodstvo je tako pristojno za reševanje sporov, ki so povezani z varstvom pravic⁷⁴ in pravnih koristi posameznikov in organizacij proti odločitvam in dejanjem državnih organov, organov lokalnih skupnosti in nosilcev javnih pooblastil, ki so posegle v pravni položaj posameznika. Upravno delovanje obsega celokupno delovanje uprave, pri čemer so iz tega pojma in s tem iz pristojnosti upravnega sodstva izvzeta področja oziroma odločitve, ki jih nosilci zakonodajne in sodne veje oblasti sprejemajo za izvrševanje svojih ustavnih pristojnosti in tisti akti, ki jih sprejemajo nosilci izvršilne veje oblasti in so utemeljeni na politični diskreciji, podeljeni na podlagi ustavnih in zakonskih pooblastil. Zakonodajna dejavnost ter akti vladanja izvršilne oblasti, ki vplivajo na odnose med ustavnimi organi, odločitve glede odnosov z drugimi državami ter mednarodnimi organizacijami, so razlog za izključitev sodne presoje. Izključitev se nanaša le na primere aktov, kjer država nastopa v vlogi suverena, tj. v vlogi, ki ni možna nikomur drugemu. Če lahko tudi vsak drug organ ali posameznik sprejme akt (pred-

74 Pri presoji pravnega položaja oseb, je treba ločevati med položaji, ko zakonodajalec imenovanje na določeno funkcijo ali mesto in razrešitev uredi tako, da daje organu, ki odloča o imenovanju in prenehanju, široko pooblastilo za sprejetje odločitve, in položaji, ko zakonodajalec določi zakonske pogoje za imenovanje in razrešitev ter trajanje opravljanja te javne funkcije. V prvem primeru organ odloča na podlagi demokratično pridobljenega mandata za izvrševanje oblasti oziroma za izdajanje političnih aktov ali aktov vladanja. Organ ima pooblastilo, da sprejme odločitve, ki je usmerjena v oblikovanje javnega interesa na podlagi vrednostnih sodb nosilcev oblasti, ali pa je imenovanje odvisno od tega, ali organ, ki posameznika imenuje, temu zaupa, da bo sposoben opravljati določene naloge. Glede (ne)opravljanja javne funkcije to pomeni pravno nevezano odločitev in je akt politične diskrecije (3. člen ZUS-1). Akt o imenovanju na javno funkcijo ali o prenehanju opravljanja javne funkcije, ki je akt politične diskrecije, ne more posegati v pravice ali pravne koristi posameznika. Zato zoper tako odločitev ni treba zagotoviti sodnega varstva. V postopku razrešitve z javnih funkcij ali mest, pri kateri je zakonodajalec določil pogoje za prenehanje in trajanje opravljanja te funkcije, ima posameznik interes, da mu bo funkcija ali mesto prenehalo ob izpolnjenih zakonskih pogojih. Kadar so razlogi za razrešitev, kot v presojanih določbah, vezani na kršitev predpisov, nestrokovno ali nevestno delo, je ta interes posameznika oseben in neposreden, saj odločitev o razrešitvi pomeni tudi, da je posameznik ravnal nezakonito oziroma da je nevestno ali nestrokovno izvajal javno funkcijo. Zato posameznik v primerih, ko so z zakonom določeni krivdni razlogi za razrešitev, v postopku razrešitve varuje svojo pravno korist,^[10] ki je v ugotovitvi, da je ravnal zakonito, strokovno in vestno. Ker tedaj odločitev o razrešitvi vsebuje odločitev o pravni koristi posameznika, mu mora biti zagotovljeno sodno varstvo,^[11] ki zagotavlja preizkus zakonitosti razrešitve (*od/US*, št. U-I-157/17-11 z dne 5. 4. 2018).

pis za delovanje, organizacijo, zasebno pogodbo ipd.), ne gre za politični akt. Šele na tej osnovi se začne presoja morebitnega poseganja v pravice ali pravne koristi drugih.

Volja in suverenost ljudstva je združena v parlamentu, ki sprejema najvišje pravne akte v državi. Glede na to, da se suverenost ljudstva poleg neposrednega izvrševanja izvaja prek delitve oblasti, so akti vladanja in izvrševanja ustavnih pristojnosti, dokler ne posegajo v pravni položaj posameznika, prepuščeni organom in njihovi avtonomiji. To načelno izhodišče nam lahko služi pri karakteriziranju primerov; vsi poskusi jasne definicije, ki bi vnaprej omogočala določitev primerov kot aktov vladanja, so klavrno propadli. Menim, da predvsem zaradi specifičnosti vsakega posameznega primera, za katerega vnaprej, ne da bi se dejansko zgodil, ne moremo predvideti vseh njegovih posledic. Le-te so lahko v kombinaciji z drugimi dejavniki tako hude, da lahko postanejo predmet sodne presoje. Ta odgovor lahko poda le sodna veja oblasti, tako kot je to storil francoski Državni svet. V tem primeru se bo sodna presoja teh aktov približala presoji upravnega akta; od posameznega primera bo zoper odvisen sodni aktivizem. Ta bo v primeru kršenja človekovih pravic večji, kot v primeru kršitve procesnih varoval. Poleg človekovih pravic je njim ob bok (ali skupaj z njimi) postavljen javni interes; s povečanjem nepredvidljivosti izrednih razmer se sorazmerno poveča moč nosilcev izvršilne veje oblasti in zmanjša moč sodne veje. Nepredvidljivost, ki služi kot osnova normiranju prava, na začetku poveča moč izvršilne veje, šele nato zakonodajne. Med pravicami in javnim interesom je nenehno razmerje odvisnosti in neodvisnosti, varnosti in napredka, vse pa je odvisno od konkretnih družbenih razmer, v katerih se nahajamo.

V pravni teoriji je politična diskrecija (odločanje na podlagi demokratično pridobljenega mandata za izvrševanje oblasti oziroma izdajanje političnih aktov ali aktov vladanja) pravno nevezana odločitev, usmerjena pa je v oblikovanje javnega interesa na podlagi vrednostnih sodb nosilcev oblasti, ne pa v presojo najprimernejše odločitve glede na zakonsko, že vnaprej določen javni interes, kot velja za upravno diskrecijsko odločanje. Politična diskrecija je izraz vladanja, izvajanje oblasti, ki ni podrejeno sodni kontroli v rednem upravnem sporu. Obstoje in obseg sodne kontrole nad akti politične diskrecije določata drugi odstavek 157. člena URS in 4. člen ZUS-1, omejen pa je na kršitev ustavnih pravic ter ustavnih načel sorazmernosti in zaupanja v pravo. Predmet presoje v obravnavanem primeru ni presoja pravilnosti in zakonitosti akta o neizbiri tožnika, temveč gre za subsidiarni upravni spor zaradi zatrjevanih kršitev tožnikovih ustavnih pravic z dejanji tožene stranke v izbirnem postopku.⁷⁵

Akti vladanja bodo lahko posredno postali predmet sodne presoje, če bodo ob odsotnosti poseganja v pravice posameznikov posegali v ustavne ali zakonske pristojnosti drugega organa, v splošna načela mednarodnega prava in temeljna pravna načela,

⁷⁵ Sodba Urvrhovnega sodišča RS, št. I Up 183/2009 z dne 2. 12. 2009.

ki jih priznava naša ustava. Ta (omejeni) del ustavnosodnega varstva lahko zagotavlja ustavno sodišče predvsem v delu presoje ustavnosti in zakonitosti posameznega predpisa, na podlagi katerega je odločil posamezni organ *vis-a-vis* drugega organa, medtem ko preostali del (neposredno omejevanje enega organa s strani drugega) preostane predmet politične presoje volivcev na naslednjih volitvah. Posebno vprašanje sodnega nadzora se pojavi ob pojavu izrednih pojavov, nujnosti, novih tehničnih zahtev, kompleksnosti področja itd., kjer sodišča puščajo bolj proste roke izvršilni veji oziroma uporabljajo zadržano presojo oziroma poskušajo ohraniti odločitev izvršilne veje. Tu se že odpira nova smer, kjer gre tudi pri upravnih aktih zaradi obstoja nevarnosti ob uporabi nedoločenih pojmov in standardov že skoraj za akte vladanja.

Vrste aktov vladanja – notranjepolitični akti vladanja so npr. sklic in razpust državnega zbora, imenovanje mandatarja vlade, zaupnica vladi ali investitura, konstruktivna nezaupnica vladi (nezaupnica z izvolitvijo novega mandatarja), proglasitev izrednega stanja, pomilostitev s strani predsednika države, neimenovanje na mesto načelnika upravne enote itd. Zunanjepolitični akti vladanja so npr. diplomatske note, vojaški akti (napoved vojne, sklenitev premirja, akti aneksije oz. priključitve ...). Politični (nepravni akti) pa so *resolucija* (z njo DZ ocenjuje stanje, določa politiko in sprejema nacionalne programe na posameznih področjih), *deklaracija* (DZ izraža splošna stališča do vprašanj notranje in zunanje politike ter do posameznih vprašanj, ki imajo pomen za vso državo), *priporočilo* (DZ predlaga ukrepe za delo državnih organov, organizacij in posameznikov, ki opravljajo javne službe ali izvršujejo javna pooblastila) ter razno *diplomatsko dopisovanje* (osebno pismo, uradno pismo, nota kot verbalna nota ali nota v tretji osebi – najbolj formalna in uradna oblika; protestna nota, ultimativna, cirkularna, kolektivna nota, memorandum, pro memoria ali aide-memoire, bela knjiga, *bout de papier*, non-paper) ter *uradna korespondenca med državami* (akreditivno ali poverilno pismo, odpoklicno pismo, patentno pismo, eksekvatura, poslanica. Poluradna korespondenca: čestitke, vabila, sožalja, zahvalna pisma).

9.2 Upravno pravo in mednarodno javno pravo

Mednarodna skupnost predstavlja protiutež morebitni samovolji nacionalnih držav do svojih državljanov oz. ostalega prebivalstva pod njihovo oblastjo. Gre za vprašanje hierarhične nadrejenosti prisilnih t.j. kogentnih norm mednarodnega javnega prava proti upravnemu pravu kot delu notranjega nacionalnega prava; v ozadju je ideja, da bi mednarodna skupnost predstavljala protiutež morebitni samovolji nacionalnih držav do svojih državljanov oz. ostalega prebivalstva pod njihovo oblastjo (npr. tujci, brezdomovinci, različne manjšine – etnične, verske, politične idr.). V zvezi s tem vprašanjem sta se izoblikovali dve stališči:

- tradicionalno stališče je državo dojemalo kot korporacijo njenih državljanov, ob tem da je v pravu to jasno prepoznavno kot pritrjevanje absolutni suverenosti nacionalne države, ki si ne dovoli vmešavanja mednarodne skupnosti v njene domače zadeve, vključno kadar gre za morebitne kršitve človekovih pravic.
- diametralno nasprotno stališče, ki upošteva do neke mere dvojno vlogo države, na stičišču strogo nacionalnih interesov in interesov mednarodne skupnosti, daje poudarek prizadevanju po varovanju človekovih pravic in svoboščin.

Upravno pravo do 2. svetovne vojne na bolj ali manj tradicionalen način obravnava državo kot korporacijo državljanov, organizirano na teritorialni podlagi, ki poudarjeno zasleduje interese svojih članov (državljanov). Mednarodno javno pravo pa obravnava državo do določene mere še vedno kot korporacijo svojih državljanov, istočasno pa tudi kot ustanovo mednarodnega javnega prava, ki ne deluje zgolj v interesu svojih članov, ampak tudi v interesu vzdrževanja dogovorjenega ali običajnega nivoja pravnih standardov v veljavi v mednarodni skupnosti narodov. Razvoj je šele po 2. svetovni vojni pripomogel k sprejetju Pariške deklaracije o univerzalnih človekovih pravicah leta 1948 in kasneje v 60. oz 70. letih prejšnjega stoletja k nacionalni kodifikaciji temeljnih svoboščin in pravic človeka in državljana s sprejetjem ustreznih mednarodnih paktov Združenih Narodov. V Evropi je v tej zvezi pomembna Konvencija Sveta Evrope o človekovih pravicah iz leta 1950. V tem delu sta pomembni prelomnici nürnbergski in tokijski proces zoper vojne zločince v 2. svetovni vojni, ki sta potrdila primat mednarodnega prava nad notranjim pravom. Enak delež imata tudi Ustanovna listina Organizacije združenih narodov ter ustanovitve Mednarodnega sodišča pravice leta 1945 (Čebulj in Strmecki, 2006, str. 33-34).

Ureja mednarodne odnose in razmerja med subjekti mednarodnega prava na različnih področjih. Vprašanje hierarhije pravnih aktov (zgolj za kogentna tj. obvezna pravila, ne pa dispozitivna); Vprašanje notranje in zunanje državne suverenosti z vidika človekovih pravic in svoboščin; Izredno stanje npr.: v primeru vojne pomeni nastop specialne upravne ureditve (uredbe z zakonsko močjo).

Pravila konsistentnosti pravnega sistema se uporabljajo le delno. Razmerje med mednarodnim in notranjim pravom določa 8. člen URS: 'zakoni in drugi predpisi morajo biti v skladu s splošno veljavnimi načeli mednarodnega prava in v skladu z mednarodnimi pogodbami, ki obvezujejo RS. Ratificirane mednarodne pogodbe se uporabljajo neposredno'.

9.3 Upravno pravo in ustavno pravo

Razmerje med ustavnim in upravnim pravom je razmerje splošnega proti posebnemu. Ustava je temeljni pravni akt države, še posebej pa predstavlja temelj upravnega

prava. Upravno pravo ureja razmerja nosilcev oblasti nasproti tistim, ki te oblasti nimajo (tu se pojavlja dvojnost upravnega prava – je sredstvo oblasti in varovanje pred oblastjo). Upravno pravo je zato zelo pod vplivom ustavnih določb. Upravno pravo je ena od konkretizacij (a vendar pretežna) ustavnega prava. Takih določb, ki urejajo razmerja v upravnem pravu, je v Ustavi RS veliko, vsebuje na primer vse določbe o vladi in lokalni samoupravi. Ustavne norme so upravnim hierarhično nadrejene (ustavne norme so začetne tj. izvorne), upravne norme (ožji pomen) pa so v razmerju do zakonsko-originarnih izvedene ali derivativne; nahajajo se v podzakonskih predpisih in konkretnih pravnih aktih). Ustavno pravo = osnova, iz katere se razvijajo ostale veje prava. Ustavno pravo določa pravice posameznikom, upravno pa dolžnosti. Vežanost upravnega prava na ustavo je trojna: (1) ustavni okvir temeljnih pravic; (2) ustavni okvir državne ureditve; (3) ustavni okvir zakonitosti – veljavnost aktov, usklajenost, prepoved retroaktivnosti, sodni nadzor, pravnomočnost.)

9.4 Upravno pravo in civilno pravo

Civilno pravo je skupen izraz za obligacijsko pravo, stvarno pravo, družinsko pravo, dedno pravo, delovno ipd. Rimsko pravo izvorno loči med javnim in zasebnim pravom (dualizem: *res publicae* = *de iure imperii*; *res privatae* = *de iure privatorum*): upravne norme so pretežno kogentne, civilne pa pretežno dispozitivne (prve temeljijo na močnejši volji, druge na avtonomiji volj). Upravno pravo varuje interese javne oblasti (javni interes), civilno pa (predvsem premoženjske) interese posameznika; civilno in upravno pravo se “srečata” pri upravnih pogodbah (mešani pravni akt) – npr. koncesija, – pri državnih posegih v zasebno lastnino in (delno) pri odškodnini. Povsod, kjer ni potrebe po izvajanju aktov ali dejanj z vidika javne oblasti (javni interes), se uporabi civilno pravo. Civilno pravo je pravo odnosov med zasebniki. Država v pravnih razmerjih civilnega prava ni neposredno udeležena (kot je v drugi temeljni pravni panogi, javnem pravu). Civilno pravo je panoga, ki ureja lastninska, premoženjska razmerja. Civilno pravo ureja razmerja med subjekti, ki so v prirejenem, enakopravnem položaju, upravno pravo pa ureja razmerja na subordinaren oz. avtoritativen način. Civilno pravo se deli na obligacijsko pravo ali pravo obveznosti (pogodbe, odškodninske obveznosti), stvarno pravo - pravo pravic na stvari (zlasti lastninske pravice), dedno pravo - pravo prehoda lastnine umrlega na dediče, družinsko pravo - pravo osebnih stanj (zakonska zveza, zunajzakonska skupnost, družina).

9.5 Upravno pravo in delovno pravo

Upravno in delovno pravo delno prekrivata; izenačevanje se začne s strani samih JU, ki so zahtevali enake pravice pred arbitrarnostjo oblasti kot je veljala za zasebni

sektor. Za JU velja poseben uslužbenški sistem, ki specialno ureja določene delovno-pravne institute (status, javni natečaj, imenovanje v naziv, pravice in obveznosti, politična nevtralnost in nepristranskost, uveljavljanje pravnega varstva ...). Za JU in funkcionarje velja poseben sistem plač v javnem sektorju; kolektivno urejanje delovnih razmerij in socialno partnerstvo (stalno telo, obvezna participacija sindikatov pri sprejemanju predpisov, ki vplivajo na del. razmerja in položaj JU) je specifično za javni sektor, medtem ko je vloga reprezentativnega sindikata pri splošnih (internih aktih) primerljiva z vlogo sindikata oz. delavcev po ZDR.

9.6 Upravno pravo in kazensko pravo

Kazensko pravo je celota pravnih pravil in pravnih načel, ki opredeljujejo kazniva dejanja, kazensko odgovornost in kazenske sankcije. Kazensko pravo ima splošni in posebni del. Predmet splošnega dela so načela kazenskega prava in vsa tista pravna pravila, ki se nanašajo na zasnovo in skupne značilnosti vseh kaznivih dejanj, na splošne prvine in predpostavke kazenske odgovornosti in na sistem kazenskih sankcij. Posebni del pa zajema opise kaznivih dejanj, ki so razvrščena po različnih skupinah. To razmerje pride do izraza zlasti v primeru prekrškov, ki so se dolgo uvrščali v okvir upravnega kazenskega prava. Do stičnih točk med obravnavanima pravnima vejama prihaja tudi pri institutu sodnega dovoljenja (odredbe), ki je v pravni državi obveznega značaja v kolikor hoče uprava zakonito pristopiti k določenim dejanjem (npr. prisluh telefona, oziroma pri tzv. posebnih metodah in sredstvih. Sta sicer ločeni pravni panogi, v horizontalnem smislu pa je opaziti določena stičišča pri kaznovalnem pravu.⁷⁶

9.7 Upravno pravo in sodno pravo

Je razmerje med avtonomno izvršilno in avtonomno sodno oblastjo. V stik prideta pri: odločanju o predhodnem vprašanju (samostojna pravna celota iz pristojnosti drugega organa, npr. obvezna prekinitvev postopka pri obstoju kaznivega dejanja, obstoju zakonske zveze ali ugotovitvi očetovstva ali če zakon tako določa); sodišča imajo pravico preizkusiti vprašanje pristojnosti in ničnosti; sodišča imajo pravico odklonitve uporabe nezakonitega predpisa, medtem ko to ni dopustno upravnim

⁷⁶ Npr. a) za postopek o prekrških (t. i. upravni delikt) na prvi stopnji velja ZUP, medtem ko se smiselno uporabljajo določbe kazenskega zakonika glede silobrana, skrajne sile, sile in grožnje, neprištevnosti, naklepa, malomarnosti, dejanske in pravne zmote, udeležbe pri kaznivem dejanju ter časa in kraja storitve kaznivega dejanja. ZP tudi neposredno določa domnevo nedolžnosti, odgovornost za prekršek, pomoč in napeljevanje po vzoru KZ; b) upravni predpisi lahko nudijo dejanski stan kazenski normi (za kazniva dejanja zoper uradno dolžnost in javna pooblastila npr. kaj pomeni zloraba položaja in uradnih pravic, kaj nevestno delo – se lahko ugotovi šele z vpogledom v predmetne predpise na določenem upravnem področju); in c) sodno dovoljenje (sodna odredba v kazenskem postopku) je obvezno, če hoče država pristopiti k določenim materialnim aktom uprave, kot so prisluh telefona, uporaba posebnih metod in sredstev, privedba obdolženca oz. obtoženca.

organom.⁷⁷ Sodnik je pri odločanju vezan *le* na ustavo in zakon (125. člen URS), kar mu daje možnost “*exceptio illegalis*” (izvzetje ali neupoštevanje nezakonitega predpisa⁷⁸), medtem ko upravni organ – pri katerem morajo po 153. členu URS upravne odločbe ‘temeljiti na zakonu ali na zakonitem predpisu’ – ne sme odločiti neposredno po zakonu in mimo nezakonitega podzakonskega predpisa. Upravni organ bi lahko tvegala in že sam odločil tako, kot pričakuje, da bi v kasnejšem upravnem sporu odločilo sodišče, ki na nezakonite podzakonske predpise ni vezano, vendar bi bilo to po mnenju Krivica (1999, str. 45) preveliko tveganje zaradi uveljavljanja odgovornosti zaradi prekoračitve pristojnosti. To je tveganje, ki se ga da rešiti na “lepši” način.⁷⁹

9.8 Upravno pravo in javno-finančno pravo

Povezava med upravno-pravnim in finančnim pravom se vidi pri davčnih in carinskih predpisih in predpisih o taksah, pri sprejemanju proračuna in zaključnega računa, do samega izvrševanja proračuna. Finančno pravo je zelo povezano z ustavnim pravom (sprejetje proračuna in končnega računa se namreč izvaja v parlamentu, medtem ko v upravno pravo spada vse ostalo od davčnih in carinskih oz. taksnih predpisov do izvršitve proračuna). V razmerju med njima velja pravilo prevlade posebne predpisa nad splošnim; materialno javno-finančno pravo je posebno upravno pravo. Predmet njegovega urejanja je financiranje javne porabe, javne finance, vključno s proračunskim pravom in finančnim nadzorom. Procesno javno-finančno pravo, na npr.: davčni postopek je poseben postopek napram splošnemu upravnemu postopku. Tako na materialnem, kot na procesnem področju velja “*lex specialis derogat legi generali*”.

⁷⁷ Sodnik je pri odločanju vezan *le* na ustavo in zakon (125. člen URS), medtem ko morajo po 153. členu ustave upravne odločbe “temeljiti na zakonu ali na zakonitem predpisu”.

⁷⁸ Ne pa tudi zakona; v tem primeru mora prekiniti postopek in zahtevati uvedbo ustavnosodne presoje zakona. *Exceptio illegalis* je podobna načelu iz mednarodnega prava *ex injuria jus non oritur* (nezakonita ravnanja ne ustvarjajo prava). Nasprotno načelo je *ex factis jus oritur* (obstoj dejstva ustvarja pravo). Obe načeli sta lahko uporabni glede na obstoj različnih okoliščin.

⁷⁹ Staro in nesporno načelo upravnega prava je bilo, da je uradnik dolžan predstojnika opozoriti na nezakonitost dejanja, ki ga predstojnik od njega zahteva, in zahtevati pisno odredbo – potem za morebitno nezakonitost odgovarja predstojnik, ne uradnik. Le v primeru, če bi šlo za kaznivo dejanje, tudi pisni ukaz uradnika ne reši kazenske odgovornosti. Ne vem, če je to pravilo v naši zakonodaji še vedno izrecno zapisano, a vsaj kot nesporno načelo, upam, še vedno velja. Analogno, mislim, bi morali upravni organi ravnati tudi nasproti “ukazom” v obliki domnevno nezakonitih predpisov (Krivica, 1999, str. 45).

Vprašanja za ponavljanje:

1. Kakšne so razlike med –
upravnim pravom in politiko,
upravnim pravom in mednarodnim javnim pravom,
upravnim pravom in ustavnim pravom,
upravnim pravom in civilnim pravom,
upravnim pravom in delovno pravom,
upravnim pravom in kazensko pravom,
upravnim pravom in sodnim pravom, in
upravnim pravom in javnim-finančnim pravom?
2. Kaj je to akt vladanja kot politični akt?

10 UPRAVNO-PRAVNI STATUS POSAMEZNIKA DO OBLASTI

Upravno-pravni status posameznika do oblasti izhaja iz pravic in dolžnosti osebe in na drugi strani iz pristojnosti državne oblasti, da posega v te pravice in dolžnosti. V primerjavi z zasebnim pravom je v javnem pravu pravica osebna, tj. vezana na osebnost njenega nosilca in načeloma težje prenosljiva. V tem smislu ločimo absolutne in relativne pravice. Absolutna pravica je usmerjena proti vsakomur oz. proti nedoločnemu številu subjektov, relativna pravica pa je usmerjena proti posameznim določenim subjektom.⁸⁰ Absolutne pravice so negativne, relativne pa so lahko tako negativne kot pozitivne. Na upravno-pravnem področju se posameznik lahko odreče le tistim pravicam, s kateri lahko svobodno razpolaga oz. tistim pravicam, ki so prenosljive in tistim, ki so izključno v interesu subjekta, ki se jim odpoveduje. Posameznik se ne more odpovedati tistim pravicam, ki hkrati pomenijo tudi dolžnost in tudi ne tistim, ki so pretežno v javnem interesu. Subjekt se praviloma tudi ne more odreči bodočim pravicam, ker še niso nastale. Osebne javne pravice navadno temeljijo na svobodnih pravnih statusih.

Javna pravica ima značaj pravice, vendar se izrazi v pravnem položaju posameznika tako, da lahko nekaj zahteva zgolj od države, da jo posamezniku prizna zakonodajalec, da pravica ni izraz dobre volje organa, ampak jo le-ta mora spoštovati in da javna pravica obstaja, ko gre za razmerje med posameznikom in državo, ki ga posameznik lahko uveljavlja.⁸¹ Vsak nov zakon lahko pomeni tudi omejevanje pravic: dokler ga ni, lahko posameznik počne vse, kar ni prepovedano. V zvezi z omejevanjem pravic se pojavlja večja ali manjša vloga organa, ki odloča, zato je potrebno na upravnem področju ločevati med pravicami in pravnimi interesi (pri pravici, ki mora biti določena v zakonu, se osebi nudi celotno pravno varstvo, da lahko svojo pravico izvršuje, medtem ko pravni interes pomeni zatiranje, da oseba vstopa v postopek zaradi varstva svoje pravne koristi, ki je neposredna, na zakon ali drug predpis oprta oseb-

⁸⁰ Javne pravice, ki izhajajo iz upravno-pravnih razmerij so praviloma strogo osebne narave in so neprenosljive. Z njimi državljan ne more svobodno razpolagati, kot to lahko počne s svojimi privatnimi pravicami. Obstajajo seveda tudi izjeme, ki pa dopuščajo prenosljivost, vendar je potrebno v dvomu interpretirati, da gre za osebne pravice, katere so neprenosljive. Največ izjem najdemo na področju upravno-pravnih razmerij premoženjske narave (ki so najbliže lastninskim razmerjem civilnega prava, npr. prenos koncesije na drugega, če je prenos predviden v koncesijski pogodbi, neposredni prenos koncesije, prisilna licenca). Upravno-pravno razmerje je osebno razmerje, kar pa ne pomeni, da bi morala oseba v vsakem primeru vse pravice in dolžnosti, ki iz njega izhajajo, osebno izvrševati, saj lahko to izvršuje njegov pooblaščenec, a obstajajo primeri, kjer je to nedopustno.

⁸¹ Npr. pravica do primerne stanovanj iz 78. člena Ustave RS ("Država ustvarja možnosti, da si državljani lahko pridobijo primerno stanovanje.") ni javna pravica; država ima sicer dolžnost, ki gre v smeri koristi za posameznika, vendar slednji nima pravne možnosti za pravno varovanje te koristi. Tovrstne določbe predstavljajo izjemo od tega, da ima vsaka pravica na drugi strani dolžnost.

na korist; popularna tožba oz. *actio popularis* na upravnem področju načeloma ni možna).

Liberalni krogi v Nemčiji 19. stoletja so najočitneje izkazovali potrebo po reformi, zato ni presenetljivo, da v nemških delih najdemo najbolj temeljite analize narave individualne pravice, ki izhajajo iz maksime, da moč uprave moč lahko deluje le znotraj prava (*intra legem*) in najbolj podrobne razprave o upravnih sodiščih kot korekturnih ukrepih pravne države (Rechtsstaat). V nemški teoriji je bila zato narejena distinkcija med objektivnim načelom zakonitega delovanja uprave in njegovo zrcalno sliko, subjektivnimi javnimi pravicami. Anschütz (1919) poda objektivno načelo na naslednji način:

Pravna država je država, ki je podrejena pravni ureditvi razmerij posameznikov ne le do sodstva, pač pa tudi do uprave na način, po katerem uprava ne sme nikoli delovati v nasprotju s pravno normo in da lahko poseže v pravice posameznika le v primeru, če je tako dovoljeno z zakonom. Tako ima pojem "Rechtstaat" v vidu natančno ureditev razmerja med pravom, upravo in posameznikom ... narava stvari, značilna za pravno državo je definirana tudi kot načelo skladnosti delovanja uprave z zakonom.

Posameznik kot šibkejša stran se lahko v razmerju do nadrejenega organa znajde v različnih vlogah ali statusih. Za položaj posameznika mora to predstavljati zakonsko iztožljivo pravico, da mu policija ali druga upravna oblast ne bo naložila drugih dolžnosti ali omejitev, od tistih, ki določene s pravom (pravice negativnega statusa). V tem delu govorimo o upravnopravnem statusu posameznika do oblasti, ki se nanaša na Georg Jellinek-ovo kvadrialno, štiri-delno koncepcijo upravnopravnega statusa (*System der Subjektiven Öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1905). O statusu posameznika lahko govorimo le z uveljavitvijo načela zakonitosti, navezuje se tudi na (procesni in materialni) upravnopravni odnos med posameznikom in javno oblastjo (sistem subjektivnih javnih pravic). Upravnopravni status lahko razdelimo na štiri oblike.

10.1 Negativni status

'Negativne javne pravice so pravice, ki izhajajo iz statusa svobodne avtonomije posameznika, zaradi česar je država zavezana te pravice spoštovati tj., da jih ne krni oz. krši oz. omejuje, razen če ni podan prisiljujoč razlog v javnem interesu' (Čebulj in Strmecki, 2006, str. 131). Gre za področje avtonomnosti pravic posameznika in načelno prepoved izvršilni oblasti za protipravno ali prekomerno vmešavanje v njegovo avtonomijo; v ta del sodijo temeljne človekove pravice, ki se nanašajo npr. na osebno sfero posameznika, njegovo integriteto, dostojanstvo, varstvo zasebnosti, svoboda tajnosti sporočil, nedotakljivosti doma, procesna jamstva v kazenskem postopku, prepovedi prisilnega dela, svobodna odločitev glede rojstva otrok, glede iz-

bire zakonskega partnerja, prepoved dolžnosti pričanja za določene vrste prič zaradi njihovega poklica (odvetnik, zdravnik, duhovnik, psihiater);

10.2 Pozitivni status

‘Subjektivne javne pravice pozitivnega statusa tvorijo vse tiste javne pravice posameznika, ki jih ta lahko uperi zoper državo v obliki zahtevka po afirmativnem delovanju države, da bi s pomočjo posredovanja njenih upravnih oz. sodnih organov zase pridobil določeno storitev, dajatev, opustitev ali dopustitev v svojem osebnem interesu’ (prav tam, str. 137). Govora je o instrumentalnem upravičenju posameznika zahtevati od oblasti, da se uvede upravni postopek v njegovem interesu, ki se kaže v pravici biti stranka v upravnem in drugih postopkih, zahtevati pravico ali pravno korist. Pozitivne pravice so predlagalne narave (pravica do podajanja predlogov), pravovarstvene (peticija, zahteva), socialno-ekonomske, uporabniške, odškodninske;

10.3 Aktivni status

‘Subjektivne javne pravice pozitivnega statusa tvorijo vse tiste javne pravice posameznika, ki jih ta lahko uperi zoper državo v obliki zahtevka po afirmativnem delovanju države, da bi s pomočjo posredovanja njenih upravnih oz. sodnih organov zase pridobil določeno storitev, dajatev, opustitev ali dopustitev v svojem osebnem interesu’ (prav tam, str. 141). Aktivnost se nanaša na sodelovalno upravičenje posameznika, da kot sodelavec oblasti izraža voljo, ki šteje za voljo npr. države (neposredna oblast ljudstva). Aktivne subjektivne javne pravice so po naravi kvalificirana oblastno-sodelovalna upravičenja, s pomočjo katerih se državni oblastni organi formirajo. Te pravice so le potencialne, saj za svoje udejanjanje potrebujejo izdajo določenega dodatnega državnega akta; to je npr. akt razpisa volitev. Primer: posameznik kot državljani na podlagi upravnega akta razpisa volitev z udeležbo in volilno izbiro izvaja svojo volilno pravico in prek nje določa nosilce oblasti);

10.4 Pasivni status

V okviru tega statusa ne govorimo o osebi kot nosilcu pravic, pač pa o nosilcu obveznosti; gre torej za podrejeni položaj posameznika javni oblasti, ki je pri pravni aplikaciji javnih dolžnosti omejena z načelom materialne in formalne zakonitosti. Splošna javna dolžnost, v najširšem pomenu pomeni biti lojalni državljani; ne pomeni le to, da državljani upoštevajo ustavo, zakone in ostale predpise, temveč zahteva, da je lojalni svoji domovini, včasih celo bodoči domovini. Ostale splošne javne dolžnosti obsegajo vojaško, davčno, šolsko, osebno-delovno dolžnost, dolžnost trpeti zakon-

ske omejitve lastninske pravice, materialno vojaško ter javno dolžnost biti priča. Posebne javne dolžnosti izhajajo iz razmerja podrejenosti določenemu javnopravnemu organu in so v povezavi s tistimi osebami, ki so prostovoljno ali prisilno vključene v njih (vojaki, policisti, cariniki, inšpektorji, ljudi, ki so v ustanovah, kot so npr. bolnice, psihiatrične ustanove, šole, zapori) ali pa gre za dolžnosti trpeti določeno ravnanje, katerega sicer sami ne bi izpolnili (npr. obveznost plačila davkov, plačilo glob, kazni, izpolnitev drugih prisilnih obveznosti).

10.5 Pravni načini nastanka in prenehanja subjektivnih javnih dolžnosti

Subjektivne javne dolžnosti izjemoma nastanejo na podlagi zakona, največkrat pa nastanejo npr. s potekom določenega časa postanejo nekatere javne dolžnosti obvezna (npr. šolska obveznost, ko otrok dopolni določeno starost); javne dolžnosti se ustanavljajo tudi na podlagi izdaje konstitutivnih upravnih aktov (npr. poziv oblasti k določenemu ravnanju). Za nastanek javne dolžnosti je lahko vzrok tudi policijska ustna ali pisna odredba, akt o določitvi davka, poziv o zglastitvi pri sodišču kot priča, itd. 'Upravni akti, ki ustvarjajo oz. določajo nove dolžnosti so podvrženi pravnemu varstvu v obliki pritožbe na instančni organ oz. tožbe na sodišče za upravne spore, v posameznih primerih sledi tudi obvezna revizija s strani organa druge stopnje (npr. izdaja odločbe o pokojnini). Dolžnosti prenehajo veljati na podlagi razveljavitve zakona, na podlagi spremembe ali prenehanja upravnega akta, potem zaradi prenehanja stvarnih oz. pravnih predpostavk (to je npr. prenehanje imetništva statusa državljanstva oz. begunca), zaradi prenehanja subjekta (v primeru smrti fizične osebe ali v primeru stečaja pravne osebe), prenehanje zaradi zastaranja plačila (npr. davka), tudi na podlagi dispencacije (oprostitev dolžnosti) in zaradi olajšanja bremen (npr. odločba o dovolitvi plačila davka na obroke).

Subjektivne javne dolžnosti so osebne značaja, zato se v večini primerov ne morejo prenesti na tretje osebe največkrat se tudi ne morejo izvrševati preko pooblaščenca, razen v primeru, če ne gre za javno dolžnost, ki ima za vsebino določeno materialno dejanje. Če gre za materialno dejanje, je dopustna zamenjava osebe in tudi prenos oz. zastopanje; npr. davek lahko plača ena oseba za drugo. Subjektivne javne pravice in dolžnosti temeljijo neposredno na osebnosti njenega nosilca – kar je glavna razlika z zasebnimi pravicami in dolžnostmi – in zasledujejo take vrste individualnih interesov, ki so v tolikšni meri skladni z javnim interesom, da jih zato pravni red varuje enako kot javni interes. Za upravno pravo sta še posebej relevantna pozitivni in aktivni status, za razliko od ustavnega, kjer bolj prideta do izraza negativni in aktivni status; razlikovanje med statusi je namenjeno predvsem lažji pojasnitvi, medtem ko se v realnem življenju posameznik "sprehaja" med statusi, lahko tudi v isti predmetni zadevi.

Vprašanja za ponavljanje:

1. Kaj predstavlja –
negativni status,
pozitivni status,
aktivni status,
pasivni status?
2. Kateri so pravni načini nastanka in prenehanja subjektivnih javnih dolžnosti?

11 HIERARHIJA PRAVNIH NORM IN AKTOV

Pravni red je najlažje razumeti kot sistem pravnih norm s hierarhično strukturo. Gre v prvi vrsti za sistem (ne le skupek) norm, ki so v medsebojnem odnosu postopnega prenosa oz. ustvarjanja prava. Dinamično ustvarjanje prava se ustvarja prek metode logične dedukcije v smeri od vrha navzdol. Vsaka posamezna norma torej velja, ker temelji na višji normi, ki zopet sama temelji na višji, vse do najvišje, najbolj temeljne na vrhu hierarhije. Čeprav se norme različno razporejene po sistemu, med njimi obstaja enotnost, saj obstajajo in veljajo v istem pravnem sistemu. Hierarhija pravnih in upravnih aktov je odvisna od vrste norme, ki jo posamezen akt vsebuje, in mesta, ki ga v aktu vsebovana norma zavzema v hierarhiji pravnih oz. upravnopravnih norm. Mesto pravnega akta v hierarhiji pravnih aktov je odvisno tudi od organa, ki normo sprejme in akt izda, ter od postopka, po katerem je norma sprejeta in akt izdan. Sprejemajo se po postopku, ki je posebej predpisan (v ustavi, zakonu, poslovniku, statutu).⁸² Vsebina se nanaša na pravno normo, pravni akt pa je oblika, v kateri je vsebina določena. Po 8. členu Ustave RS morajo biti zakoni in drugi predpisi v skladu s splošno veljavnimi načeli mednarodnega prava in z mednarodnimi pogodbami, ki obvezujejo Slovenijo. Ratificirane in objavljene mednarodne pogodbe se uporabljajo neposredno. Glede na 153. člen URS morajo biti 'zakoni, podzakonski predpisi in drugi splošni akti skladu z ustavo. Zakoni morajo biti v skladu s splošno veljavnimi načeli mednarodnega prava in z veljavnimi mednarodnimi pogodbami, ki jih je v ratificiral DZ, podzakonski predpisi in drugi splošni akti pa tudi z drugimi ratificiranimi mednarodnimi pogodbami. Podzakonski predpisi in drugi splošni akti morajo biti v skladu z ustavo in z zakoni. Posamični akti in dejanja državnih organov, organov lokalnih skupnosti in nosilcev javnih pooblastil morajo temeljiti na zakonu ali na zakonitem predpisu'.⁸³

82 Splošne pravne akte izdajajo parlament (ki ima vlogo ustavodajalca [v RS] in vlogo zakonodajalca), vlada, upravni organi (zlasti ministrstva – konkretnije – minister) in nosilci javnih pooblastil (npr. Zavod za pokojninsko in invalidsko zavarovanje) ter organi lokalnih skupnosti (občinski sveti). Splošne upravnopravne akte, tj. akte, ki vsebujejo splošne odvisne upravnopravne norme, izdajajo praviloma vlada, upravni organi (minister kot predstojnik ministrstva), nosilci javnih pooblastil in organi lokalnih skupnosti. Posamične akte izdajajo praviloma upravni (pa tudi drugi državni organi, npr. sodbe, odredbe – sodišča) organi (presumcija pristojnosti in pravilnosti), izjemoma pa tudi drugi organi (vlada, predsednik države, DZ RS, občinski svet). Posamične upravnopravne akte, to je akte, ki vsebujejo posamične upravnopravne norme, izdajajo večinoma na prvi stopnji UE, nosilci javnih pooblastil in občinska uprava, a drugi stopnji pa ministrstva in župani občin.

83 Izraz "zakoniti predpis" iz 4. odst. 153. člena je treba razlagati restriktivno. Zakoniti predpis, ki nima oblike zakona, je npr. uredba z zakonsko močjo (108. člen), mednarodna pogodba, ki jo je ratificirala Vlada, ali v primeru vključitve v Evropsko unijo Uredbe Evropske unije, ki se v državah članicah uporabljajo neposredno (za razliko od Direktiv Evropske unije, ki le obvezujejo države članice, da lastno pravo usklajujejo z njimi). Za zakonit predpis bi bilo mogoče šteti tudi splošni akt lokalne skupnosti ali organizacije z javnim pooblastilom, ki na izviren način ureja pravna razmerja, ki jih zakon ne ureja in ki niso v nasprotju z veljavnim pravnim

‘Če gledamo na pravo kot na skupnost pravnih norm, moramo postaviti vprašanje razmerij med posameznimi vrstami pravnih norm in zlasti med višjimi in nižjimi pravnimi normami. Skladnost pravnih norm mora biti podana ne samo zaradi ustvaritve zaključnega in logičnega pravnega sistema, ampak zlasti zaradi ciljev, ki jih hoče družba doseči s pravnim redom in zato, da bodo državljani vedeli, kakšno ravnanje je pravno pravilno. Vsaka neskladnost med pravnimi normami pomeni razpoko v pravnem redu in nujno zmanjšuje vrednost vseh norm, ki so si v nasprotju, kajti težavno je zahtevati podreditev pravilu tam, kjer sploh ni jasno, kakšno je pravilo’ (Godec, 1993, str. 193). Pravna pravilnost pomeni skladnost vsake pravne norme, pravnega akta ali delovanja s pravnim redom v celoti. Takšno pojmovanje pravne pravilnosti torej zajema najprej razmerja med vsemi pravnimi normami, ki tvorijo določen pozitivni pravni sistem. Dalje zajema pojem pravne pravilnosti razmerje med pravnimi akti, spet po eni strani med temeljnimi kategorijami pravnih aktov (ustavni akti, zakoni, abstraktni pravni akti, konkretni upravni in sodni akti), po drugi strani pa med pravnimi akti iste kategorije. Končno zajema pojem pravne pravilnosti tudi oceno delovanja vseh pravnih subjektov z javnim pooblastilom, to je državnih organov, organov lokalnih skupnosti in drugih nosilcev javnih pooblastil (Šturm, 2002, str. 1006).

Pravni red je hierarhija norm (ne institucij) na različnih stopnjah (Merkl in Kelsen - predstavnika teorije o stopnjevitosti⁸⁴ prava). Pravne norme določajo način ustvarjanja drugih pravnih norm, v določeni meri pa tudi njihovo vsebino (razmerje *nadrejenosti* in *podrejenosti*). Hierarhija temelji na usklajenosti: vsi nižji pravni akti morajo biti oprti na ustrezne višje pravne akte, s katerimi se morajo ujemati tudi po njihovi normativni vsebini. Pomembno je torej mesto, ki ga norma v določenem aktu zaseda v hierarhiji pravnih oz. upravnih norm, kakor tudi s tem povezana njena vsebina. Mesto, ki je določeno pravnemu aktu v hierarhiji pravnih aktov, je odvisno normodajalskega organa, ki akt tudi izda, po vnaprej določenem postopku za sprejem in izdajo

redom. Za zakonit predpis je treba šteti tudi odločbo US, kadar US na podlagi 2. odst. 40. člena ZUstS določi način izvršitve odločbe US (Šturm, 2002, str. 1009).

84 Kelsen je pravni red razumel kot sistem norm, kot verigo ustvarjanja, ki ne enači prava z njegovo učinkovitostjo (saj le v primeru, da stvarnost ni enaka veljavnosti prava, lahko pravo ustreza ali ne ustreza – družbeni red, ki bi mu vedenje ljudi vselej ustrezalo...bi bil podoben nesmisel kot red, ki mu dogajanje, na katere se nanaša, sploh ne bi ustrezalo, temveč popolnoma nasprotovalo), pač pa z njegovo stopnjevitostjo: ‘[t]o, da neka norma sodi k določenemu redu, izhaja le iz tega, da lahko njeno veljavnost izpeljemo iz temeljne norme, ki ta red vzpostavlja ... temeljna norma pozitivnega pravnega reda ni nič drugega kot temeljno pravilo, v skladu s katerim so ustvarjene norme pravnega reda. Gre za izhodišče postopka in je povsem formalno-dinamičnega značaja. Iz te temeljne norme *ni mogoče logično izpeljati posameznih norm* pravnega sistema. Ustvariti jih moramo v teku posebnega postopka postavitve, ki *ni miselni akt, temveč akt volje*. Postavljanje pravnih norm se dogaja na več načinov: po poti običaja ali v zakonodajnem postopku, če gre za splošne norme; z akti sodne oblasti in v pravnih poslih pa, kadar gre za individualne norme...odnos med ustvarjanjem norme, ki določa in v skladu s svojimi določili ustvarja drugo normo, lahko ponazorimo s prostorsko podobo nadrejenosti in podrejenosti. Norma, ki določa ustvarjanje druge norme, je višja, norma, ki je nastala v skladu z določili prve, pa nižja. Pravni red torej ni sistem enakovrednih, vzporednih pravnih norm, temveč stopnjeviti red različnih slojev pravnih norm. Njihova enotnost temelji na medsebojni povezanosti, ki izhaja iz tega, da nastajanje in s tem tudi veljavnost ene norme določa druga norma’ (Kelsen, 2005, str. 64, 61, 62, 68) (podčrtal M.P.).

akta. Hierarhija upravnopravnih aktov dobi svoj pomen v določitvi, da so med seboj skladni (nižja pravna norma mora biti v skladu z višjo pravno normo, posledično pa to velja tudi za akte v katerih so te norme vsebovane). Pravna pravilnost kot skladnost vsake pravne norme in pravnega akta s pravnim redom v celoti, ni namenjena lažji seznanitvi s hierarhičnim sistemom pravnih norm in aktov kot takim, pač pa je namenjena (s)poznavanju (ne)primernosti ali (ne)zakonitosti ravnanj posameznih javnih institucij oz. posameznikov v njihovem okviru. Hierarhije pravnih norm z vidka njihovega nastanja, ustvarjanja in preverjanja njihove veljave, je treba ločiti od njihovega dejanskega pravnega učinka na posameznika, kjer te razlike izginajo (vsaj dokler niso osporavane): posameznik mora upoštevati tako ustavo kot “zadnji” pravilnik ali (interno, tj. v takem primeru nezakonito!) navodilo ministra, javnega zavoda, javne agencije itd... Tu naletimo na “*paradoks nevidnosti*”, ki se sorazmerno povečuje z večanjem števila izdanih pravil (Pogodbe EU, ena Ustava-oblast ljudstva, stotine zakonov, tisoče podzakonskih predpisov s strani organov državne uprave, podzakonskih predpisov s strani lokalne samouprave, sto-tisoče interpretacij, navodil, smernic, okrožnic, depeš, letnih načrtov dela, strategij ukrepanja, nešteto dopisov, izjav za javnost, izjav o razumevanju predpisov ali pravil in druga telefonska ali e-korespondenca, ki jo izvajajo posamezni uradniki): če mora (šibkejša) stranka v postopku predložiti določeno število zahtevanih potrdil s strani uradne osebe, je za stranko vseeno, ali je ta zahteva določena na ustavni ravni ali pa le v mislih uradne osebe – dokler se ne izkaže nasprotno (in velikokrat se ne zaradi časovne stiske, manka volje za prepiranje z uradno osebo, itd.), bo morala stranka izpolniti še tako nepotrebno zahtevo. Velik pomen je treba zato dati razumevanju vertikalne in horizontalne odvisnosti in povezanosti pravil, kot prvo predvsem s strani tistih, ki jih izvršujejo.

11.1 Pojem pravnega akta

Pravni akt je zavestna manifestacija (izjava) volje posameznega subjekta, s katero hoče tak subjekt ustvariti pravne učinke (pravice, obveznosti ali pravne koristi), ki jih pravni red bodisi terja, bodisi kot dovoljeno dopušča in jih na takšno manifestacijo navezuje. Vsebina slehernega pravnega akta je (ustvarjanje novih pravnih pravil) je pravna norma. Pravni akt je oblika, v kateri se na poseben način izraža pravna norma kot njegova vsebina. Vsak pravni akt mora imeti tri elemente: *pristojnost* (nanaša se na načelo delitve oblasti, na zakonodajno, izvršilno in sodno; med njimi je mehanizem zavor in ravnovesij), *postopek* (pravni akti in s tem tudi formalni pravni viri upravnega prava so ustvarjeni v določenem postopku) in *vsebina norm*. Pravni akt je človekovo zavestno in željeno ravnanje, ki ustvarja *pravne* posledice, tj. ustvarjajo pravice ali posegajo v obveznosti (za razliko od internih ali materialnih aktov uprave, ki sicer imajo posledice, a le-te niso pravne). Pravni akt je zavestna manifestacija (iz-

java) volje posameznega subjekta, s katero hoče tak subjekt ustvariti pravne učinke (pravice, obveznosti ali pravne koristi), ki jih pravni red bodisi terja, bodisi kot dovoljeno dopušča in jih na takšno manifestacijo navezuje. Vsebina slehernega pravnega akta je (ustvarjanje novih pravnih pravil) je pravna norma. Pravni akt je oblika, v kateri se na poseben način izraža pravna norma kot njegova vsebina. Pravni akti so lahko normativni (splošni in posamični), materialni (realni akti kot fizična ravnanja pravnih subjektov, s katerimi ti udejanjajo dispozicije ali sankcije pravnih pravil), predlagalni (dejanja, ki sprožajo določene pravne postopke, v katerih se oblikujejo splošni ali posamični akti), oblikovalni (enostranska ravnanja, ki imajo pravne posledice), oblastni in neoblastni.

Pravni akt je sestavljen iz oblike in vsebine (formalna in materialna zakonitost). Obliko pravnega akta tvorijo *pravni subjekti* (nosilci obveznosti in pravic, ki ustvarjajo pravne akte; od subjekta je odvisno ali so akti oblastni ali neoblastni), *postopek* v katerem se akt oblikuje (postopek je natančno določen obvezni potek ravnanja – pomembnejši kot so akti, tem bolj kompleksen je postopek nastajanja; natančno urejeni so npr. zakonodajni postopek ter sodni in upravni postopki) ter *zunanjama-materialna podoba* oz. sestavina pravnega akta (akti so lahko ustni ali pisni; ustni so dvostransko obvezni, lahko je zahtevana navzočnost prič, državnega organa ali osebe javnega zaupanja kot sta notar ali odvetnik, ki svedočita veljavnost ustno izraženega pravnega akta ali sodelovanje uradne osebe; pisni akti so večinoma akti državnih organov. Ta oblika ima včasih le dokazni pomen. Pisna oblika brez objave praviloma zadošča pri posamičnih oblastnih pravnih aktih, pri neoblastnih aktih pa sta potrebna pisna oblika in objava. Za hitrejšo pravno urejanje pravnih razmerij pa poznamo elektronsko obliko, ki ima določene omejitve) (povzeto po Perenič, Juhart, Grilc, Kuzma in Igličar, 2004, str. 23-24). Upravni akt je oblika in način izvrševanja zakonodajalčevih odločitev (proces ustvarjanja prava), zato vsebuje odvisne splošne ali posamične upravno-pravne norme. Za splošni upravni akt je značilno, da ga izda (navadno) upravni ali izvršilni državni organ po določenem postopku, kadar ima za izdajo pooblastilo v upravni normi višje veljave. Izdajatelj navadno ni zakonodajni ali sodni organ (izjema so npr. parlamentarni odloki ali odloki predsednika republike DZ oz. predsednika DZ, ki jih štejemo med podzakonske ali izvršilne predpise).

11.2 Usklajenost pravnih aktov

To usklajenost pri nas določa URS v 153. členu. Vsebino pravnih aktov tvorijo pravne norme, kot njihova vsebina. Pravne norme, ki tvorijo upravno pravo, hierarhično delimo v naslednje skupine:

- SPLOŠNE (UPRAVNO)PRAVNE NORME predstavljajo (v širšem pomenu):

11.2.1 Začetne pravne norme

- nimajo izvora v višjih (začetnost),
- so *absolutno* originarne (izvirne - povsem na novo urejajo razmerja, ali jih urejajo drugače, kot so bila urejena do njihove uveljavitve) (izvirnost; kaj bi bila primarna hipoteza za začetno normo?),
- so abstraktne in generalne (abstraktnost in generalnost)
- so vir za nižje pravne norme (zlasti za zakonske norme, zelo redko tudi za izvršilne) (izvornost)
- vsebovane so v ustavnih aktih (ustava, ustavni zakon)

Za začetne norme je glavna značilnost njihova absolutna originarnost; na nov, izviren način postavljajo pravila ravnanja. Pri njihovem oblikovanju se opiramo na konkretne situacije, na družbeni razvoj, nimajo opore v obstoječem pravnem redu; če gre za spremembo, niso vezane na staro normo. Njihovo ustvarjanje pripada najvišjim, zakonodajnim (ustavodajnim) organom, sprejemajo in razglašajo se po določenem ustavodajnem postopku, predvsem gre za obliko ustav in (ustavnih) zakonov.

Ustava kot *akt* najvišje veljave je večpomenski akt: je politični, predvsem pa pravnih akt. Kot politični akt je izraz prevladujočega razmerja politične moči v določeni družbi in s tem v državi. Ustava je predvsem pravni akt, najsplošnejši, najvišji in temeljni pravni akt. Najsplošnejši pravnih akt je po pravnih subjektih, na katere se nanaša (nanaša se na vse pravne subjekte, tudi na tujce, ki so na ozemlju določene države). Najvišji pravni akt je po svoji pravni moči, ali po veljavi v razmerju do zakonov in drugih splošnih aktov. Ustava temelji na predpostavki hierarhije pravnih norm, v tej hierarhiji je ustava na vrhu piramide. Gre torej za izhodiščni pravni akt, po vsebini pa za temeljni pravni akt. Ima tudi sociološki pomen, ker izhaja iz potreb, interesov in vrednot, ki se oblikujejo v družbenih odnosih. Njen sociološki pomen je razviden iz različne stopnje vedenja ali ravnanja pravnih subjektov, fizičnih in pravnih oseb, po ustavi. Na tem mestu nas zanima predvsem ustava kot hierarhično najvišji splošni pravni akt neke države; vsebuje začetne norme, na katerih temelji ves pravni red neke države; sprejme jo ustavodajalec po posebnem ustavnem postopku, praviloma tudi z absolutno kvalificirano večino.

11.2.2 Originarne pravne norme

- imajo izvor v začetnih pravnih normah,
- so abstraktne in generalne,
- so *relativno* originarne (na novo urejajo razmerja sicer že določena v začetnih normah),

- so vir za nižje pravne norme (za odvisne splošne in posamične norme);
- vsebovane se v zakonskih aktih (v zakonu, izjemoma v uredbi z zakonsko močjo); originarne norme torej postavlja zakonodajalec.

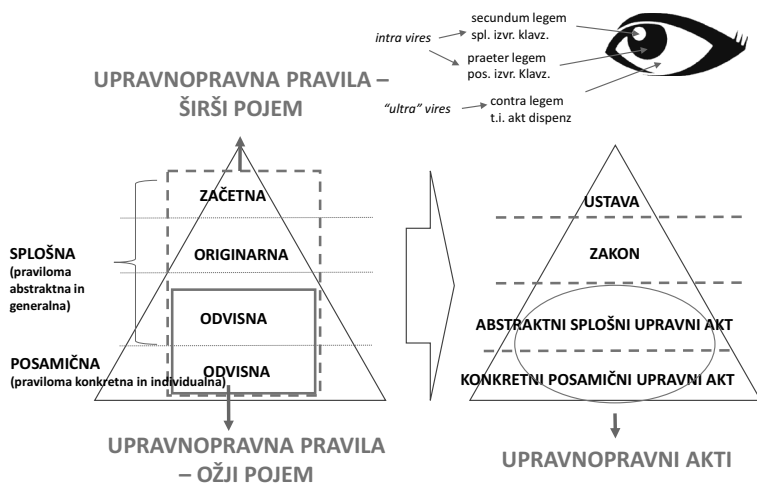
Če bi izvršilna oblast izdajala originarne akte, bi šlo za kršitev načela delitve oblasti. Izvršna oblast ne sme izvrševati zakonodajne funkcije in določati vsebine pravic in dolžnosti. Izvršilna veja oblasti ima namreč najmočnejše attribute oblasti, zato jo je potrebno omejiti. V sistemu prirejene oblasti je tako pomembna uravnoteženost oz. sistem zavor in ravnotežij. Predstavniki izvršilne in sodne oblasti so prav tako predstavniki ljudstva (kot predstavniki zakonodajne veje), vendar ljudstvo teh oseb ne izvoli. Organi sodne in izvršilne oblasti se določijo prek zakonodajalca, s čimer je vzpostavljena posredna vez med njimi in ljudstvom. Izvršilno oblast moramo zato vezati na odločitve zakonodajalca, ki so splošno obvezujoče (tako omejimo izvršilno oblast). Ker izvršilna oblast hitreje odloča kot zakonodajalec, jo moramo omejiti še toliko bolj, kar pa ne pomeni, da zakonodajalec ne bi bil (bolj ali manj) omejen v svoji zakonodajni dejavnosti.⁸⁵ Tudi ljudstvo je bolj povezano z izvršilno vejo in prihaja z njo bolj v stik. Izvršilna oblast ne more odrediti posamezniku pravic in obveznosti, ampak mora delovati po vnaprej določenih zakonih. Originarne norme se razlikujejo od nižjih odvisnih abstraktnih pravnih norm po svoji originarnosti (nastanku), od konkretnih pravnih norm pa po svoji abstraktnosti in neodvisnosti (splošna vsebina).

Zakon kot pravni *akt* s svojimi originarnimi in generalnimi normami je najpomembnejši akt zakonodajalca kot vir upravnega prava. Vir so tako materialni zakoni (zakoni, ki vsebinsko prek pravic in obveznosti urejajo posamezna področja delovanja uprave), kakor tudi formalni zakoni (organizacijski, ki urejajo organizacijo in pristojnosti uprave, in procesni, ki urejajo pravila odločanja o upravnih stvareh). Zakon je splošen pravni akt, ki vsebuje originarne splošne norme - z vsemi lastnostmi originarnih splošnih norm; akt, ki vsebuje zakonske norme. Je splošni pravni akt z drugo (pod ustavo) najvišjo veljavo, kar pomeni, da morajo biti vsi ostali pravni akti v skladu zakonom). Civilizacijski dosežek zakona je prenos pristojnosti za odločanje o družbeno najpomembnejših zadevah s samovoljnega vladarja na od ljudstva izvoljeno predstavniško telo (parlament). To je bilo prvič doseženo v Angliji z listino *Magna Carta Libertatum* in je dandanes del t. i. zahodnega standarda demokracije. Za-

⁸⁵ Ustavnosodna presoja zakonske ureditve ekonomskih in socialnih pravic je glede na njihovo naravo nujno zadržana in omejena na ugotavljanje, ali je zakonodajalčeva rešitev v skladu z javnim interesom. Ustavno sodišče se osredotoča izključno na zakonsko določena sredstva in na razmerje med uporabljenimi sredstvi in namenom zakonodajalca. Ustava zakonodajalca ne zavezuje, da sprejme določene ukrepe, ampak mu daje možnost izbire. Zakonodajalec torej lahko sprejme vsak ukrep, ki bo pomenil izpolnitev njegove obveznosti. Pri tem je seveda vezan na ustavna načela in spoštovanje ustavno zagotovljenih človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Vendar mu to ne preprečuje, da v mejah svoje pristojnosti določa kriterije, po katerih bo določena podobna dejanska stanja med seboj razlikoval in na njih vezal različne pravne posledice. Tovrstna diskrecija, s katero zakonodajalec zasleduje ustavno dopustne cilje, je bistvena sestavina zakonodajne pristojnosti. Upoštevati je treba, da so zakoni splošne in abstraktne norme, sprejete na podlagi posploševanja in ne na podlagi posamičnega, individualnega primera. OdlUS, št. U-I-101/97 z dne 20. 5. 1999.

kon ima glavne tri dele: 1. Uvod: tu so zapisane splošne odločbe, ki okvirno določajo vsebino in cilje pravnega akta. 2. Jedro: nadroben opis. 3. Končni del: vsebuje prehodne in končne določbe. Prve se nanašajo na vmesno obdobje, druge pa natančno določajo, kdaj začne zakon veljati. Zakon je členjen na poglavja, člene in odstavke. Členi so za večjo preglednost oštevilčeni. Zakon ureja pravice, dolžnosti ali pravne koristi (materija),⁸⁶ postopek uveljavljanja pravic in nalaganja dolžnosti (forma-postopek), organizacijo subjektov, ki jih zavezuje k delovanju (forma-organizacija).

Ustava in zakon kot splošna pravna akta vsebujeta tudi upravno-pravne norme (v širšem smislu – pristojnosti in postopke njihove izvršitve), vendar nista splošni upravno-pravni akt; za slednjega se označuje le tisti splošni pravni akt, ki vsebuje splošne upravno-pravne norme v ožjem smislu (odvisne splošne upravno-pravne norme).⁸⁷ Vsak upravni akt vsebuje upravne norme, medtem ko le-te lahko (v širšem smislu) obstajajo tudi izven pravnega akta. Grafično bi lahko prikazali razmerje med vsebino upravnih norm in pravnih aktov na naslednjih način:



Slika 2: Razmerje med vsebino upravnih norm in pravnih aktov

Formalna in materialna pravna pravilnost se nanaša na skladnost nižjega pravnega akta z višjim oz. nižje pravne norme z višjo normo. Neskladnosti imata za posledico

86 Za urejanje pravic in obveznosti oseb je zelo pomembna določba 87. člena Ustave RS, ki določa zakonsko pristojnost Državnega zbora: '[p]ravice in obveznosti državljanov ter drugih oseb določa Državni zbor samo z zakonom.

87 Za pojasnitev razmerja med upravnim aktom in upravno normo moramo uporabiti razliko med upravnim aktom, ki vsebuje odvisne splošne ali/in posamične upravne norme ter upravno-pravno normo (ki jo lahko razumemo z vsebinskega [širšega] in oblikovnega [ožjega] vidika). Vsak upravni akt vsebuje upravne norme, medtem ko le-te (v širšem smislu) lahko obstajajo tudi izven pravnega akta (npr. ustavne norme, ki se neposredno nanašajo na delo uprave: npr. določbe Ustave RS, ki govoriijo o načelu enakosti, pravni državi, pravici do povračila škode, javnem pooblastilu, pravici do sodnega varstva, pravici do pritožbe, ureditvi lastninske pravice, razlastitvi, javnem dobru, varstvu osebnih podatkov, dostopu do informacij javnega značaja in sodelovanju pri upravljanju javnih zadev).

pravno nepravilnost. Formalne pomanjkljivosti - vprašanje upravičenosti (pristojnosti) državnega organa, da izda akt in vprašanje postopka izdaje in objave akta. Materialna presoja bo imela za posledico uničenje akta v celoti le, če bo ugotovljena pravna nepravilnost vseh norm. Form. in mat. kriterij učinkujeta različno na obstoj pravnih aktov in pravnih norm. Posledica formalne presoje je praviloma kompleksno uničenje (celotnega) pravnega akta in pravnih norm, ki jih vsebuje. Pri materialni oceni torej ostane praviloma pravni akt v veljavi, uničijo se le nekateri njegovi deli tj. vsebinsko gledano, samo pravno nepravilne norme.

11.2.3 Odvisne pravne norme

Upravna norma je pravno pravilo, ki oblastno zavezuje ravnanje javnih oblasti in posameznikov z vidika (varovanja ali uresničevanja) javnega interesa. Pojem upravne norme združuje pojma splošne (abstraktne in generalne) upravne norme in posamične (konkretne in individualne) pravne norme. Splošna in abstraktna upravna norma vsebuje hipotezo, dispozicijo in sankcijo, posamična ter konkretna pa glede na ugotovljeno dejansko stanje le dispozicijo in sankcijo. Pravno-tehnične karakteristike upravnih norm se nanašajo na njihovo številčnost, razsutost, spremenljivost in relativno vsebinsko nejasnost, nepreciznost (načrtna in nenačrtna uporaba pravnih norm). Temeljna značilnost splošnih upravnih norm je njihova *abstraktnost* (ustvarjanje prava prek njegovega izvrševanja) in (eksistenčna, vsebinska in teritorialna) *odvisnost* od višjih pravnih norm. Odvisne abstraktne norme se razlikujejo od začetnih in orginar- nih norm po tem, da niso orginarne, tj. po svoji odvisnosti (podrejenosti), od konkretnih norm pa po svoji abstraktnosti (splošna vsebina). Upravni predpis je skupek abstraktnih pravnih norm, ki se vključujejo v pravni red s tem, da so v nastanku, vsebinsko in v svojem pravnem življenju odvisne od kakšne orginarne pravne norme in da so pravni vir za pravno normo nižje veljave. Abstraktnost je kriterij za razločevanje upravnih predpisov od pravnih norm nižje veljave (konkretnih upr. norm), odvisnost pa za mejo nasproti višjim abstraktnim (originarnim in začetnim) normam.

Odvisne oz. splošne upravnopravne norme v ožjem pomenu (izvršilne norme) imajo naslednje lastnosti:

- imajo vir v originarni normi (izjemoma v začetni-uredba z zakonsko močjo)
- niso orginarne, temveč izvršilne (urejajo način izvrševanja originarnih norm, v nobenem primeru ne smejo orginarne norme dopolnjevati, razen če imajo za to izrecno pooblastilo v originarni normi – t. i. posebna izvršilna klavzula),
- so abstraktne in generalne,
- so vir za nižje, vendar le za posamične norme,
- vsebovane so v podzakonskih aktih (izvršilni akti vlade, ministrstev).

11.3 Urejanje vsebine v zakonu ali podzakonskih predpisih

Pomembno vprašanje je, kaj naj bo, ali bi morala biti vsebina zakona, tj. katera družbena razmerja so tako pomembna, da naj se urejajo z zakoni. Ustava RS na ta vprašanja ne daje natančnega odgovora, saj ne določa izrecno obsega in vsebine zakonske pristojnosti državnega zbora. Ustava le v posameznih členih napotuje na zakonsko urejanje določenih vprašanj. V naravi stvari je, da zakoni kot osrednji splošni pravni akti urejajo vse tiste zadeve, ki so poglobitve, temeljne, osrednje za določen pravni sistem, vendar hkrati niso tako pomembne, da bi bile urejene že v Ustavi. Po drugi strani tudi zadeve, ki so v Ustavi že urejene, praviloma zahtevajo določeno zakonsko urejanje. Zato Ustava na več mestih zapoveduje zakonodajalcu, da mora določena vprašanja zakonsko uredi ali zakonodajalcu prepoveduje, da posega na nekatera področja. Pri zakonih velja načelo prednostnega urejanja: zakon se uporablja v celoti za pravno urejanje razmerij, kjer ravna država na enostranski oblastveno obvezujoči način, zlasti za posege v svobodo in premoženje. Materialno med zakone ne sodijo avtentični pravni viri zakonodajalca kot so proračun, akti objave in zaključka vojne, akti ratifikacije ipd., kajti vsem tem aktom manjka splošnost (kljub temu se po formalnem kriteriju štejejo za zakon). Zakon v primerjavi z odvisnimi splošnimi akti predstavlja razlika med načeli proti podrobnostim oz. določanjem politike proti njeni izvedbi. Za razjasnitev narave, posamezne politike, ki se lahko kot vsebina vključi v zakon, ali v odvisne splošne upravne akte (če bi npr. določena vsebina širila/ožila javni interes je to zakon; če pa bi bila čisto upravno-tehnična, manj pomembna, nekontroverzna pa bi bil to odvisni splošni upravni akt), bi lahko uporabili kriterij urejanja pravic ali obveznosti.⁸⁸

Razlog za umestitev vsebine v okvir podzakonskih predpisov pa je lahko pritisk na delo Parlamenta in njegov kratek čas zasedanja (mehanizmi za izvajanje posameznih delov zakona, specificiranje pristojbin in metod za izračun nadomestil, določanje oblike in vsebine obrazcev, podrobnosti o postopkih, potrebnih za izpolnitev zahtev v zakonu, zadeve, ki so predmet indeksacije), tehnične podrobnosti predmeta, nepredvidljive razmere (za katere se že vnaprej ve, da so take narave), potreba po prilagodljivosti (spremembe na trgu, klavzula Henrika VIII – ne velja pri nas), priljubljenost za eksperimentiranje ter izredne potrebe po hitrem ali takojšnjem ukrepanju (izredno stanje, epidemija ...).

Pravne norme bi morale slediti naravi pravnega akta (ustava – ustavne norme, zakon – zakonske norme, podzakonski akt – podzakonske norme), vendar včasih pride do razhajanj med obliko in vsebino. Za pravilno urejanje, razumevanje in pravno

⁸⁸ Vsebina zakona (glede nastanka gl. še eksistenčno odvisnosti!) so navadno pomembne zadeve v javnem interesu (večina njih ima potencial kontroverznosti), zadeve, ki se nanašajo na TČP, tudi ostale pravice in obveznosti državljanov, pravna sredstva, IPS, urejanje pravnomočno določenih razmerij, kazniva dejanja, davščine, davčni postopki ter organizacija uprave, njene pristojnosti, način imenovanja funkcionarjev.

varstvo določene vsebine, je nujno razločevanje med vsebino in obliko, saj se vedno ne prekrivata; ni namreč nujno, da se splošnost akta in splošnost norme vedno pokriva, tj. da je le splošna norma lahko določena v splošnem aktu in da ne more biti posamična norma določena v splošnem aktu. V tem okviru sta se razvili dve teoriji pojmovanja *zakona*:

- **formalna teorija:** zakon je vsak pravni akt, ki ima za to potrebne zunanje, formalno predpisane znake, ne glede na to, kakšne norme vsebuje; za zakon se šteje vsak splošni akt, ki ga je sprejel zakonodajalec, po zakonodajnem postopku in ki je bil razglašen in objavljen na način, predpisan za objavo zakona; razlika med zakoni in abstraktnimi upravnimi akti je možna po tej teoriji samo po strogo formalnem temelju, ne po vsebinskem oziroma materialnem, kar hkrati pomeni, da ni mogoče točno določiti, kakšno materijo naj ureja zakon in katero abstraktni upravni akt. *Materialna koncepcija* nasprotno skuša narediti razmejitve v okviru materije, vsebine.
- **materialna teorija:** niso važni formalni znaki akta, temveč je odločilno, ali vsebuje *originarne splošne norme*; originarne norme stojijo na vrhu celotne zgradbe, katerih ustvarjanje pomeni določanje najbolj temeljnih smernic, dajanje osnov za nadaljnje postopno izoblikovanje pravnega sistema in približevanje dejanskemu življenju. Ustvarjanje teh norm pomeni ocenjevanje družbenih razmerij in prenašanje družbenopolitičnih hotenj v pravno obvezna pravila ravnanja.
- najustreznejše pojmovanje zakona: kombinacija obeh teorij, za zakon se šteje tisti splošni pravni akt, ki praviloma vsebuje originarne splošne norme in ga je izdal zakonodajalec, po zakonodajnem postopku in ki je bil razglašen in objavljen na način, predpisan za objavo zakona.

V ustavnosodni presoji zakonov prevlada (zaradi pomembnosti razlogov, ne pa zaradi vsebine, ki sledi materialnemu kriteriju⁸⁹) **formalni kriterij** - tudi posamična norma, ki je vsebovana v zakonskem aktu, se šteje za zakonsko (torej splošno) normo. Formalna narava (vrsta) akta prevlada nad materialno naravo (vrsto, vsebino) norme, ki je v aktu vsebovana. V primeru, da bi torej zakon vseboval poleg splošnih norm tudi posamične, bi se le-te pri ustavno-sodni presoji (zaradi formalnega kriterija) šteje za "splošne", tj. zakonske. Ustava in zakon sta pravna akta, nista pa upravna akta; upravni akt je šele podzakonski akt v obliki splošnega (predpisa) ali posamičnega akta (odločbe, sklepa).

89 Ko pravim, da je predmet zakonov vedno obči, mislim, da zakon meri na podanike kot celoto in na dejanja kot abstraktna, nikdar pa ne na človeka kot posameznika niti na posebno dejanje ... nobena stvar, ki se nanaša na posamičen predmet, ne spada v zakonodajno oblast ... Ker zakon združuje občost volje in občost predmeta, je to, kar ... ukaže po svoji glavi, ni zakon; celo če sam suveren ukaže kaj glede kakega posebnega predmeta, to ni zakon, ampak odlok; ni dejanje suverena, ampak dejanje uradništva (Rousseau, 2001, str. 41).

– POSAMIČNE PRAVNE NORME:

- nimajo medsebojne hierarhije,
- imajo izvor v splošnih normah (v originarnih in odvisnih, izjemoma v začetnih – TČP; pomenijo uporabo splošne norme na konkretno dejansko stanje in za določeno osebo, več določenih oseb ali več določljivih oseb),
- so konkretne in individualne,
- vsebovane so v posamičnih upravnih aktih (upravnih in sodnih odločbah, sklepih).

Konkretne pravne norme – bodisi tiste, ki jih postavljajo upravni organi (tudi vlada in predsednik države), ali pa tiste, ki jih določajo sodišča (ali tudi predsednik parlamenta) – se razlikujejo od originarnih in odvisnih abstraktnih pravnih norm po svoji konkretnosti (točna vsebina), individualnosti in odvisnosti (podrejenosti). Ne smemo spregledati, da hierarhično umeščanje prava hkrati pomeni tudi njegovo ustvarjanje, ki je hkrati že tudi njegova “uporaba”.⁹⁰

Posamični pravni akt državnega organa je vsak pravni akt, ki vsebuje posamične in konkretne norme, ne glede na njegovo obliko. Običajna oblika posamičnih aktov so odločbe in sklepi, ki pa imajo lahko tudi drugačno ime kot sta npr. dovoljenje ali licenca. Bistvena značilnost posamičnih pravnih aktov – z vidika lastnosti pravne norme – je konkretnost in individualnost (ne mešati z bistvenimi in dodatnimi značilnostmi konkretnega upravnega akta, čeprav se značilnosti prekrivajo). Posamični pravni akti so lahko oblastni ali neoblastni.

Izmed *oblastnih* posamičnih pravnih aktov je odločba najpogostejša oblika posamičnega akta. Z njo, na podlagi ustave in zakonov,⁹¹ pristojni organ enostransko oblastno odloči o dolžnostih in pravicah pravnih. Upravne odločbe izdajajo upravni organi, kateri morajo odločati v skladu s pravili, ki jih določa upravni postopek.⁹² Te odločbe lahko izdajajo organizacije in zavodi, ki niso del državne oblasti, če jih zakon za to pooblasti.⁹³ Sodba je osrednji sodni posamični akt. Z le-to sodišče ugotovi pravno kršitev in izreče predpisano pravno sankcijo oziroma kadar upravičene

90 S sprejemom npr. zakona le-tega hierarhično umestimo v sistem, pri čemer z njegovim sprejemom že uporabljamo dotične ustavne določbe, ki se nanašajo na sprejemanje zakonov.

91 Zakon in zakonit predpis morata določiti pravico organa, da izda posamični akt (pooblastilo), jasno je treba določiti abstraktni dejanski stan, na katerega se odločanje nanaša, ter določiti pogoje za tako ali drugačno odločitev in opredeliti njeno vsebino. Zakon ali zakonit predpis ne more vedno v vseh podrobnostih opredeliti dejanskega stanja in vsebine odločitve, zato se pogosto uporablja neopredeljene pojme, ki jih imenujemo nedoločni pravni pojmi, pri katerih mora pri izdaji posamičnega akta mora upravni organ s pravno interpretacijo določiti njihovo vsebino v konkretnem primeru.

92 Primeri: odločba davčne uprave, odločba, s katero se posamezniku podeli državljanstvo ali pravica do pribežališča. Z upravnim aktom se lahko le potrdi, da obstajajo določene pravice (npr. vpis v rojstno matično knjigo, potrdilo o državljanstvu).

93 Primer: Zavod za pokojninsko in invalidsko zavarovanje izda odločbo, s katero določi višino pokojnine in odloči, da posameznik izpolnjuje pogoje za upokojitev.

stranke zahtevajo, ugotavlja neobstoj ali obstoj določenih pravic, razmerij in obveznosti. Sodbe izdajajo sodišča v postopku pred delovnimi in socialnimi sodišči in upravnimi sodišči ter v kazenskem in pravnem postopku. Izdajajo tudi sklepe, z njimi odločajo o posameznih vprašanjih ali o zadevi v nepravdnem postopku (npr. v zapuščinskih zadevah).

Neoblastni posamični pravni akti nimajo atributa oblastnosti, tj. ni enostranskega prisiljevanja v javnem interesu. V gospodarskih družbah in zavodih (ob uporabi zakonov in drugih državnih predpisov, kolektivnih pogodb, splošnih pravnih aktov podjetja ali zavoda) nastajajo posamični pravni akti, s katerimi se urejajo pravna razmerja zaposlenih ter njihove pravice in obveznosti. Pomemben je postopek sprejemanja teh aktov (procesna zakonitost), ki se opira na določbe oblastnih postopkov, pri tem pa upoštevajo posebnosti odločanja v zavodih in podjetjih. Tudi pri sprejemanju teh aktov mora veljati spoštovanje načela zakonitosti in pravne varnosti. Neoblastni posamični pravni akti so pravni posli, z njimi se urejajo konkretna medsebojna razmerja pravnih subjektov. Ko se doseže soglasje pravnih subjektov oziroma, ko so njihovi oblikovalci v pravno izenačenem položaju nastane pravni posel. Sklepajo jih zavodi, podjetja, organizacije in posamezniki. Na tem področju nastaja največ dispozitivnih pravnih pravil, ki dopuščajo samostojno urejanje medsebojnih odnosov (povzeto po Perenič, Juhart, Grilc, Kuzma in Igljčar, 2004, str. 26, 32-34).

11.4 Pojem odvisnosti

Odvisnost pravnih norm izhaja iz njihove hierarhične razvrstitve - zlasti od njihove začetnosti, originarnosti ali odvisnosti. Bistveno vprašanje je torej: "Ali norma potrebuje za svoj nastanek in prenehanje višjo normo in ali je njena vsebina odvisna od višje norme?" Odvisnost pride v poštev delno že v razmerju med izvornimi (začetnimi) in originarnimi splošnimi normami z vidika skladnosti⁹⁴ zakonskih norm z ustavnimi (ob spremembah ali sprejetju nove ustave ter spremembah ali novih zakonih). V večji meri pride do izraza odvisnost v razmerju med odvisnimi splošnimi normami in originarnimi splošnimi normami. Drugače kot v razmerju med splošnimi normami, se odvisnost kaže v razmerju med splošnimi in posamičnimi normami.

⁹⁴ Pojem skladnosti pravnih aktov zajema ustavnost, zakonitost in pravno pravilnost. Ustavnost se nanaša le na manjši del omenjenih razmerij, na skladnost nižjih pravnih norm z ustavnimi normami in na skladnost nižjih pravnih aktov z Ustavo. Zakonitost v ožjem smislu dobi pomen skladnosti odvisnih splošnih norm z originarnimi splošnimi normami, skladnost posameznih norm z originarnimi in odvisnimi splošnimi normami ter zakonitost dejanj, ki morajo temeljiti na zakonu in zakonitem predpisu, poleg tega pa zakonitost v ožjem smislu zajema tudi skladnost pravnih aktov nižje veljave z zakonom. Pravna pravilnost pomeni zakonitost v širšem smislu in predstavlja skladnost vsake pravne norme, vsakega pravnega akta in delovanja s pravnim redom v celoti. Pomeni pa zahtevo po skladnosti tako v vertikalni smeri (nižja norma v skladu z višjo) kot tudi v horizontalni smeri (usklajenost pravnih aktov na istem nivoju) (gl. Čebulj, 2000, str. 115).

11.4.1 Oblike odvisnosti

1. **eksistenčna odvisnost (časovna)** – se kaže v odvisnosti ene norme (nižje) od druge norme (višje) v nastanku in prenehanju.
2. **vsebinska odvisnost** – ali tvori določen obseg vsebine višje pravne norme obvezno sestavino nižje pravne norme; nanaša se na odvisnost vsebine norme (nižje) od hierarhično višje norme in
3. **krajevna odvisnost norm** – se nanaša na odvisnost območja veljavnosti norme (nižje) od območja veljavnosti višje norme: območje, na katerem veljajo. Upravni akti so po teritorialni odvisnosti vezani na teritorij veljavnosti nadrejenih aktov. Nikoli ne morejo presegati teritorija veljavnosti nadrejenih aktov, lahko pa veljajo za ožji teritorij.

V razmerjih med nekaterimi normami obstajajo vse tri oblike odvisnosti, sicer pa se odvisnost lahko kaže samo v nekaterih od naštetih oblik; v razmerjih med različnimi vrstami norm je različna tudi intenzivnost posamezne vrste oziroma oblike odvisnosti. V okviru odvisnosti ločimo odvisnost a) originarnih od začetnih norm, b) odvisnih splošnih od originarnih in c) posamičnih od splošnih.

11.4.1.1 Odvisnost originarnih splošnih (zakonskih) norm od začetnih (ustavnih) norm

1.1. Eksistenčna odvisnost: pristojnostno pooblastilo za sprejem in delovanje; odvisnost nastanka originarnih (zakonskih) norm od ustavnih se lahko kaže v dveh oblikah:

- **ustavni sistem**, v katerem ima izdaja vsakega zakonskega akta neposredno podlago v ustavi - zakonodajalec lahko z originarnimi splošnimi normami ureja le tista področja oziroma tista vprašanja, za katera je tako izrecno določeno v ustavi. Tak sistem je v Sloveniji veljal v času veljavnosti ustave iz leta 1974, pozna ga tudi francoska V. ustava.
- **zakone izdaja tudi takrat**, kadar to zahteva narava razmerja ali uresničevanje posameznih ustavnih določb (npr. uresničevanje določene pravice ali svoboščine). Takšen sistem (splošnega pooblastila) je uveljavljen v Ustavi RS.

S spremembo ustavnega sistema (v celoti oz. le posameznega dela) originarne splošne norme ne prenehajo veljati same po sebi. Navadno ustavni zakon za izvedbo ustave ali posameznega ustavnega amandmaja (ki je namenjen izvedbi ustavne spremembe in zagotovitvi prehoda k uporabi novih ustavnih določb) določi, kakšna je usoda veljavne zakonodaje in morebitni rok za njeno uskladitev.⁹⁵ Določbe ustavnega zakona

⁹⁵ Ustavni zakon za izvedbo temeljne ustavne listine o samostojnosti in neodvisnosti RS (prvi odstavek 4. člena) v tej zvezi določa: 'Do izdaje ustreznih predpisov Republike Slovenije se v Republiki Sloveniji smiselno

navadno pustijo večji del originarnih norm v veljavi, razen če so v nasprotju z novo ustavno ureditvijo. Originarna splošna norma (zakon) bi lahko dejansko pomenila prenehanje njene veljavnosti s spremembo ustave tudi v primeru, če bi ustavna sprememba pomenila opustitev nekega ustavnega instituta, katerega način izvrševanja je določal zakon.

1.2. Vsebinska odvisnost (zahteva po skladnosti z ustavo) predpostavlja, da tvori določen obseg vsebine višje pravne norme obvezno sestavino nižje pravne norme - ustavne norme kot norme izvora določajo vsebino nižjim, podrejenim zakonskim normam, ki so relativno-originarne narave. Vsebinska odvisnost splošnih originarnih norm od izvornih ne prihaja do izraza v tolikšni (številčni!) meri kot v razmerju med originarnimi in odvisnimi normami. Z vsebinsko odvisnostjo je povezano načelo pravne varnosti (predvidljivost in zanesljivost prava). Predpisi morajo biti po vsebini takšni, da lahko iz njih relativno jasno predvidimo, kaj nam pravo nalaga, dopušča in kaj ne, poleg tega pa morajo ti pravni akti zagotavljati tudi ustrezna pravna sredstva in subjekte (npr. državne organe), ki omogočajo, da se ti akti tudi resnično (in zanesljivo) udeležujejo v družbenih razmerjih. Iz tega izhaja zaupanje v pravo kot druga plat načela pravne varnosti - ob navedenih predpostavkah vsebino predpisov poznamo vnaprej in se lahko nanjo tudi praktično opremo in zanesemo.

1.3. Teritorialna odvisnost: Veljavnost originarnih norm je omejena na območje veljavnosti začetnih norm. Podobno kot začetne norme tudi originarne norme veljajo v mejah teritorija države: lahko pa veljajo za območje celotne države ali za njen del (npr. Zakon o triglavskem narodnem parku).

Posebnosti v zvezi s časovno odvisnostjo = vprašanje retro- in ultra-aktivnosti. Retroaktivnost pomeni povratno veljavo pravnih aktov;⁹⁶ pravni redi večinoma govorijo o prepovedi retroaktivnosti in naš ustavni pravni red tu ni izjema.⁹⁷ V okviru

uporabljajo kot republiški predpisi tisti zvezni predpisi, ki so veljali v Republiki Sloveniji ob uveljavitvi tega zakona, kolikor ne nasprotujejo pravnemu redu Republike Slovenije in kolikor ni s tem zakonom drugače določeno'.

96 Lat. *retro* pomeni nazaj + delovanje= delovanje za nazaj. V angleškem izrazoslovju je retroaktivnost znana kot *retroactivity*. Slovenski ter prav tako angleški izraz izvirata iz latinščine. V ZDA sta v uporabi še dva izraza: *ex post facto* in *retrospective*. Z *ex post facto* se označujejo kazenski zakoni, z *retrospective* pa civilni.

97 Gl. 155. člen Ustave RS (prepoved povratne veljave pravnih aktov): Zakoni, drugi predpisi in splošni akti ne morejo imeti učinka za nazaj. Samo zakon lahko določi, da imajo posamezne njegove določbe učinek za nazaj, če to zahteva javna korist in če se s tem ne posega v pridobljene pravice. Slovenska ustava prepoveduje pravo retroaktivnost. Dovoljena je le po drugem odstavku v primeru, če zakon določa, da imajo posamezne zakonske določbe efekt za nazaj, kadar se ne posega v pridobljene pravice in če to zahteva javna korist. Ta oblika retroaktivnosti je definirana, če zakon spreminjajoče in naknadno poseže v že nastala pravna razmerja, ki so bila do objave zakona že zaključena oziroma so pričela učinkovati. Retroaktivnost izhaja iz običajnega razumevanja časa, v katerega človek naknadno ne more posegati; gre za že naložene določene obveznosti subjektom, pri čemer za preteka ravnanja ne moremo motivirati človekovega vedenja. Dovoljeno je le, da lahko za preteklost naknadno kaznujemo že izvršeno dejanje ali priznamo neko ravnanje, kjer je prišlo do hude kršitve človekovih pravic. Ustavna prepoved v 155. členu ustave je splošna, ne absolutna, saj gre v tem primeru za splošno prepoved retroaktivnosti. Izbira izjem, ki bi veljale za nazaj mora biti ob izpolnjevanju kriterijev seveda preudarna in argumentirana (sicer

retroaktivnosti ločimo pravo, nepravo in ultraaktivnost. Prava retroaktivnost 'je podana, kadar zakon naknadno in spreminjajoče poseže v že nastala pravna stanja oziroma razmerja, ki se niso le začela pred objavo zakona, temveč so bila do tedaj že zaključena oziroma so začela učinkovati' (Novak, 2005, str. 21), medtem ko gre pri nepravi retroaktivnosti 'za posebno vrsto povratnega delovanja pravne norme, ki sega na še ne-zaključena pravna stanja in razmerja, ki bodo učinkovala v prihodnosti in zaradi tega tudi trenutne pravne položaje naknadno razvrednotijo (gre torej za zmanjševanje (pridobljenih) pravic za naprej)' (prav tam). Neprava retroaktivnost je sankcionirana prek 2. člena ustave. Pri njej veljajo manj strogi pogoji presoje kot pri pravi retroaktivnosti, saj predpis ali zakon ne velja za nazaj, pač pa za naprej; gre za posebno vrsto povratnega delovanja pravne norme, ki spreminja obstoječe določbe, a le za naprej. Neprava retroaktivnost *per se* ni prepovedana in bi bilo celo neustavno, če bi bila prepovedana, saj bi v takem primeru pravu dejansko onemogočili kakršnokoli spreminjanje že obstoječih razmerij, kljub še tako spremenjenim okoliščinam. Neprava retroaktivnost je v neskladju z ustavo v primeru, če tehtanje varovanih dobrin z ustavo (javnim interesom ali drugimi človekovimi pravicami) prikaže, da si zasluži prednost zaupanje v trajnost. Neprava retroaktivnost je učinek, ki ga ima originarna norma na že pridobljene pravice – ne gre za odvzem ali zmanjšanje pravice za čas pred uveljavitvijo originarne norme, temveč gre za spremembo pravice (njeno zmanjšanje) ali obveznosti (povečanje) za naprej, torej za čas po uveljavitvi originarne norme. Načelo zaupanja v pravo in vprašanje dopustnosti dometa oz. učinka sprememb originarnih norm na pričakovane pravice: slednje imajo temelj v obstoječi normativni ureditvi (npr. pokojninski), ustavnopravno pa so varovane z načeli pravne države (npr. zaupanje v pravo); pri oblikovanju (spreminjanju) originarnih norm, ki vplivajo na pridobitev dol. pravic (npr. pravice do pokojnine) je zato potrebno upoštevati postopnost in sorazmernost (javni interes oz. varovanje človekovih pravic je predpogoj).

Ultraaktivni učinek zakona: kadar se norma, ki je prenehala veljati zaradi izdaje nove originarne norme, še uporablja za ureditev tistih posamičnih upravnopravnih razmerij, glede katerih je bil postopek za njihovo rešitev že uveden pred prenehanjem njene veljavnosti - določi ga lahko le nova originarna norma. Če ga ne določi (če ga eksplicitno določi pa toliko bolj), se tudi za rešitev takšnih posamičnih upravnopravnih razmerij uporabi nova originarna norma.

niti ne moremo govoriti o izpolnjenih kriterijih). Po ustavi je dopustna izjema, ki dopušča retroaktivnost predpisa po izpolnitvi štirih pogojev: samo posamezne določbe zakona imajo lahko povratno veljavo (ne celotni zakon). S tem se zakonodajalca pooblašča, da pravno reagira, če je potrebno; samo zakon lahko določi retroaktivnost; retroaktivnost mora terjati javna korist, ki mora biti ugotovljena v zakonodajnem postopku. To varnostno merilo predpisuje, da je retroaktivnost v interesu javnosti; retroaktivnost nima posega v že pridobljene pravice. Pridobljene pravice so tiste pravice, ki so točno določene v posamičnem pravnem aktu in so hkrati individualizirane (dokončne upravne odločbe).

11.4.1.2 Odvisnost odvisnih splošnih norm od originarnih

2.1. **Eksistenčna odvisnost** pomeni pristojnostno pooblastilo za sprejem, delovanje in prenehanje: existenčna odvisnost splošnih upravnih aktov, ki vsebujejo odvisne splošne pravne norme, od zakona kot nadrejenega akta, pomeni odvisnost v nastanku in prenehanju. Čeprav so tako splošni kot tudi posamični upravni akti glede svojega nastanka existenčno odvisni od zakona, nastane pomembna razlika med splošnimi in posamičnimi upravnimi akti v njihovem nadaljnjem obstoju: splošni upravni akti so tudi v svojem nadaljnjem obstoju existenčno odvisni od zakona, medtem ko se pravnomočno nastali posamični upravni akti osamosvojijo od svojega vira, zato ne delijo njegove usode. Za splošne upravne akte je značilno, da avtomatično prenehajo veljati s prenehanjem veljavnosti zakona, na podlagi katerega so bili sprejeti. Splošni upravni akt lahko velja še naprej, le v kolikor novi zakon tako določi.⁹⁸ V tem primeru govorimo o ultraaktivnem učinku splošnega upravnega akta.

Odvisna splošna norma (podzakonski predpis) ne more nastati samostojno, pač pa zgolj kot posledica sprejete takšne originarne splošne norme, ki je zaradi abstraktnosti in splošnosti ni mogoče neposredno uporabljati, temveč je potrebno določiti način njenega izvrševanja (kar ne pomeni, da je izvršna veja glede na ustavno načelo samostojnosti ne bi smela sama izdati – splošna ali generalna klavzula). Za izdajo odvisne splošne norme *mora* obstajati pooblastilo v višji (originarni) normi. Določbo v normi, ki vsebuje pooblastilo za izdajo odvisne splošne norme, imenujemo *izvršilna klavzula*, ki je lahko splošna (generalna = pooblastilo za izdajo izvršilnega predpisa, ki se mora gibati v mejah namena, kriterijev in področja originarne norme) ali posebna (specialna = pooblastilo, ki natančno pove izdajatelja, vsebino in rok za izdajo izvršilnega predpisa, kriteriji so bolj natančni, zaradi česar [zaradi jasno izražene volje zakonodajalca] je lahko vsebina širša). Ob tem tudi specialno pooblastilo ne sme biti preširoko, ker bi v nasprotnem primeru trpela zahtevana jasnost zakonske pravne podlage, kar bi lahko privedlo do nedopustne samovolje oblasti. Splošni akt kot upravno-izvršilni predpis mora imeti podlago v zakonu – pri splošni klavzuli lahko podlago najde neposredno v zakonskih določbah, ki jih razčlenjuje (interpretacijski splošni upravni predpis), v primeru posebne klavzule pa ima podlago v izrecnem zakonskem pooblastilu (splošni upravni predpis po posebnem pooblastilu). V primeru posebne izvršilne klavzule pravni red terja poprejšen obstoj izrecnega zakonskega pooblastila upravi, da lahko s podzakonskimi akti ureja razmerja, ki presegajo golo razčlenjevanje oz. interpretacijo zakonske norme.

Izvršilna klavzula je lahko vsebovana v zakonskem aktu, za katerega izvrševanje se izdaja (pri posamezni zakonski normi ali v prehodnih določbah), ali pa v drugem

⁹⁸ Npr. 'Z dnem uveljavitve tega zakona prenehajo veljati, uporabljajo pa se do 31. decembra 2016, naslednji podzakonski akti: 1. Uredba o ... 2. Pravilnik o... 3. Odredba o itd...

zakonskem aktu.⁹⁹ V slednjem primeru gre navadno za sistemski zakon, ki npr. ureja pristojnosti določenih organov izvršilne oblasti.¹⁰⁰ Splošno pooblastilo za izdajanje izvršilnih predpisov oziroma splošnih upravnopravnih norm za izvrševanje (urejanje, razčlenjevanje) zakonskih norm je najširše – ustavno še dopustno – pooblastilo izvršilno-upravni veji oblasti za izdajo izvršilnih predpisov. Izvršilni predpisi, izdani na podlagi takšne splošne izvršilne klavzule se označujejo kot nesamostojni spontani izvršilni predpisi. Tudi v primeru takšnih izvršilnih predpisov se mora njihova vsebina gibati v mejah vsebine in namena zakonskih norm, za katerih izvrševanje se tak izvršilni predpis izda. Ustavna ureditev iz leta 1974 je za razliko od veljavne Ustave poznala tudi t. i. samostojne spontane izvršilne predpise. O takšnih predpisih govorimo takrat, kadar je izvršilnoupjavna veja oblasti z ustavno normo direktno pooblaščen za izdajanje izvršilnih predpisov.

2.2. Vsebinska odvisnost: odvisna splošna norma mora biti v skladu z originarno splošno normo - njena vsebina mora biti določena v mejah izvršilne klavzule, v mejah vsebine in namena originarne norme – ne sme preko meja originarne norme kakorkoli zakonsko materijo drugače urejati ali dopolnjevati, njena vsebina mora biti skladna z namenom, ki ga originarna norma želi doseči. Tudi v primeru splošne izvršilne klavzule, lahko odvisna norma zgolj konkretizira originarno normo, določa način izvajanja tistega, kar se v njej določa oziroma ureja (t. i. predpis *secundum legem*). Predpis po posebnem pooblastilu s svojo vsebino razvija še dodatna pravila – delovanje “mimo” oz. “dodatno”¹⁰¹ poleg obstoječega višjega predpisa – t. i. *praeter legem*. Predpis *contra legem* – višja norma bi dovoljevala odstopanje od lastnih pravil v primeru, ko bi lahko nižji (odvisni) predpis drugače urejal vsebino višje (originarne) norme (izjema v pravu EU – 290. člen Pogodbe o delovanju EU, VB ... t.

99 Pooblastilo za izdajo akta oziroma t. i. izvršilna klavzula mora vsebovati tri temeljne pogoje: pristojnosti organa, (vnaprej določen) postopek in vsebina akta. Gre torej za instrukcije, kjer je vezanost akta v zakonski obliki najjasnejše izražena; gre za izrecno zakonsko pooblastilo (tj. pooblastilo za izdajo akta), ki pove, kaj je treba storiti, ter kakšen akt v kakšnem času je treba izdati. Vsebovati mora torej določen organ, kakšen in kateri akt (oblika), ter kdaj (čas izdaje). Za ustvarjanje abstraktnega upravnopravnega akta ni postopka (tj. pravil postopka), zato se pojavlja vprašanje demokratičnosti tega principa. Posamezniki lahko ta akt odpravijo preko ustavnega sodišča. Pomembno je sodelovanje javnosti. Pri ustvarjanju abstraktnih upravnopravnih aktov je potrebno dati zainteresirani javnosti možnost, da sodeluje pri tem postopku ustvarjanja.

100 Tak primer splošne klavzule najdemo v Zakonu o vladi (21. člen):

‘Z uredbo vlada lahko podrobneje ureja in razčlenjuje v zakonu ali v drugem aktu Državnega zbora določena razmerja v skladu z namenom in s kriteriji zakona oziroma drugega predpisa’.

ali v Zakonu o državni upravi (posebna in splošna klavzula) (74. člen):

‘Za izvrševanje zakonov, drugih predpisov in aktov DZ, predpisov in aktov vlade ter predpisov EU ministri izdajajo pravilnike; če tako določa zakon, pa tudi druge predpise. Če vsebina pravilnika spada v delovno področje več ministrov, pristojni ministri skupaj izdajo pravilnik.

Pravilnik se izda, če tako določa zakon ali uredba ali če minister oceni, da je izdaja pravilnika potrebna za namen iz prvega odstavka tega člena. Nosilci javnih pooblastil izdajajo pravilnike, če tako določa zakon’.

101 Ta dodatna pravila (kriteriji) morajo biti nakazana že v zakonu (npr. Uredba o izplačevanju redne delovne ospešnosti – kriteriji in področje izhaja iz ZSPJS: – del plače za redno delovno uspešnost; – javni uslužbenec; obdobje, za katerega se izplačuje; doseganje nadpovprečnih delovnih rezultatov; največ dve osnovni mesečni plači, osnova je višina osnovne plače v decembru preteklega leta; izplačilo najmanj dvakrat letno; določi na podlagi meril in kriterijev, dogovorjenih s kolektivno pogodbo za javni sektor).

i. Klavzula Henrika VIII). Pravice in obveznosti državljanov se ne smejo določati s podzakonskimi akti, pač pa le z zakonom, ki predpiše tudi način njihovega uresničevanja (glej 87. člen + 15. čl. URS).

Kljub navidezno razumljivim zahtevam legalitetnega načela¹⁰² kot temeljnega načela delovanja uprave, se je okoli vprašanja delegacije pooblastil za sprejemanje podzakonskih predpisov¹⁰³ razvila široka paleta različnih razlag. To načelo iz 120. člena Ustave in z njim povezano izdajanje podzakonskih predpisov je večkrat interpretiralo Ustavno sodišče Republike Slovenije. Že iz 1. člena Ustave (načelo demokratičnosti) je lahko razbrati zahtevo, da so le neposredno izvoljeni poslanci tisti, ki lahko sprejemajo najpomembnejše odločitve. Izvršilna veja lahko deluje le v okviru in na podlagi ustave in zakonov (drugi odstavek 120. člena) in ne na podlagi lastnih predpisov ali celo lastne funkcije v sistemu delitve oblasti. Če je to lahko razumljivo na teoretični ravni, pa Ustavno sodišče razume besedno zvezo "v okviru in na podlagi ustave in zakonov" na (vsaj) dva načina: tako da a) ni nujno, da zakon neposredno določi okvir in merila, pač je treba ustavi in zakonu vsaj vsebinsko slediti:

- 'so upravni organi pri svojem delu, torej tudi pri izdajanju predpisov, vezani na okvir, ki ga določata Ustava in zakon, in nimajo pravice izdajati predpisov brez vsebinske podlage v zakonu – medtem ko izrecno pooblastilo v zakonu ni potrebno' (odlUS, št. U-I-73/94-9 z dne 25. 5. 1995¹⁰⁴);
- 'morajo imeti upravni organi in tisti, ki izvajajo javna pooblastila, za svoje normiranje v zakonu izrecno določen ali iz njega vsaj ugotovljiv okvir in podlago. Tak podzakonski akt ne sme v vsebinskem smislu določati ničesar brez zakonske podlage in zunaj vsebinskih okvirov, ki morajo biti v zakonu izrecno določeni ali iz njega vsaj z razlago ugotovljivi (tč. 6 in 7, odlUS, št. U-I-50/97 z dne 16. 12. 1999);
- zgolj splošna zakonska izvršilna klavzula, ki ministru daje pooblastilo, da lahko izda podrobnejše predpise za izvajanje zakona, sama po sebi (še) ni v nasprotju z ustavo, saj mora 'minister ... pri izdaji podzakonskih predpisov upoštevati drugi odstavek 120. člena Ustave, ki mu prepoveduje, da bi podzakonski predpis vseboval določbe, za katere v zakonu ni podlage oziroma vsebinskega okvira ... Vprašanje morebitne prekoračitve pooblastil, ki izhajajo iz izvršilnih klavzul, določenih v izpodbijanih

¹⁰² 120. člen (organizacija in delo uprave)

Organizacijo uprave, njene pristojnosti in način imenovanja njenih funkcionarjev ureja zakon.

Upravni organi opravljajo svoje delo samostojno v okviru in na podlagi ustave in zakonov.

Proti odločitvam in dejanjem upravnih organov in nosilcev javnih pooblastil je zagotovljeno sodno varstvo pravic in zakonitih interesov državljanov in organizacij.

¹⁰³ Glede dopustnosti tovrstnega prenosa pooblastil v zgodovinskem smislu gl. nasl. pog. Podzakonski predpis.

¹⁰⁴ Tako imenovana izvršilna klavzula (zakonska določba, da je treba izdati take in take izvršilne predpise v določenem roku) pomeni le, da zakonodajalec izdaje izvršilnih predpisov ni prepustil (v celoti) presoji izvršilne oblasti, ampak ji je z zakonom naložil, da določena vprašanja mora urediti, in da ji je za to določil tudi rok. Načelo delitve oblasti pa tudi izključuje možnost, da bi upravni organi spreminjali ali samostojno urejali zakonsko materijo, pa tudi pravna teorija zastopa stališče, da podzakonski splošni akti ne smejo vsebovati določb, za katere v zakonu ni podlage, zlasti pa ne smejo samostojno odrediti pravic in obveznosti (19 tč., odlUS, št. U-I-73/94-9 z dne 25. 5. 1995).

določbah in s tem kršitve drugega odstavka 120. člena Ustave, pa je lahko vprašanje presoje ustavnosti in zakonitosti podzakonskih predpisov, ki so bili izdani na napačni zakonski podlagi' (9. tč., *odlUS U-I-198/05-12* z dne 29. 3. 2007);

ali pa tako, da b) mora zakon neposredno določiti okvir, podlago in merila, na podlagi katerih se lahko izda podzakonski akt:¹⁰⁵

- 'zakonsko pooblastilo mora vsebovati bistvene kriterije in merila, na podlagi katerih se s podzakonskim aktom lahko določi višina nekega prispevka. Če zakonsko pooblastilo, tega ne vsebuje, predstavlja t. i. golo pooblastilo za izdajo podzakonskega akta. Zakonska norma ne sme vsebovati pooblastil, na podlagi katerih bi izvršilni predpisi urejali vsebino, za katero ni podlage že v zakonu, zlasti pa ne sme prepustiti samostojnega odrejanja pravic in dolžnosti. Nasprotno ravnanje bi pomenilo neskladje z drugim odstavkom 120. člena Ustave' (*odlUS*, št. U-I-390/02-26 z dne 16. 6. 2005);
- 'le ... v skladu z nameni in kriteriji iz zakona, oziroma uredi način uresničevanja oziroma izpolnjevanja zakonsko določenih pogojev. Pravilnik tako ne sme vsebovati določb, za katere v zakonu ni podlage, zlasti pa ne sme samostojno določati pravic in obveznosti, s katerimi bi tako posegel v zakonsko ureditev, da bi spremenil njeno vsebino' (*odlUSU-I-288/97* z dne 22. 1. 1998)
- v skladu z načelom legalitete mora biti zakonsko pooblastilo izvršilni veji oblasti za izdajo upravnih aktov po vsebini, namenu in obsegu dovolj določno in omejeno, da je ravnanje uprave oziroma nosilcev javnih pooblastil v določenem obsegu za državljana predvidljivo. To načelo pa zakonodajalcu ne prepoveduje uporabe generalnih klavzul in nedoločenih pravnih pojmov. Podzakonski predpis mora v takem primeru vsebino nedoločenega pravnega pojma določiti tako, da je s tem dosežen cilj zakonske norme. Upravni predpis ali splošni akt za izvrševanje javnih pooblastil sme zakonsko normo dopolnjevati le do te mere, da z dopolnjevanjem ne zožuje z zakonom urejenih pravic in obveznosti. Stremeti mora le za tem, da zakonsko normo dopolni tako, da bo dosežen njen cilj (17 tč. *odlUS*, št. U-I-71/98 z dne 28. 5. 1998).
- zakonska norma ne sme vsebovati pooblastil, na podlagi katerih bi izvršilni predpisi urejali vsebino, za katero ni podlage že v zakonu, zlasti pa ne sme prepustiti samostojnega odrejanja pravic in dolžnosti. Zakonodajalec je s tem, ko je na Zavod za zdravstveno zavarovanje prenesel pooblastilo za določitev pavšalnih prispevkov, ne da bi mu pri tem dal napotke, usmeritve in okvire za njihovo predpisovanje, dopustil prav to (20. tč. *odlUS*, št. U-I-390/02-26 z dne 16. 6. 2005).

¹⁰⁵ Na ravni EU tako člen 290 PDEU določa, da se v zakonodajnem aktu lahko na Komisijo prenese pooblastilo za sprejemanje nezakonodajnih aktov, ki se splošno uporabljajo in dopolnjujejo ali spreminjajo nekatere ne bistvene elemente zakonodajnega akta. V zakonodajnih aktih se *izrecno opredelijo cilji, vsebina, področje uporabe in trajanje pooblastila*. Bistveni elementi posameznega področja so predmet zakonodajnega akta in torej ne morejo biti predmet prenosa pooblastila. V zakonodajnih aktih se izrecno opredelijo pogoji, ki veljajo za pooblastilo, in so naslednji: (a) Evropski parlament ali Svet lahko sklene, da bo prekladal pooblastilo; (b) delegirani akt lahko začne veljati samo, če Evropski parlament ali Svet v roku, določenem v zakonodajnem aktu, temu ne nasprotuje. Za namene iz točk (a) in (b) odloča Evropski parlament z večino svojih članov, Svet pa s kvalificirano večino. V naslovu delegiranih aktov se vstavi pridevnik "delegirani" v ustreznem spolu.

Navedena načina razlage lahko razumemo oz. razmejimo z vpeljavo človekovih pravic: to področje se ne spreminja hitro, zato ga je tako zaradi pomembnosti področja, kot zaradi specifičnosti, poznavanja in širokega nabora informacij, potrebno urediti na višji ravni specifičnosti. Glede na slovensko Ustavo¹⁰⁶ je mesto za specifičnost (tj. jasna pravila) – ne glede na teoretične razlage – na ravni ustave ali zakona: Ustava že na splošni ravni (izven pravice do zdravstvenega varstva) zahteva od državnega zborra, da določa (vse) pravice in obveznosti državljanov ter drugih oseb *samo z zakonom* (87. člen). Po prvem in drugem odstavku 15. člena pa se ‘človekove pravice in temeljne svoboščine uresničujejo neposredno na podlagi ustave. Z zakonom je mogoče predpisati način uresničevanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin, kadar tako določa ustava, ali če je to nujno zaradi same narave posamezne pravice ali svoboščine’. Sistem pravic, in v tem okviru tudi njihove omejitve, lahko ureja le zakon.¹⁰⁷

Za ostala področja podzakonskega normiranja, ki ne regulirajo človekovih pravic, razumemo, da so t. i. spontani upravni akti dopustni (tudi zaradi tretjega odstavka 153. člena¹⁰⁸) in da pride v poštev prva razlaga. V primeru reguliranja pravic (izven človekovih pravic) bi bilo “dovolj” spoštovati vsebinski okvir in podlago v zakonu. Če pa bi šlo za človekove pravice, bi moral biti zakon tisti, ki bi izrecno določil podlago in predpisal način njihovega uresničevanja (drugi odstavek 15. člena). Takšna razlaga je skladna tudi s tretjim odstavkom 9 člena ZDU-1,¹⁰⁹ ki zahteva neposredno podlago v zakonu za poseganje v človekove pravice. Splošnejša zakonska podlaga je tako dovolj za sprejemanje internih in materialnih aktov, ki nimajo pravne narave, kakor tudi – po ustavnosodni praksi Ustavnega sodišča¹¹⁰ – za sprejemanje podzakonskih predpisov, ki ne posegajo v človekove pravice.

2.3. Teritorialna odvisnost: odvisne splošne norme so po teritorialni veljavnosti vezane na teritorij veljavnosti originarnih norm – lahko pa veljajo za ožji teritorij.

2.4. Časovna odvisnost: vprašanje retroaktivnosti odvisnih norm

¹⁰⁶ Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99 in 75/16 – UZ70a.

¹⁰⁷ Glede razmejitve med podzakonskim normiranjem, ki zadeva človekove pravice in druge zadeve, ima Ustavno sodišče sicer podobno prakso (da mora biti zakon vsebinska podlaga za izdajanje podzakonskih predpisov in posamičnih aktov izvršilne oblasti, tako vlade kot upravnih organov, ne da bi bilo potrebno izrecno pooblastilo v zakonu, se navadno nanaša na drugi primer; gl. navedene odločitve v okviru prve razlage, tudi npr. *od/US*, št. U-I-305/96 z dne 22. 4. 1999, U-I-50/00-18 z dne 30. 5. 2002, U-I-113/04-33 z dne 7. 2. 2007, U-I-129/10-18 z dne 10. 11. 2011, U-I-245/01-6 z dne 12. 2. 2004), a ni v celoti konsistentno (enako razlago uporabi tudi glede avtonomije državnih univerz, ki je umeščena med človekove pravice, gl. *od/US*, št. U-I-156/08-16 z dne 14. 4. 2011).

¹⁰⁸ Podzakonski predpisi in drugi splošni akti morajo biti v skladu z ustavo in z zakoni.

¹⁰⁹ Za opravljanje materialnih dejanj, s katerimi se posega v osebno prostost, telesno ali duševno celovitost, zasebnost, lastnino in druge človekove pravice oziroma temeljne svoboščine, mora imeti uprava neposredno podlago v zakonu.

¹¹⁰ Takšno prakso lahko razumemo kot odstop od drugega odstavka 9. člena Zakona o vladi, po kateri se lahko izda uredba za uresničevanje pravic in obveznosti državljanov in drugih oseb izda le na podlagi *izrecnega* pooblastila v zakonu.

Izjema glede prepovedi retroaktivnosti je po Ustavi določena le za posamezne originarne norme (posamezne določbe zakona). Odvisne splošne norme ne morejo imeti retroaktivnega učinka, razen če bi šlo za določitev načina izvrševanja retroaktivno določene originarne norme.

Za upravnopravni akt torej velja, da je le zakonodajalec tisti, ki odloča kateri abstraktni upravnopravni akti bodo veljali, kljub temu da se je zakon spremenil ali je bil razveljavljen (to je določeno v predhodnih in končnih določbah – tu je tudi določeno, da abstraktni upravnopravni akti lahko veljajo določen čas ali pa tako dolgo, dokler ne bodo sprejeti novi), da upravnopravni akt lahko velja le, če obstaja zakon in dokler ta zakon velja in da mora biti vezan na zakon, ki določi pravno podlago, da se upravnopravni akt izda. Če ima zakonodajalec željo po podrobnejši vsebini izven zakona, mora določiti okvir izvršilni veji oblasti (pri čemer lahko le zakon določi pravice in obveznosti), kar lahko razberemo iz določb zakona (npr. “Vlada o tem lahko sprejme uredbo”). Obseg vsebine se po ustavnosodni praksi razlikuje med izvršnimi in občinskimi predpisi.¹¹¹

11.4.1.3 Odvisnost posamičnih norm od splošnih

A. Eksistenčna odvisnost pomeni pristojnostno pooblastilo - po njem so posamične norme v svoji eksistenci, nastanku odvisne od splošnih originarnih in odvisnih norm, ne pa tudi v prenehanju. Gre za pomembno značilnost posamičnih upravnih aktov (vsebujejo posamične upravnopravne norme), ki vzpostavljajo stik s konkretnimi situacijami, ki ga splošni akt nima. Posamični upravni akti živijo po svojem nastanku relativno samostojno življenje, v načelu neodvisno od sprememb nadrejenih višjih aktov, iz katerih so izšli. Za konkretne upravne akte velja, da ostanejo v veljavi tudi po prenehanju veljavnosti nadrejenega akta, bodisi zakona bodisi splošnega upravnega akta, na podlagi katerega je nastal (pravna razmerja, urejena s pravnomočno odločbo državnega organa se lahko odpravijo, razveljavijo ali spremenijo

¹¹¹ Občinski predpisi morajo biti v skladu z Ustavo in zakonom. Ta skladnost ne pomeni, da mora imeti občina za normativno urejanje posameznih področij lokalnih javnih zadev izrecno zakonsko pooblastilo oziroma da bi moral zakon jasno in določno opredeliti vsebino in namen normativnega urejanja. Načelo zakonitosti delovanja organov lokalnih skupnosti nima enake vsebine kot načelo zakonitosti delovanja izvršilne veje oblasti. To izhaja iz različne vloge, ki jo imajo ti organi v sistemu oblasti. Na nekaterih področjih, ki so v manjši meri lokalnega pomena, zakonodajalec lahko določi okvire delovanja organov občine na podoben način kot določa okvire delovanja izvršilne veje oblasti; gotovo pa to ne velja za vsa področja. Načelo zakonitosti delovanja občine na področju normativnega delovanja pomeni, da občinski predpisi, ki urejajo zadeve iz izvršne pristojnosti občine, ne smejo biti v nasprotju z zakoni. Pravnih razmerij torej ne smejo urejati v nasprotju z zakonskimi določbami, v primeru, da zakonodajalec opredeli okvir pooblastila za normativno urejanje, pa ne smejo preseči tega pooblastila. V vsakem primeru posebej je potrebno z razlago zakona ugotoviti, kako široko polje normativnega odločanja je zakonodajalec prepustil občini. Kadar zakon izrecno določa izvršne pristojnosti občine oziroma pooblastila za normativno urejanje v okviru izvršnih pristojnosti na nekem področju, je potrebno z razlago ugotoviti obseg tega pooblastila, ki je lahko jasno in določno ali pa opredeljeno z generalnimi klavzulami oziroma pravno nedoločenimi pojmi. Kadar pa zakon ne določa izvršnih pristojnosti občine na določenem področju, je potrebno ugotoviti, ali je bil namen zakonodajalca izključno (izčrpno) urediti to področje ali pa je dopustil možnost, da občina dopolnilno (praeter legem) uredi to področje. *OdIUS*, št. U-I-348/96 z dne 27. 2. 1997.

le v primerih in po postopku, določenih z zakonom = to praviloma ni nov materialni zakon, temveč gre za primere in postopek določen s formalnim, postopkovnim zakonom v okviru t. i. izrednih pravnih sredstev (158. člen ustave). V pravnem pogledu se to izraža v pojmu njihove pravnomočnosti, saj o pravnomočno odločeni zadevi ne more biti izdana nova odločitev (ne more biti izdan nov posamični upravni akt v tej zadevi, razen če stranka v to ne privoli npr. na podlagi poravnave), kolikor ne gre za spremembo dejanskega ali pravnega stanja (pravnomočnost v materialnem smislu – glej npr. 4. tč. 1. odst. 129. čl. ZUP). Prenehanje posamičnega upravnega akta je povezano s potekom časa, za katerega je bil izdan, če je bil izdan kot temporarni (časovno omejeni akt) ali kot začasni akt (velja do zamenjave s končnim aktom), z nastopom smrti, na temelju sporazuma (poravnave) ali z nastopom resolutivnega (razveznega) pogoja.

Hierarhija pravnih in upravnih predpisov in aktov (■ = pravni akti, ■ = upravni akti) se navadno prikazuje s pomočjo piramide:

Hierarhija pravnih in upravnih predpisov in aktov

■ = pravni akti, ■ = upravni akti



Slika 3: Hierarhija pravnih aktov

Vprašanja za ponavljanje:

1. Kaj je pravni akt?
2. Kaj predstavlja usklajenost pravnih aktov?
3. Kaj so začetne pravne norme?
4. Kaj so originarne pravne norme?
5. Kaj so odvisne pravne norme?
6. Kakšna vsebina se ureja v zakonu in kakšna v podzakonskih predpisih?
7. Kaj predstavlja pojem odvisnosti?
8. Katere so oblike odvisnosti?
9. Kaj predstavlja retroaktivnost in nepravna retroaktivnost?
10. Kaj je ultraaktivni učinek zakona?
11. Ali je nujno, da se splošnost akta pokriva s splošnostjo norme (tj. da je lahko le splošna norma lahko določena v splošnem aktu)?
12. Za kaj se potrebuje izvršilna klavzula?
13. Za kaj se uporablja formalna in materialna teorija glede statusa zakona?

12 AKTI UPRAVE

Akti uprave se lahko umeščajo v hierarhijo pravnih aktov, kolikor gre za splošne in posamične upravne akte, sicer pa ne; v vsakem primeru predstavljajo rezultat dela, dejavnosti (naloge) uprave, tj. vse kar uprava, počne, ustvarja in izdaja (pozitivnopravni pojem uprave). Akti uprave so torej vsa ravnanja, za katere vnaprej – ne da bi jih medsebojno razločevali – ne moremo govoriti o njihovi (ne)pravni naravi (zato jih navajamo ločeno od hierarhije pravnih aktov). Med akte uprave tako tehnično *ne* sodijo akti zakonodajne in sodne veje oblasti, čeprav tudi ti vplivajo na vsebino aktov uprave. Akti uprave so:

12.1 Upravni akti uprave

Upravni akt je oblikovana, formalizirana oblika akta na področju uprave; je enostranski akt, ki ima oblastveni značaj, ima normativni učinek, saj posega v pravice, obveznosti in pravne koristi, kar pomeni, da učinkuje tudi zunanje – naslovniki so tudi tretje osebe (osebe, ki so ločene od uprave). Delovanje na podlagi zakona mora prav tako izpolnjevati tri pogoje: organi morajo imeti pristojnost za sprejem upravnega akta, postopek mora biti vnaprej urejen in vsebina norm, ki je odvisna od dejanskega stanja v konkretnih primerih ali v družbi. Upravni akt je oblika in način izvrševanja zakonodajalčevih odločitev (proces ustvarjanja prava), zato vsebuje odvisne splošne ali posamične upravnopravne norme.

Upravnopravni (upravni) akt je pravni akt, ki vsebuje upravnopravne norme. Upravnopravni akt vključuje le tiste pravne akte, ki vsebujejo *odvisne* splošne norme (izjema je uredba z zakonsko močjo) in posamične upravnopravne norme. *Razlikovanje upravnopravne norme na širše in ožje pojmovanje, kakršnega NE poznamo pri upravnopravnih aktih omogoča, da upravnopravne norme lahko obstajajo izven upravnega akta, tj. v drugih aktih (upravnopravni akt zato ni ustava, ker vsebuje začetne norme, in tudi ne zakon - vsebuje originalne norme, čeprav lahko vsebuje(ta) upravne norme) – gre za pojem upravnopravne norme v širšem smislu (so pravne norme, ki tvorijo materialno in form. upravno pravo) in pojem upravnopravnega akta (obsega samo tiste splošne pravne akte, ki vsebuje odvisne splošne upravnopravne norme in posamične upravnopravne norme).*

Upravni akti uprave so vedno pravni akti, medtem ko za pravne akte ni nujno, da so upravni.¹¹² Pravni akt uprave predstavlja izjavo volje s pravnim učinkom; delimo jih

¹¹² Med pravne akte namreč sodijo tudi zakonodajni in sodni pravni akti, za katere večinoma ne moremo govoriti, da so tudi upravni (izjema so vsi akti, ki v okviru zakonodajne veje oblasti sama tea veja neposredno izvršuje zakone: npr. odlok predsednika državnega zbora o razpisu volitev)

na splošne pravne akte uprave (upravni predpisi) in posamične pravne akte uprave (upravni akt in "upravna pogodba" v delu, kjer gre za enostranske posege). Aktov uprave ne smemo zamenjevati z upravnimi akti (prvi so celota aktov, ki jih sprejema ali izvaja uprava, drugi so (le) splošni in posamični pravni akt uprave.

12.2 Uredba z zakonsko močjo

Najlepše bi bilo, če bi se hierarhija pravnih aktov in hierarhija pravnih norm prekrivali, vendar prihaja do "prebojev". Uredba z zakonsko močjo kot splošni, odvisni, abstraktni upravni akt – kot izjema ali za razliko od ostalih podzakonskih predpisov – vsebuje originarne splošne norme (ustvarjalec je izvršilna veja oblasti). Sodi pod abstraktne upravnopravne norme, čeprav lahko¹¹³ vsebuje originarno pravno normo. Je torej izjema glede narave akta in v njem vsebovane norme (imenuje se tudi uredba po posebnem pooblastilu, uredba v sili) - je namreč izvršilni oz. podzakonski akt (splošni upravnopravni akt), ki *ne* vsebuje odvisnih splošnih norm, temveč *originarne* norme (seveda lahko tudi odvisne). Po tej lastnosti se hierarhično uvršča pred "navadne" splošne upravnopravne akte. Uredba z zakonsko močjo je podzakonski, splošen upravnopravni akt. Izda ga predsednik države, ki ni zakonodajni organ, kateremu je edinemu pridržana pravica sprejemanja zakonov. Vsebuje originarne splošne pravne norme s katerimi se lahko (resda izjemoma) omejijo posamezne človekove pravice in temeljne svoboščine - vendar *ne vseh* (nedotakljivost človekovega življenja, prepoved mučenja, varstvo človekove osebnosti in dostojanstva, domneva nedolžnosti, načela zakonitosti v kazenskem pravu, pravna jamstva v kazenskem postopku in svoboda vesti). Takšno (zakonsko) moč ima lahko uredba kot splošen upravnopravni akt *le zaradi izrecne ustavne določbe* (108. člen), ki daje tej uredbi takšno naravo; kot splošni upravnopravni akt, ki bi vseboval originarno splošno normo, bi bil sicer neskladen z ustavo. Za izdajo uredbe z zakonsko močjo morajo biti kumulativno izpolnjeni naslednji pogoji:

- če obstaja izredno stanje ali vojna,
- če se zaradi takega stanja Državni zbor RS ne more sestati, in
- če izdajo uredbe z zakonsko močjo predlaga Vlada.
- Predsednik republike mora uredbo z zakonsko močjo predložiti v potrditev Državnemu zboru takoj, ko se ta lahko sestane.

¹¹³ Jasno je, da lahko tudi odvisne norme, če ima možnost sprejemanja originarnih.

12.3 Podzakonski predpis

Podzakonski predpisi in drugi splošni akti morajo biti v skladu z ustavo, veljavnimi mednarodnimi pogodbami, ki jih je ratificiral državni zbor, z zakoni, pa tudi z drugimi ratificiranimi mednarodnimi pogodbami (drugi in tretji odstavek 153. člena URS). S prvimi so mišljeni splošni pravni akti, ki jih navadno izdaja vlada, minister, organi javne uprave in nosilci javnih pooblastil (če imajo javno pooblastilo za sprejem splošnega akta), lahko pa tudi drugi, za to pooblašeni organi oz. institucije: pod pojem podzakonskega predpisa (lahko bi ga imenovali tudi izvršilni predpis, če izvršuje določbe zakona; glede na navedeno, ne moramo enačiti izvršilne predpise le z izvršno vejo oblasti) lahko namreč uvrščamo vse predpise, ki so v hierarhiji pravnih aktov nižje od zakona.¹¹⁴ Poimenovanje *upravni predpis* (je prav tako podzakonski, izvršilni predpis), smo pridržali za predpise, ki jih sprejemajo organi državne uprave in nosilci javnih pooblastil.

Področje podzakonskih predpisov ima pestro preteklost, ki se jo je skorajda vedno povezovalo s prepovedjo prenašanja pooblastila za reguliranje na organe izven zakonodajne veje oblasti. Kot vir načela nedelegiranja se navadno šteje John Locke,¹¹⁵ čeprav je njegova domovina Anglija delegirala zakonodajo že dolgo pred njegovim rojstvom.¹¹⁶ Nasprotno pa se je neizogibnosti nepopolnih zakonov je zavedal že Aristotel, za njim tudi Cicero. Prvi je predlagal sprejem *dekretov* s strani pravičnih, karakternih (blagohotnih) mož, ki odločajo na podlagi razuma in pravičnosti,¹¹⁷ drugi pa je

114 Tako je lahko podzakonski predpis npr. Odlok Državnega zbora Republike Slovenije o organizaciji in delu služb Državnega zbora, o razpisu referendumov in določitvi (ali spremembi) referendumskih območij za ustanovitev občin, o razpisu zakonodajnih referendumov, o preoblikovanju, ustanovitvi univerz, Odlok predsednika Državnega zbora Republike Slovenije o razpisu splošnih volitev v državni svet, o razpisu volitev predsednika republike, Akt o razpisu rednih volitev v občinske svete in rednih volitev županov, Akt o razpisu volitev članov Državnotožilskega sveta, Odlok predsednika republike (o razpustitvi DZ RS in) o razpisu predčasnih volitev v DZ RS (razpust DZ je samostojen akt predsednika republike, ki ima pravne učinke na DZ. Pomeni izpeljavo načela delitve oblasti. Razpustitev DZ zadeva konkretni DZ in je posledica konkretnih političnih razmerij v njem ter med njim in Vlado. Zato ta akt nima neposrednih pravnih učinkov navzven, do drugih organov ali do posameznikov. Glede na to akt o razpustitvi DZ, ne glede na to, da je del vsebine odloka, ki ga je izdal Predsednik RS, ni predpis. Sklep Ustavnega sodišča U-I-127/14-6 z dne 11. 6. 2014), Odlok o razpisu volitev poslancev iz RS v Evropski parlament, o razpisu volitev v uradniški svet, o razpisu rednih volitev v DZ, Odloki samoupravnih lokalnih skupnosti, in Splošni akti za izvrševanje javnih pooblastil s strani nosilcev javnih pooblastil.

115 Leta 1690 zapiše: »zakonodajna oblast ne more prenesti pooblastil za postavljanje zakonov v roke koga drugega. Ker razen oblasti, ki jo delegirajo ljudje, ni nobene druge, je tisti, ki jo imajo, ne morejo prenesti na nikogar drugega. Le ljudje sami lahko določijo obliko politične skupnosti, kar naredijo z ustanovitvijo zakonodajne oblasti in z odločitvijo, v čigavih rokah naj bo. In ko se ljudje enkrat izrečejo, da se bodo podredili pravilom in bodo pokorni zakonom, ki jih bodo napisali ti ljudje v tej obliki, ne more nihče reči niti, da bodo zakone zanje pisali drugi ljudje, in ljudje ne morejo biti zavezani nobenim zakonom, razen tistim, ki jih uveljavljajo ljudje, ki so jih bili izbrali in avtorizirali, da jim postavijo zakone. Ni v moči zakonodajne oblasti torej, da pooblastilo za postavljanje zakonov prenese v druge roke (Locke, 2010, str. 216).

116 V Veliki Britaniji so določbe, ki omogočajo dopolnitev primarne zakonodaje s sekundarno, znane pod imenom »klavzula Henry-a VIII« (ang. *Henry VIII clause*).

117 Vsak zakon je splošnega značaja, konkretni primeri pa so takšni, da jih ni mogoče vselej zaobseči z nekim splošnim določilom. Kjer so potrebna splošna določila, ki ne morejo vsega povsem pravilno zajeti, se zakon tako prilagodi, da upošteva večino primerov, čeprav se zaveda, da so pri tem možne tudi napake ... [zakaj] napaka ni v zakonu, ampak v sami naravi stvari. Kadar zakon nekaj na splošno določa, v danih okoliščinah

“polagal upe” v moralo¹¹⁸ oz. ‘v ljubezen do človeštva kot pravega temelja pravičnosti’ (Cicero, 1853, str. 417), ki bi morala biti prisotna kot prvo predvsem pri javnih uslužbencih: ‘dolžnost uradnikov je nadziranje in predpisovanje vseh stvari, ki so pravične, koristne in v skladu z zakonom. Kajti, kakor je zakon postavljen nad uradnika, tako so slednji postavljeni nad ljudmi ... uradnik je govoreči zakon in zakon je tihi uradnik’ (Cicero, 1853, str. 461–462). Prav tako z velikim poudarkom na javnih uslužbencih je nadaljnji korak proti večji jasnosti in določnosti predpisov naredil Bentham. Tudi zanj nihče ne more delati z gotovostjo na področju zakonodaje, ne da bi presojal vse okoliščine, ki vplivajo na občutljivost; kljub težavnosti je dal tej občutljivosti več specifičnosti s tem, kar dandanes razumemo kot nedoločene pravne pojme:

Ta okoliščina deluje predvsem skozi medij izobraževanja: uradnik deluje kot tutor nad državljani prek smeri, ki jo daje njihovim željam in strahovom. Zakonodajalec, ki ima pred seboj vse ljudi, se je dolžan omejiti na splošne zakone ... [čeprav] so razlike v občutljivosti neprecenljive ... nemogoče je dokazati njihov obstoj v posameznih primerih ali meriti njihovo silo ali stopnjo, a vendar imajo na srečo te notranje in skrite dispozicije ... zunanje in očitne znake. To so okoliščine, ki so bile imenovane za sekundarne: spol, starost, čin, rasa, klima, država, izobraževanje, verski poklic ... [zaradi katerih] je zakonodajalec rešen dela težav. Ne ustavi se na metafizičnih in moralnih kvalitetah: določa le domnevne okoliščine ... te domneve bodo imele na splošno vso pravičnost, potrebno za preprečitev tiranskih zakonov, predvsem pa umirjajo nasprotja javnega mnenja, ki ga zakonodajalcu posreduje volilno telo (Bentham, 1843, str. 167).

Z umestitvijo sekundarnih okoliščin je ustvaril plodna tla za kasnejše razprave o optimalnem razmerju med splošnostjo in posamičnostjo predpisov. Zakonodajalcu je bila tako preprečena arbitrarnost in hkrati ustvarjeno učinkovito orodje, ki deluje pod moralo, sodnikom pa je bila dala trdna opora za odločanje v posamičnih primerih (v katerih še vedno pride do izraza njihova presoja pri ostalih okoliščinah primera). Razmerje med nedoločenimi pravnimi pojmi (standardi) in pravilom je *razmerje* abstraktnosti proti konkretnosti (zniževanje ravni abstraktnosti proti konkretnosti, pri čemer pravilo še vedno ohrani tako veliko abstraktnost, da ga ni moč vnaprej pripisati posamičnemu primeru in osebi (razen pri neposrednem učinkovanju predpisa, pa tudi tu ne govorimo vnaprej o konkretnem primeru in točno določeni osebi z imenom in priimkom).

pa se zgodi nekaj, kar v splošnem določilo ni predvideno, tedaj je pravilno, da se popravi pomanjkljivost ... kot bi jo popravil sam zakonodajalec ... če bi bil navzoč in če bi vedel za ta konkretni primer ... Bistvo blagohotnega je ravno v tem, da korigira zakon, kjer so v njem nastale vrzeli zaradi presplošnih formulacij. In to je vzrok, zakaj se ne morejo vse stvari uskladiti z zakonom ... Za nedoločne stvari je potrebno tudi nedoločno merilo ... le-to ni togo, ampak se prilagaja ... dejanskemu stanju (Aristoteles, 1994, str. 181).

118 Zakon ravna z ostrimi praksami na en način, filozofi pa na drug: zakon se ukvarja z njimi, kolikor je mogoče položiti na njih njegovo močno roko, filozofi pa, kolikor jih je mogoče dojeti z razumom in vestjo ... razum zahteva, da se nič ne stori nepravilno, s pretvezo ali zavajanjem ... prevara ni razumljena kot napačna niti prepovedana niti z zakonom niti civilnim pravom; kljub temu pa je to prepovedano z moralnim zakonom (Cicero, 1913, str. 339).

Načelo (ne)delegiranja je v tesni povezavi z načelom delitve oblasti. Ker je bila ameriška ustava prva ustava na svetu, ki je uvedla to načelo, si slednjega kaže ogledati nekoliko podrobneje. Ameriški ustanovni očetje so omenjeno načelo razumeli kot zagotovilo pred zlorabo oblasti, pred nastankom tiranije kot posledice *naravne slabosti posameznika*.¹¹⁹ Če delitev oblasti razumemo v smislu preprečevanja te slabosti in Newtonovem pojmovanju mehanike in zakonov gibanja, kot je bilo razumljeno v ameriški ustavi, potem delegiranje pristojnosti na drugo vejo oblasti ni mogoče. Prepoved delegacije torej prepoveduje takšen prenos ali izvrševanje pooblastil ene veje s strani druge veje oblasti. Doktrina nedelegiranja (prepoved nadaljnega prenašanja pristojnosti – lat. *delegata potestas non potest delegari*¹²⁰) kot temeljni odraz takratnega pojmovanja načela delitve oblasti, se je v ZDA upirala¹²¹ do 1935 leta,¹²² ko so prevladali intervencionistični (New Deal-ovski) razlogi države za širše pristojnosti izvršilne veje.

12.3.1 Nastanek moderne (upravne) države in zadržane presoje sodišča

Ideja, da bi imela država dolžnost izvajanja notranje politike, ni bila prisotna vse do konca 19. stoletja. Domača zakonodaja je dobila stimulus navadno iz pobud članov parlamenta. Pogosto je bilo naključno odkritje "zla", šokantnega za narod tisto, ki je proizvajalo spodbudo za reforme. Zakonodaja na začetku 20. stoletja tako ni temeljila, bila usmerjana ali načrtovana po pravilih, ki bi jih razvila država. Centralizacijo zakonodajne pobude [v vladi] so povzročili trije glavni razlogi in sicer razvoj stalnih komisij, naraščajoče razprave o zakonodaji v komisijah Kabineta in rast delegirane

119 Lahko bi rekli, da delitev oblasti izhaja iz *pokvarjenosti človeka*: že Tomaž Akvinski je govoril o ,padcu človeka v grešnost' (*Civitas Dei*). Hobbes je bil prvi, ki je izrecno zavrgel aristotlovsko stališče, da je človek po naravi družbeno bitje; namesto tega trdi, da je človek posameznik. Predstavniki pogodbene teorije nastanka države izhajajo iz naravnega stanja, kjer je ,človek človeku volk' (Hobbes – *De cive*), kjer posameznik skrbi le za svoje stvari (Locke – Dve razpravi o vladanju), po Montesquieu v despotiji ,posameznik usmerja vse po svoji volji in kaprici' (*Duh Zakonov* 2,1), da se ,človek rodi svoboden, a je vsepovsod vkovan v verige' (Rousseau - *Družbena pogodba*). Ker je posameznik pokvarjen je takšna tudi njegova arbitrarna vladavina – tiranija, zaradi česar jo je treba zaupati več ljudem, ki se medsebojno nadzirajo in omejujejo.

120 Maksima *delegatus non potest delegare* se včasih omenja kot splošno načelo, ki po pravu preprečuje prenos zakonskih pooblastil. Dejansko ne obstaja nobeno takšno načelo; maksima ne igra nobene resne vloge pri odločanju v primerih, čeprav lahko služi kot priročna oznaka. Njen pravi izbor je v pravu zastopanja, kjer ponazarja idejo, da mora zastopani sprejeti odgovornost za dejanja svojega zastopnika, kar ne velja za dejanja, katerih upravičenje bi zastopnik prenesel na svojega zastopnika, čeprav veljajo tudi tu velike izjeme. V primeru zakonskih pooblastil je tako zelo pomembno vprašanje ali je bil pri resnični konstrukciji zakona, izražen namen prenosa pristojnosti, ki jih ima A, tudi na B. Maksima zgolj kaže, da to navadno ni možno (Wade & Forsyth, 2014, str. 312).

121 V ZDA se to načelo prvič omeni pred Vrhovnim sodiščem Pennsylvanije leta 1794 v primeru *M'Intire v. Cunningham*, 1 Yeates 363 (Pa. 1794). Maksima je bila prvič citirana s strani Vrhovnega sodišča ZDA v primeru *United States v. Sav. Bank*, 104 U.S. 728 (1881), kjer povzetek primera navaja, da je eden od tožnikov argumentiral, da ,se obveza, naložena z zakonom na poslovodjo ne more biti dalje delegirana na pobiralca. Delegata potestas non potest delegari'. Doktrina nedelegiranja je razvidna tudi v delih izven prava. Tocqueville leta 1835 ugotavlja, da ima ,v državah Nove Anglije zakonodajna oblast večji obseg kot pri nas. Zakonodajalec na neki način posega v samo osrčje javne uprave; zakon se spušča do najmanjših podrobnosti; predpisuje tako načela kot način njihovega izvajanja; nižja telesa in njihove upravnike tako zameji v številne ozke in strogo določene obveznosti' (Tocqueville, 1996, str. 76).

122 Lawson (1994) navaja redka dva primera, kjer je sodišče uporabilo doktrino nedelegiranja nad ukrepi New Deala: *Schechter Poultry v. United States*, 295 U.S. 495 (1935) in *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935).

zakonodaje' (P. P. Craig, 2003, str. 73, 75). Nastanek moderne države v Veliki Britaniji lahko povežemo s podobnimi težnjami ostalih držav: povečana skrb za nadzor nad družbenimi negativnimi vplivi, njihovo odpravljanje in s tem povezana centralizacija zakonodajnih pobud v rokah vlade. V štiridesetih letih prejšnjega stoletja je npr. ameriški¹²³ Kongres zagotovil izvršni veji široka pooblastila v boju proti gospodarski krizi. Vrhovno sodišče je v primeru *Panama Refining v. Ryan*, 293 US 388 (1935), ki se je nanašal na zakon o oživitvi državnega gospodarstva,¹²⁴ razveljavilo določbo z obrazložitvijo, da Kongres 'ni postavil nobenih meril za usmerjanje predsednikovih odločitev'. Tudi primer *Schechter Poultry Corp. v. United States* (1935) se je nanašal na določila istega zakona, ki je vseboval določbo, ki je dovoljevala predsedniku, da za zagotovitev poštene konkurence odobrava trgovinske kodekse, pripravljene s strani samih podjetij. Vrhovno sodišče je ugotovilo, da zakon ne določa natančnih smernic, zato lahko podjetja 'pohajkujejo po svoji volji, predsednik pa lahko potrdi ali zavrne njihov predlog, kakor se mu zdi primerno', zaradi česar je določbo razveljavilo. Vrhovno sodišče je v primeru *SEC v. Chenery Corp.*, 318 U.S. 80 (1943) navedlo, da 'sodba sodišča ne more nadomestiti upravne odločitve, če ji je ta možnost prepuščena kot politična odločitev. Za namene tako potrditve kot zavrnitve, pritožbeno sodišče ne more poseči v domeno, ki jo je Kongres izključno zaupal upravnemu organu'.¹²⁵ Sodišče je na koncu navedlo, da 'upravna odločitev ne more biti odobrena, če organ pri izvrševanju svojih pooblastil ni deloval v skladu z razlogi, na podlagi katerih se lahko dejanja odobrijo'. Zadnji del predstavlja temeljno načelo upravnega prava, ki se nanaša na dolžnost obrazložitve upravnega organa. Primer *Chenery* se je leta 1947 še enkrat pojavil pred Vrhovnim sodiščem.¹²⁶ Sodišče je v prvem primeru poudarilo preprosto, a temeljno pravilo upravnega prava: sodišče mora pri obravnavi primera, v katerem je upravni organ pristojen za sprejem odločitve, primernost takšnega ukrepa presojeti po razlogih, ki jih je navedel upravni organ. Če so razlogi neustrezni ali neprimerni, sodišče ne more potrditi ukrepa z zamenjavo razlogov, za katere meni, da so primernejši ali predstavljajo ustrežnejšo podlago. Sodišče bi s tem poseglo v domeno, ki jo je Kongres prepustil upravnemu organu.

123 Sklicevanje na ameriško sodno prakso je rezultat avtorjevih opažanj, da je vrsta pravnih institutov, ki jih pozna naša država ali EU, v tesni zvezi s prakso ZDA (načelo delitve oblasti, načelo delegiranja, dostop do informacij javnega značaja, univerzalna storitev in ločevanje tržnih in monopolnih dejavnosti javnih služb, protimonopolna zakonodaja, postopek sprejemanja podzakonskih predpisov, mirno reševanje sporov, pogajanja, odprava administrativnih ovir, itd.).

124 National Industrial Recovery Act – vključevala je določbo, ki je prepovedovala meddržavne pošiljke nafte, ki bi presegle določene kvote. Predsednik je dobil pooblastilo za izvršitev tega pravila.

125 Sodišče je ugotovilo, da se je Komisija nepravilno sklicevala na načelo pravičnosti, saj je imela po zakonu možnost odobritve ali zavrnitve reorganizacije, če bi bil predlog škodljiv za javni interes ali za interes investitorjev ali potrošnikov ali če je pošten in nepristranski. Takšne določbe so bile namenjene za prenos širokih pooblastil na komisijo zaradi zaščite javnosti, kar jasno izhaja iz poročil delovnih teles kongresa. Preden se lahko sicer zakonite transakcije prepove ali zavrne njihove običajne poslovne posledice, morajo pasti v okvir prepovedi nekaterih standardov ravnanja, ki so določeni s strani pristojnega organa – najsigre za sodišče ali Kongres ali pa upravni organ, kateremu je Kongres delegiral svoje pristojnosti.

126 *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corp.* 332 U.S. 194 (1947).

Sodišče je že v prvem primeru poudarilo, da morajo biti razlogi za odločitev navedeni s takšno jasnostjo, da so sodišču lahko *razumljivi*. Od sodišča ne gre pričakovati, da bo ugibalo, katera teorija stoji za odločitvijo, ali da bo samo izdelalo jasne razloge, kar je upravni organ pustil nejasnega in nerazločnega.¹²⁷

Komisija kot pristojni upravni organ se je pri svoji odločitvi (ki je bila presojana v Chenery II) oprla na razloge, ki so bili navedeni v zakonu (in jih je tudi sodišče navedlo v Chenery I). Sodišče je dopustilo odločitev komisije ne glede na to, da zakon ni nič določal glede trgovanja vodstva z delnicami lastnega podjetja, niti da komisija sama ni sprejela podzakonskega akta v zvezi s tem (čeprav je sodišče v prvem primeru omenilo tudi to možnost):

Ker ima komisija v nasprotju s sodiščem možnost sprejemanja novih pravil prek uveljavljanja svojih normativnih pooblastil, ima manj razlogov za sklicevanje na *ad hoc* odločitve pri oblikovanju novih standardov ravnanja. Nalogo zapolnitve praznega prostora je treba opraviti kolikor je to mogoče prek kvazi-zakonodajne razglasitve splošnih pravil, ki se uporabljajo za prihodnja ravnanja. Vsaka takšna toga zahteva pa bi lahko imela za posledico nefleksibilnost upravnega postopka in nesposobnost ukvarjanja s številnimi specialnimi problemi, ki se pojavijo. Vsakega načela, ki je bistvenega pomena za učinkovito izvrševanje zakona, ne moremo takoj vreči v kalup splošnega pravila. Nekatera načela morajo počakati na lasten razvoj, druga pa morajo biti prilagojena za zadovoljevanje posebnih, nepredvidljivih situacij. Pri opravljanju pomembnih funkcij mora biti upravni organ zato opremljen za delovanje bodisi s splošnim pravilom ali s posamezno odločitvijo. Vztrajanje pri eni obliki ukrepanja z izključitvijo druge bi pomenilo povzdignjenje oblike nad nujnostjo.

Sodišče je menilo, da zgolj zaradi nepredvidljivosti primerov ne moremo odreči upravnemu organu, da bi deloval kljub odsotnosti splošnega pravila, ali da bi zaradi še nezadostnega znanja o določenem področju zahtevali postavitve v toge okvirje; problem je lahko tako specialne kot spremenljive narave, da bi ga bilo nemogoče postaviti v normativne meje. V takih primerih mora upravni organ ohraniti možnost ukvarjanja s takimi problemi, če želimo doseči učinkovitost upravnega procesa. Tako je pri obravnavi zadev od primera do primera tudi določen prostor za razvoj zakonskih standardov. 'Izbira, ki jo upravni organ opravi med splošnim pravilom ali posamezno *ad hoc* odločitvijo, temelji na poučeni diskreciji upravnega organa' (glej npr. *Columbia Broadcasting System v. United States*, 316 U.S. 407, 421, 1202). Sodišče je dovolilo sprejem individualne odločitve upravnega organa, ki v sebi vsebuje nov standard ravnanja (prepoved trgovanja vodstva podjetja z delnicami tega podjetja), čeprav ob odsotnosti splošnega pravila in z navideznim¹²⁸ retroaktivnim učinkom.

¹²⁷ Ali z drugimi besedami: ‚[m]i moramo vedeti, kaj odločitev pomeni, še preden postane naša dolžnost, da povemo ali je pravilna ali napačna‘ (*United States v. Chicago, M., St. P. & P.R. Co.*, 294 U.S. 499, 511, 467).

¹²⁸ Da ima takšno dejanje retroaktivni učinek ni nujno usodno za njegovo veljavnost. Vsak prvi primer daje vtis retroaktivnega učinka, naj si bo sprejet s strani sodišča ali pa upravnega organa. Takšno retroaktivnost je

Primer *Chenery* se splošno navaja kot primer širokega pooblastila, ki je bil podeljen upravnim organom. Gre za zrcalni primer tega, čemur so se ustanovni očetje želeli izogniti s sprejemom ustave, ki bi temeljila na delitvi oblasti in vladavini prava. Sodišče je postavilo družbeno nujnost pred rigidnost vladavine prava, splošna pravila v vrstnem redu za hitrost sprejemanja odločitev s strani profesionalne uprave. Ameriško upravo pravo se je od nastanka primera *Chenery* gradilo ob in na njem: na tej podlagi je bil sprejet *Administrative Procedure Act* (APA),¹²⁹ razvila se je doktrina *Chevron*¹³⁰ s strani Vrhovnega sodišča in temeljit način pregleda,¹³¹ prevladal je predsedniški formalni pregled in vpliv na delovanje upravnih organov ter zavračanje vseh odločitev z nepopolno ali nasprotujočo si obrazložitvijo. Načelo zakonskega nedelegiranja je povezano z diskrepcijo organa; če je prvo preživeto, je druga dovoljena, celo zaželeno. Večja kot je kompleksnost, tehničnost, odzivnost, fleksibilnost določenega področja, širši, splošnejši in manj jasni so zakonski kriteriji. Okolice in razmere, v katerih naj bi se uveljavilo določeno pravilo, narekujejo vsebino posamezne (pooblastilne) norme. Ob obstoju takšnih okoliščin se diskrepciji pridruži kvazi-zakonska delegacija v obliki pooblastila za sprejemanje podzakonskih predpisov ali konkretnih aktov. Zakon bi moral v obeh primerih nedvoumno izraziti *voljo zakonodajalca*, po kateri naj bi se izvršilni organ ravnal pri izvajanju posameznega zakona.

12.3.1.1 Namen zakonodajalca in dopustnost interpretacije s strani upravnega organa

O namenu zakonodajalca lahko govorimo kot o pravni fikciji, saj ga štejemo za resnično dejstvo, čeprav v številnih primerih ne moremo potrditi njegovega obstoja. Namen zakonodajalca se prikazuje v okviru ciljev posameznega zakona, medtem ko se pri posameznikih kaže kot volja tj. kot sposobnost hotenja, ki je element zavesti posameznika, ne kolektivnega organa, ki se ravna zgolj po večinskem seštevku glasov. Duševna usmerjenost k uresničitvi kakega dejanja, kar naj bi namen pomenil (SSKJ) je torej bližje volji kot omenjeni pravni fikciji. Če bi obveljal namen zakonodajalca kot pravna kategorija (in ne le kot kriterij razlage), bi morale obstajati tudi napake volje zakonodajalca, na način kot obstajajo v civilnem pravu.¹³² Ob pojavu novih okoliščin, ki jih zakonodajalec ni mogel upoštevati, jih izvršna ali sodna veja

treba tehtati glede na škodo, ki bi bila v nasprotju z zakonsko določeno obliko (statutory design), zakonskim načelom ali načelom pravičnosti. Če je škoda večja od slabega učinka retroaktivne uporabe novega standarda, ne gre za vrsto retroaktivnosti, ki je prepovedana z zakonom. Gl. *Addison v. Holly Hill Co*, 322 US 607, 620, 1222, 153 ALR 1007.

129 Pub. L. No. 79-404, 60 Stat. 237 (1946).

130 *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984); več o tem v nadaljevanju.

131 Glej C. R. Sunstein, *Constitutionalism After the New Deal*, 101 HARV. L. REV. 421, 463-74 (1987) (doktrino močnega pregleda – the hard look doctrine – postavi v pozna 1960-ta in zgodnja 1970-ta kot zahtevo, po kateri morajo upravni organi in sodišča pri obravnavi primerov upoštevati regulativne koristi in slabosti).

132 Poslanec tako ne more trditi, da je bil pri glasovanju v bistveni zmoti, zaradi katere bi imelo glasovanje drugačne pravne posledice.

“rekonstruirati” iz obstoječih pravil, spremljajočega gradiva ali splošnih pravnih načel ter obstoječega stanja. Pravega namena zakonodajalca tu ni; govorili bi lahko le o “povratno določajočem”, ko se trenutna sestava parlamenta strinja z “rekonstrukcijsko” razlago sodne ali izvršilne veje, ali pa jo spremeni v primeru nestrinjanja.

Ustava navadno ne zahteva od zakonodajalca, da bi v zakon navedel razloge za njegov sprejem. To osnovno pravilo ustavnega prava velja tudi v naši državi¹³³ kot tudi v ZDA, kjer se od Kongresa ‘ne zahteva, da bi artikuliral razloge za sprejem zakona’,¹³⁴ ne glede na pomembnost teh razlogov pri kasnejšem izvajanju zakona s strani državne uprave. Po sprejemu zakona ga je treba izvajati ne glede na morebitne nejasnosti ali nedoločenosti. V takih primerih lahko uprava (še pred sodno presojo) vpogleda v pripravljeno gradivo (t. i. *travaux préparatoires*), iz katerega je morebiti jasnejše razviden namen zakonodajalca za sprejem določene zakonodaje, nakar uprava lahko sprejme podzakonske predpise, če ima za to podlago v zakonu. Bolj ko se vprašanja prava nanašajo na kompleksne družbeno ekonomske situacije, za katera poseduje strokovno znanje uprava, ali ji zakon prepušča ureditev določenih politik (državne pomoči, razvojni programi, pospeševalni ukrepi) bolj sodstvo prepušča zapolnitev vsebine nedoločenih pravnih pojmov in razlago določb upravi. Takšna zadržana presoja izhaja iz prepričanja, da ima uprava posebno znanje o določeni stvari, ki je kompleksna, obsežna ipd.; v vsebino posega le, če gre za odstopanja od pojmovanja “stopenj razumnosti”.

Ustave navadno izrecno ne določajo okvirov oziroma meja, do katerih lahko zakonodajna veja delegira pristojnosti na izvršno, zato so ti okviri in meje običajno postavljeni na zakonski ravni. Na zakonski ravni se zopet postavi vprašanje določnosti oziroma jasnosti zakona glede obravnave posameznega primera delegacije, ki je lahko izrecna ali implicitna. Za primerno ravnotežje med sodno kontrolo (ki lahko nadomesti odločbo uprave) in avtonomijo upravnega organa glede vprašanja dopustnosti zakonske razlage s strani upravnega organa, sodišča uporabljajo različne teste in pristope. Verjetno je svetovno (po citiranosti)¹³⁵ najbolj znan, in tudi za slovenske razmere primeren, ameriški primer *Chevron U.S.A. v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984). Po tem t. i. Chevronovem dvostopenjskem testu (test pravilnosti in test razumnosti –

133 Ustavno sodišče RS je v združeni zadevi št. U-I-60/06, U-I-214/06, U-I-228/06 z dne 7. 12. 2007 v tč. 79 navedlo, da ‘očitek, da je izpodbijana ureditev v neskladju z Ustavo zato, ker v zakonu ni določeno, kaj je zakonodajalcu služilo kot podlaga za uvrščanje posameznih funkcij v plačne razrede, ni utemeljen. Ustava namreč ne zahteva, da bi morali biti razlogi za sprejem določene zakonske rešitve opredeljeni v samem besedilu predpisa’.

134 *U.S.R.R. Ret. Bd. v. Fritz*, 449 U.S. 166, 179 (1980).

135 Tako naj bi bil do leta 2005 citiran s strani ameriških sodišč v 8000 primerih za razliko od sicer vsespošno znanega primera *Marbury v. Madison*, ki je bil citiran v 1559 primerih (Breyer idr., 2006, str. 247).

ang. *correctness test* in *reasonableness test*)¹³⁶ naj bi pri obravnavi dopustnosti razlage zakona s strani uprave sodišča odločala po dveh stopnjah:

1. Kot prvič se vedno postavlja vprašanje, ali je kongres govoril neposredno o konkretnem vprašanju, ki je stvar presoje. Če je namen kongresa jasen, potem je konec zadeve;¹³⁷ sodišče, kot tudi vsak organ mora uveljaviti nedvoumno izražen namen kongresa. Če sodišče ugotovi, da se kongres *ni neposredno dotaknil specifičnega vprašanja*, sodišče ne vsili svoje lastne razlage zakona, kot bi to bilo sicer nujno v odsotnosti razlage s strani uprave;
2. Če zakon ne ureja ali je dvoumen glede obravnavane zadeve, je za sodišče vprašanje, ali odgovor upravnega organa temelji na *dovoljeni* razlagi zakona.

Sodišče se je pri tem sklicevalo na primer *Morton v. Ruiz*, 415 U.S. 199, 231 (1974), po katerem je 'pristojnost za izvajanje sprejetega programa Kongresa na upravnem organu [spomnite se na delitev oblasti!]. Program nujno zahteva formulacijo politike in sprejem pravil za zapolnitev implicitno ali eksplicitno puščenih praznin s strani Kongresa'. Sodišče je v *Chevronu* nato nadaljevalo:

Če je Kongres eksplicitno pustil polje, ki naj ga zapolni upravni organ [zakonodajalec je imel v mislih določen cilj, vendar ni bil dovolj jasen], gre za izrecno delegacijo upravnemu organu, da osvetli določena pravila zakona s svojimi pravili. Takšna pravila imajo težo, razen če so arbitrarna, kapriciozna ali očitno v nasprotju z zakonom [strožja presoja sodišča zaradi posebne izvršilne klavzule, ki naslavlja vprašanja prava, za katerega je pristojno sodišče]. Včasih je zakonodajna delegacija implicitno izražena, ne pa eksplicitno [zakonodajalec ni imel v mislih določenega cilja, ampak je nameraval rešitev prepustiti upravnemu organu]. V takem primeru sodišče ne poda svoje razlage zakonskih določb, če je razlaga upravnega organa razumna [milejša presoja].

¹³⁶ Kongres je spremenil Zakon o kakovosti zraka leta 1977, da bi zagotovil spoštovanje standardov kakovosti zraka, ki jih je določila Agencija za zaščito okolja (EPA). Od držav, ki niso izpolnjevale standardov je spremenjen zakon zahteval da vzpostavijo sistem dovoljenj za reguliranje "novih ali spremenjenih večjih virov onesnaževanja zraka." V času Karterjeve administracije je EPA opredelila za vir vse naprave v obratu, ki proizvajajo onesnaževanje, po izvolitvi Ronald Reagana pa je EPA sprejela novo definicijo, ki je dovoljeval obstoječim obratom pridobitev dovoljenja za novo opremo, ki ne izpolnjuje standardov vse dokler se skupne emisije iz obrata ne povečajo.

¹³⁷ Tako je bilo npr. v zadevi *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 529 U.S. 120 (2000): če je Kongres večkratno zanikal možnost regulacije določenega področja s strani upravnega organa in razvil obširen regulativni sistem izven nadzora uprave, potem upravni organ ne sme regulirati tega področja.

Pri strožji presoji *arbitrarnosti*¹³⁸ (po presoji forme) gre za pregled in presojo najbolj grobih formalnih napak, medtem kot pri milejši presoji *razumnosti*¹³⁹ (ali »arbitrarnosti po vsebini«¹⁴⁰ - ko je ugotovljeno, da arbitrarnost po formi ni kršena) pa gre za večjo zadržanost sodišča ob prepuščeni diskreciji organu. Novejša doktrina se včasih imenuje *Chevron step zero*:¹⁴¹ sodišče mora prvo odločiti, ali je zakonodajalec sploh nameraval dati upravnim organom ali sodiščem pristojnost interpretacije zakona, preden se bo lotil dvostopenjskega Chevron postopka. Chevron predstavlja najvišjo stopnjo dopustne razlage *zakonov* s strani uprave, medtem ko se za podzakonske predpise izdane s strani upravnih organov uporablja test iz primera Auer (vmesna stopnja),¹⁴² za druge akte organa (mnenja, operativni priročniki, smernice) pa primer Skidmore (najnižja stopnja spoštovanja razlage organa); slednji glede razlage organa pove, da se "vzdrži le, če je zmožna prepričati".¹⁴³

V Republiki Sloveniji se od uprave pri izdaji *podzakonskih predpisov* navadno ne zahteva oz. vsaj ne omenja, da bi morala podati razloge za svojo odločitev, kot to zagteva ameriški APA pri sprejemanju podzakonskih predpisov (kar sicer velja pri konkretnih pravnih aktih), kar pa ne pomeni, da sodišča ne presojajo podzakonskih aktov po formi in vsebini.¹⁴⁴ S tem povezana vprašanja dejstev so pri razlagi posa-

138 Običajno je pravilo upravnega organa samovoljno in muhasto, če se opre na dejavnike, ki jih zakonodajalec ni nameraval upoštevati, če organ ni upošteval pomembnega vidika problema, ni podal obrazložitve za svojo odločitev ali je bila v nasprotju z dokazi, ki jih je imel organ, ali pa je odločitev tako neverjetna, da je ne bi bilo mogoče pripisati razlikam v pogledu ali produktu strokovnega znanja organa... Utemeljene podlage za ukrepanje organa sodišče ne more podati, če je sam organ ni podal, bo pa podprlo odločitev, ki je manj kot idealna, če je mogoče razumno zaznati pot organa. *Motor Vehicles Manufacturers Ass'n v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, 463 U.S. 29 (1983), tč. 42-43. Tu gre za strožjo presojo sodišča (prepričanje), ki ohrani odločitev upravnega organa v veljavi, le če bi sodnik enako odločil v presojani zadevi.

139 V zadevi *Graham v. Connor*, 490 U.S. 386 (1989), je vrhovno sodišče ZDA navedlo, da je preiskava "razumnosti" objektivna: vprašanje je, ali so dejanja uradnikov "objektivno razumna" glede na dejstva in okoliščine, s katerimi se soočajo, ne glede na njihov osnovni namen ali motivacijo. Smiselnost določene uporabe pooblastil je treba presojati z vidika razumnega uradnika na prizorišču dogajanja in z informacijami, ki jih je imel na voljo. Razumnost se sklicuje na položaj nevtralne ("razumne") osebe z razpoložljivim znanjem o situaciji, v kateri so bile stranke v času presojanega dejanja. Razumen človek je namišljen človek, ki ima in izvaja lastnosti pozornosti, znanja, inteligence in presoje, ki jih določeno dejanje zahteva za zaščito lastnih interesov in interesov drugih. Pri razumnosti gre za presojo verjetnosti - sodišče ohrani odločitev upravnega organa, če je več razlogov za kot proti; pri tem ni nujno, da bi se sodnik osebno strinjal z odločitvijo, tj. da bi jo on sam sprejel, če bi bil na mestu uradnika.

140 Primer *United States v. Mead Corp.*, 533 U.S. 218,227 (2001) uporablja to dikcijo za opis ocene razumnosti "ko Kongres izrecno pusti vrzel, ki naj jo zapolni upravni organ, gre za izrecno delegacijo pooblastila, s katerim organ s podzakonskim predpisom razjasni določeno določbo zakona...vsak naslednji podzakonski akt je za sodišča zavezujoča, razen če je postopkovno napačne, arbitrarni ali kapriciozni po vsebini ali očitno v nasprotju z zakonom".

141 Glej npr. Cass R. Sunstein, *Chevron Step Zero*, 92 *Va. L. Rev.* 187 (2006).

142 Auer v. Robbins, 519 US 452 (1997): ta vmesna stopnja spoštovanja razlage odraža "pravico in premišljeno presojo upravnega organa o zadevi" in ni "očitno zmotna ali v neskladju s podzakonskim predpisom" ali ni preprosto "post hoc racionalizacija", ki jo organa spodbuja v obrambo svojih preteklih dejanj.

143 V primeru *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 ZDA 134 (1944) Bathje sodišče postavilo štiri-stopenski test za dopustnost razlage s strani uprave: (1) temeljitost obravnave področja s strani uprave, (2) veljavnost njenega rezoniranja, (3) konsistentnost prejšnjih in kasnejših razlag skozi čas; in (4) vseh tistih faktorjev, ki dajo moč prepričljivosti pristojnega organa. Primer *Barnhart v. Walton*, 535 U.S. 212 (2002) je izrecno postavil veljavnost doktrine Skidmore za dejanja uprave, ki ne prejmejo dopustitve po Chevronu.

144 Glede izvršilni klavzul gl. tudi poglavje "Odvisnost odvisnih splošnih norm od originarnih". Eden od razlogov za neupoštevanje podzakonskih predpisov (oz. za ne tako detaljno razdelano doktrino kot je npr. v ZDA) pri

mičnih aktov v domeni uprave. Sodišča so tu navadno zadržana in se omejujejo na očitne napake, vidne na prvi pogled ali na zlorabo oblasti (francoski *detournement*, britanski *improper purpose* – primaren je namen uprave, ne vsebina njene odločitve). Sodni standard presoje pri dejstvih je navadno očitna napaka (*manifest error*, ameriški *arbitrary and capricious test*,¹⁴⁵ britanska *relevancy* in *Wednesbury's unreasonableness*), ki se nanaša na prepričljivost dokazov s strani uprave. Sodišča se tu navadno ne spuščajo v ugotavljanje dejstev *de novo*, pač pa je ta del kot rečeno prepuščen upravi. V vmesni del sodi diskrecija, kjer sodišče ugotavlja njeno dovoljenost glede na zakonsko upravičenje, uprava pa podaja dejstva glede na konkretno alternativo, za katero se je odločila po ugotovitvi relevantnih dejstev. Pri tem se sodišče omeji na očitne napake, zlorabo oblasti, ali očitno prekoračitev pooblastila, sicer pa ne posega v diskrecijsko odločanje uprave (tako kot pri presoji dejstev), kolikor je odločitev tudi *sorazmerna*. Sodišče tudi pri diskreciji ne nadomesti prvotne odločitve, ne nadomešča strokovnih razlogov stroke, pač pa preverja njihovo argumentacijo in povezljivost v skladno celoto. Načini sodne presoje so zrcalna slika tega, kar mora upoštevati uprava pri sprejemanju aktov.

Ob pregledu ameriške sodne prakse bi lahko na podlagi pomembnejših primerov, ki so postavili temelje delegacije zakonodajalca na izvršno vejo (primeri *J. W. Hampton, Jr. & Co. v. United States*, *Chevron U.S.A. v. NRDC* in *SEC v. Chenery Corp.*) prišli do naslednje ugotovitve: zakonodajalec delegira pristojnost za interpretacijo zakonov prek sprejemanja podzakonskih aktov na izvršno vejo, če ji takšno pooblastilo implicitno ali eksplicitno zaupa na podlagi zakona. Če je namen zakonodajalca jasen, ga mora izvršna veja upoštevati v celoti. Če ni, sodišče dopusti razlago (regulacijo) uprave, če je le ta dopustna. Dopustnost se ugotavlja po dveh poteh: če zakonodajalec izrecno zahteva ravnanje uprave (tj. posebna izvršilna klavzula), je ravnanje uprave dopustno, če ni arbitrarno, kapriciozno ali očitno v nasprotju z zakonom; v primeru implicitne, diskrecijske privolitve zakonodajalca v delegacijo (tj. splošna izvršilna klavzula), pa mora biti ravnanje uprave razumno. Nedoločeni pravni pojmi šikanoznosti, kapricioznosti in razumnosti se ugotavljajo od primera do primera, v katerih mora uprava jasno in določno navesti razloge za svoje ravnanje. S tem se vzpostavlja odgovornost uprave in preprečuje samovoljnost postopanja. Za dopustnost ravnanja uprave pri neformalnih odnosih z drugimi organi in strankami se upošteva vsebina in odnos uprave: vsebina, ki je vodila upravo pri ravnanju kot nujen predpogoj za veljavnost ravnanja ter odnos uprave, ki kaže na temeljitost obravnave konkretnega

sodni presoji je možnost *exceptio illegalis*, ki jo daje že ustava (Sodniki so vezani [le op.] na ustavo in zakon [ne pa tudi na podzakonske predpise – če se z njihovo vsebino ne strinjajo]).

145 Ta test nekoliko bolj posega v očitnost napak, saj se v ZDA na sprejem tako konkretnih kot splošnih pravnih aktov nanaša Administrative Procedure Act, ki zahteva sodelovanje javnosti. Sodišče ima tako več gradiva iz katerega lahko ugotovi namen in upravičenost ravnanja uprave.

področja glede na konsistentnost prejšnjih in kasnejših razlag glede na razloge, ki so jo vodili pri morebitni spremembi razlage oziroma predpisa.

12.3.2 Upravni predpis

Upravni predpis (ang. *delegated/subordinated legislation*) kot splošni upravni akt (tudi splošni pravni akt uprave) je izraz resnične volje subjekta (predvsem) izvršilne oblasti, s katero ustvarja pravne učinke, ki jih nadrejeni pravni red zahteva ali dopušča. Upravni (podzakonski predpis) akt je zato pravni akt, ki vsebuje *odvisne*, derivativne (izvedene iz originarnih) upravne norme (akt-pravilo: splošno in abstraktno pravilo ravnanja za nedoločeno število primerov in oseb). Akti, ki vsebujejo začetne ali originarne upravne norme (ustava, ustavni zakon, zakoni), se ne štejejo za upravne akte. To so splošni pravni akti (upravna norma/pravni akt), ki pa lahko vsebujejo upravne norme v širšem smislu. Predpis izvršno-upravne veje mora vedno temeljiti na zakonu ali drugem splošnem aktu parlamenta ali vlade, zaradi česar govorimo o izvršilnem (odvisnem) karakterju upravnih predpisov. Podzakonski akti, ki vsebujejo odvisne splošne norme se lahko imenujejo tudi splošni upravnopravni akti, izvršilni akti ter splošni akti za izvrševanje javnih pooblastil. Tudi pri podzakonskih predpisih – tako kot pri zakonu – lahko pride do razhajanj med vsebino akta (vrsto oziroma naravo norme, ki jo vsebuje) in obliko akta (lahko vsebuje normo, ki ni odvisna splošna norma). Če bi vseboval originarno normo, bi to pomenilo, da je akt v nasprotju z Ustavo, ker izvršilna oblast ne more izdajati originarnih norm (izjema je uredba z zakonsko močjo; Če pa bi vseboval posamično normo, se zastavi vprašanje, ali tak akt šteti za posamičnega ali splošnega. Podobno kot pri enakem vprašanju glede zakona, sta se tudi tu razvili dve teoriji:

- formalna: izvršilni akt je tisti akt, ki ga izda izvršilna oblast (vlada, uprava, nosilec javnega pooblastila) po predpisanem postopku in ki je objavljen na predpisan način;
- materialna: po kateri je izvršilni akt samo tisti akt, ki vsebuje odvisne splošne norme, niso pa pomembni formalni znaki.

Najustreznejše pojmovanje je kombinacija obeh teorij: izvršilni predpis je akt, ki ga izda izvršilna oblast, po predpisanem postopku in je objavljen na predpisan način, vsebuje pa odvisne splošne norme. V ustavnosodni presoji glede tega vprašanja (nasprotno kot pri zakonu, *sic*) prevlada v prvem koraku **materialni kriterij**, kar pomeni, da se splošni odvisni upravnopravni akt v delu, v katerem vsebuje posamične upravnopravne norme, šteje za posamičen akt in obratno, tj. posamični akt se lahko šteje za predpis:

Če sklep ni izdan v obliki predpisa, je z vidika pristojnosti Ustavnega sodišča za njegovo presojo odločilno vprašanje, ali je predpis zaradi svoje vsebine; ali torej vsebuje

pravne norme, s katerimi se urejajo pravice in obveznosti pravnih subjektov na abstrakten in generalen način in s katerimi se povzročajo pravni učinki navzven (t. i. eksterno delovanje). Le v takem primeru bi bilo pristojno Ustavno sodišče za presojo njegove ustavnosti in zakonitosti (če ni na voljo drugo pravno sredstvo), sicer je na voljo upravni spor (*odlUS*, št. U-I-87/96 z dne 16. 7. 1998).

Pri presoji, ali je Ustavno sodišče pristojno za oceno ustavnosti in zakonitosti akta, izdanega v obliki predpisa, je po ustaljeni ustavnosodni presoji, kadar se ne izpodbija zakon, odločilen tudi materialni kriterij (vsebinski), tj. ali akt vsebuje splošne in abstraktne norme, ki navzven povzročajo pravne učinke. Letni načrt [pridobivanja in razpolaganja s stvarnim premoženjem občine] ni tak akt. Iz same njegove vsebine je namreč razvidno, da nima abstraktnih in splošnih, navzven učinkujočih pravnih pravil, ki bi urejala posamezna pravna razmerja. Nasprotna udeleženka je s tem aktom zgolj določila nepremičnine, ki bodo predmet pravnega prometa (*odlUS*, št. U-I-45/10-6 z dne 25. 10. 2011).

S temi sklepi [o podaljšanju uporabe ukrepov] je Vlada na izviren način določila nadaljnjo veljavnost ukrepov iz Odloka. Tako je na abstrakten način uredila pravni položaj nedoločenega števila pravnih subjektov, na katere se nanašajo (vzgojno-izobraževalni zavodi in zlasti učenci, ki jih obiskujejo). To pomeni, da so omenjeni sklepi Vlade po svoji vsebini predpis. Ustavno sodišče šteje namreč za predpis vsak akt, ki vsebuje splošna in abstraktna pravna pravila, s katerimi se urejajo pravice in obveznosti pravnih subjektov, oziroma ki vsebuje pravila, ki navzven povzročajo pravne učinke (t. i. eksterno delovanje). Ustavno sodišče ugotavlja, da sklepi niso bili uradno objavljeni, kar pa ne vpliva na to, da jih po vsebini ne bi opredelili kot predpise. Po ustaljeni presoji Ustavnega sodišča je namreč za opredelitev podzakonskega akta za predpis ključna njegova vsebina (materialni kriterij) in ne naziv ali subjekt oziroma postopek sprejemanja. Glede na navedeno sklepi niso začeli veljati (*odlUS*, št. U-I-445/20-13 z dne 3. 12. 2020).

Narava (vrsta) norme torej prevlada nad naravo (vrsto) akta. V drugem koraku – ko se v posamičnem aktu ugotovi obstoj splošnih in abstraktnih norm, ki navzven povzročajo pravne učinke – se uporabi formalni kriterij, saj bi moral biti akt, za katerega je po vsebini ugotovljeno, da gre za predpis, tudi objavljen. Ker ni bil objavljen v uradnem glasilu, kot to za predpise zahteva 154. člen Ustave RS, ni začel veljati in se ne sme uporabljati.¹⁴⁶ Oblike abstraktnih upravnopravnih aktov so odredba, navodila, pravilniki, odloki in uredbe.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Gl. npr. *odlUS*, št. U-I-87/96 z dne 16. 7. 1998. Kakšno je razmerje med splošnostjo/posamičnostjo upravnega akta in upravne norme? Zakon je vedno zakon, splošni oz. konkretni upravni akt pa ima lahko posamične oz. splošne norme in v tem delu ga je treba obravnavati glede na to vsebino norm, ne glede na obliko akta.

¹⁴⁷ Povzetek: predpis v materialnem smislu = splošne (generalne in abstraktne) norme; predpis v formalnem smislu = vse vrste norm in njihove kombinacije (abstraktne, konkretne, individualne, splošne, npr. Zakon o Prekmurju, Zakon o Triglavskem narodnem parku, Zakon o zagotavljanju pogojev za opravljanje funkcije predsednika republike – t. i. individualni zakoni); zakon – formalni kriterij, podzakonski predpis (in vse ostalo!) – materialni kriterij; izvenzakonski predpis – zaradi splošnih (originarnih) določb ima značilnosti zakona v materialnem smislu, vendar formalno ni zakon – za razliko od akta vladanja (akta oblasti) predstavlja pravni

12.4 Posamični upravni akt

Posamični upravni akt izvira iz Francije (fr. *acte administratif*); izšel je iz potrebe po določitvi posebnega pravnega instituta, ki bi izhajal iz načela zakonitosti in posredoval med normo ter njeno izvršitvijo. Gre za pravni akt uprave, s katerim se na avtoritativen način rešuje konkreten primer. Upravne akte (večinoma) izdajajo upravni organi. Gre za formalno organizacijski vidik, ki ni povsem točen (konkretne upravne akte izdajajo tudi drugi organi, na podlagi javnega pooblastila celo posamezniki in organizacije, kakor tudi upravni organi izdajajo druge akte). Upravno normo kot pravilo moramo ločevati od (splošnega/posamičnega) upravnega akta (Ustava RS kot pravni akt [a ne upravni!] za splošni upravni akt uporablja pojem podzakonski predpisi in drugi splošni akti, za posamični upravni akt pa posamični akti). Za posamične akte upravnih organov se običajno uporablja izraz upravni akt. Zakon o upravnem sporu določa upravni akt kot dokončen posamični akt, s katerim državni organ, organ lokalne skupnosti oziroma nosilec javnega pooblastila odloči o pravici, obveznosti ali pravni koristi posameznika ali pravne osebe oziroma druge osebe, ki je lahko stranka v upravnem postopku.

Posamični upravni akt¹⁴⁸ je izjava volje upravnega organa ali pooblaščenega subjekta, sprejeta z namero, da nastane pravni učinek (s tem se loči od organa, ki je akt sprejel in "živi svoje življenje"), tj. da se opravi neka sprememba v danem pravnem redu. Posamičen upravni akt vsebuje posamično normo, s katero se ureja konkretno upravnopravno razmerje praviloma na individualen način. Njegova vsebina je norma s katero se odloči o pravici, obveznosti ali pravni koristi določenega ali določljivega posameznika. V materialnem smislu je posamičen upravni akt odločitev o vsebini upravne stvari. Dolžnost dati obrazložitev je pomemben element zakonitosti posamičnega akta, saj je od tega odvisna možnost smiselne in učinkovite uporabe pritožbe ali drugega pravnega sredstva. Obrazložitev mora biti celovita, jasna in vsebinska, tako da v celoti prikaže resnične in vsebinske razloge upravnega organa za določeno odločitev. V formalnem smislu pa je posamičen upravni akt predpisana oblika, kateri po predpisanem postopku odloči pristojni upravni organ o upravni stvari (Čebulj in Strmecki, 2006, str. 147).

vir; če vpliva na pravice, obveznosti, ima eksterni učinek (npr. poslovnik kot splošni pr. akt z eksternim učinkom, sicer – v ostalem delu - interni akt). Odlok (konkretno pravilo ravnanja s splošnim učinkom – npr. razglas ustavnega zakona o spremembi ustave, razpis referendumu, odreditev parl. preiskave, ustanavljanje javnih zavodov in podjetij, urejanje načina dela in razmerij v državnem zboru) – podzakonski predpis. Državni proračun vsebuje konkretne in individualne norme, ker pa velja za naprej se šteje, da je abstraktne narave; ker gre za zakon, se kot takega tudi obravnava. Konkretni pravni akt = konkreten in individualen, tudi generalna upravna odločba (naslovniki – prebivalci ulice, naselja...).

148 Glej Zakon o upravnem sporu, 2. člen: 'Upravni akt po tem zakonu je upravna odločba in drug [*falsa nominatio non nocet*] javnopravni, enostranski, oblastveni posamični akt, izdan v okviru izvrševanja upravne funkcije, s katerim je organ odločil o pravici, obveznosti ali pravni koristi posameznika, pravne osebe ali druge osebe, ki je lahko stranka v postopku izdaje akta'.

Posamični upravni akt označujejo tri glavne značilnosti:

1. **konkretnost** (individualnost, včasih tudi generalnost, nikoli abstraktnost),
2. **avtoritativnost** (enostransko izražena volja z grožnjo sankcije; relativno glede na vrsto akta in absolutno glede na njegovo izvršljivost; ne le kot izvajanje oblasti in prisile, pač pa tudi kot strokovno, učinkovito in zakonito odločanje-akti oblasti/akti poslovanja reforme upravnega prava) in
3. **pravno delovanje** (posledica nastopi po sili zakona; učinek glede na naravo pravice – erga omnes/inter partes; način urejanja - ex nunc/ex tunc in čas učinkovanja-odpošiljanje/vročitev).

Dodatne značilnosti so enostranskost (ena stran določa pravice in obveznosti druge; avtoritativnost kot odnos močnejše volje je vedno enostranska, medtem ko enostranost ni nujno absolutno avtoritativna, npr. konc. pogodba, odstop od pogodbe; enostranost je formalna manifestacija vsebinske avtoritativnosti), zasnovanost na zakonu, izvršljivost (prisilna izvršljivost obveznosti), upravna zadeva (upravno dejstvo prek katerega se ustvarja, spreminja ali ukinja posamezne pravice, obveznosti ali pravne koristi s področja upravnega prava) in izdajatelj akta.

Posamični upravni akti niso splošni upravni akti, javnopravne odločitve,¹⁴⁹ interni akti brez neposrednega pravnega učinka ali avtoritativnosti;¹⁵⁰ materialna dejanja uprave (akti uprave, upravna ravnanja; gre za izvedena dejanja na podlagi upravnega akta, lahko manjka element avtoritativnosti ali konkretnosti oz. učinka),¹⁵¹ akti poslovanja (manjka element avtoritativnosti), akti oblasti ali akti vladanja.¹⁵² *Delitev posamičnih upravnih aktov se nanaša na pozitivne in negativne, konstitutivne in deklarativne, skupne in generalne, vezane in proste, zbirne (kompleksne), formalne in neformalne, trajne in trenutne, po službeni dolžnosti (oficielna maksima) ali na pobudo stranke (ničnost, če ni kasnejše privolitve!), delne, dopolnilne in začasne ter napačne upravni akti (nepravilni, protipravni, nezakoniti, formalno ali materialno pomanjkljivi, izpodbojni in nični).*

149 "Javnopravna stvar", ki ne posega v osebne pravice ali obveznosti posameznika; 4. čl. ZUP npr. razrešitev članov UO, NS, soglasje vlade za izplačilo letne nagrade, subvencije, pomoči, odločitve v javnih razpisih, potrditev mandatov – se pa smiselno uporablja ZUP. Tudi imenovanje osebe za predsednika uprave v skladu z določbami Zakona o družbi za avtoceste v Republiki Sloveniji, Statuta Družbe za avtoceste Republike Slovenije in Zakona o Vladi Republike Slovenije, je javnopravni akt.

150 Če po vsebini omenjajo možnost uporabe sankcij v primeru njihovega nespoštovanja, če se nanašajo na pravice, obveznosti ali pravne koristi, ali če učinkujejo navzven, gre za prave konkretne upravne akte (tudi če gre zgolj za uslužbensko pravo). Glej še Pirnat, R. Pravna narava internih aktov uprave z eksternim učinkovanjem.

151 Mešana narava upravne pogodbe, kriterij cilja, posebnih določb in strank, glej Pirnat, R. Pravni problemi upravne pogodbe.

152 Glej Zakon o upravnem sporu, 3. člen: „[u]pravni akti niso tiste odločitve, ki jih nosilci zakonodajne in sodne veje oblasti sprejemajo za izvrševanje svojih ustavnih pristojnosti, in tisti akti, ki jih sprejemajo nosilci izvršilne veje oblasti in so utemeljeni na politični diskreciji, podeljeni na podlagi ustavnih in zakonskih pooblastil“.

Pozitivna odločba pomeni spremembo v pravnem položaju; ustvari se nova situacija (stranki se prizna določena pravica ali pravna korist oziroma se njen zahtevek (vsaj delno) zavrne), spremeni ali ukine se obstoječi pravni položaj. Negativna odločba zavrne spremembo pravnega položaja; sem se umešča tudi molk upravnega organa, ki nastane z iztekom instruktivskega roka za izdajo odločbe. Molk organa se v tem primeru šteje kot fikcija sprejete in kot domneva negativne odločitve, s tem pa stranka pridobi pravico do pritožbe, kot da bi bil njen zahtevek zavrnen. Gre za ohranitev obstoječega stanja, neg. odl. je možna samo na zahtevo stranke.

Konstitutivna odločba za naprej tj. *ex nunc* in *pro futuro* ustvari pravno razmerje ali spremeni obstoječe (ga razširja, oži oz. ukinja). Konstitutivni akti se v upravnih stvareh pojavljajo kot dovoljenja, zapovedi, prepovedi, uk[™]azi, obremenitve ali razbremenitve. Med konstitutivne odločbe štejemo z vidika adresata odločbe tudi: 1. *pooblaščajoče* (favorabilne) UA – dovoljenja (konsenz, soglasje nadrejenega) in “privilegiji” (koncesija) – ali ima oseba pravico pridobiti akt glede na že obstoječe pogoje, ali pa pridobi popolnoma novo pooblastilo, ki ga pred tem ni imel. 2. *zapovedujoče* (onerozne) UA – izhajajo navadno neposredno iz zakona brez predhodno izdanega pisnega UA (policijske, vojaške, finančne oz. davčne zapovedi – niso materialna dejanja), tudi razlastitvena odločba (ekspropriacija), komasacija proti volji udeležencev, akti rekvizicije za policijo, vojsko. Lahko so tudi prepovedi – npr. prepoved javnega shoda; in 3. *akti priznavanja* posebnih sposobnosti, lastnosti ali svojstev stvarjem (npr. pravna oseba, častni doktorat, častna oseba mesta, nacionalni park, spomeniško varstvo).

Deklaratorna odločba ali ugotovitveni upravni akt le ugotavlja (deklarira, konstatira), da je upravno razmerje ali pravno stanje (izpolnitev upokojitvenih pogojev/registracija tujega podjetja) nastalo že *ex tunc* (retroaktivno) in *de facto* na podlagi predpisa ali po sili zakona. Ugotovitveni akt predstavlja sporočilo stranki, v katerem predpisu je upravno razmerje zanjo oblikovano ter način, kako bo to razmerje realizirano.

Vezana in nevezana (svobodna) odločba – upravne odločbe so praviloma vezani upravni akti. To pomeni, da je organ pri odločanju vezan na abstraktno pravno normo in lahko pri odločanju priznava pravice ali nalaga obveznosti le v okviru predpisov. Nekatera upravna področja pa so po naravi stvari takšna, da zaradi zajetja vseh možnih situacij zakon organu prepušča da – 1. ohlapno pravno normo (nedoločnim pravnim pojmom) – 2. med več možnimi odločitvami (v okviru prava!) sprejme tisto, ki je v danem trenutku najprimernejša (odločbe, izdane po prostem preudarku, tj. nevezane odločbe).

Zbirna (kompleksna) odločba – praviloma izda odločbo en sam organ (enostavni UA). Na posameznih upravnih področjih (urbanizem, varstvo okolja itd.) predpisi določajo, da pri izdaji odločbe sodeluje več organov. V tem primeru govorimo o zbirni oz. kompleksni odločbi. Če organ izda odločbo na podlagi dovoljenja ali potr-

ditve drugega organa, izdelava osnutek odločbe in ga pošlje drugemu organu v potrditev oz. izdajo dovoljenja. Akti teh organov so v razmerju do glavnega akta akcesorni (stranski, dodatni, interni akt). Pri tem je potrebno upoštevati pravno naravo akcesornih aktov. Če gre za soglasje, je matični organ nanj vezan. Če gre (le) za mnenje, ga matičnemu organu ni obvezno upoštevati. Če gre za (predhodno) dovoljenje ali (naknadno) potrditev, odločba ne more biti izdana, dokler dovoljenje ali potrditev nista izkazana. Kot pravno sredstvo je na voljo tudi izredno pravno sredstvo odprava in razveljavitev odločbe po nadzorstveni pravici.

Skupna in generalna odločba – skupna odločba se izda za večje število oseb, katerih zahtevki ali obveznosti se nanašajo na isto ali podobno dejansko stanje in so stranke organu poimensko znane (združitev zadev). Vse stranke se navedejo v uvodu, v izreku se poda odločitev za vse ali za posamezne od njih (če so med njimi razlike), v obrazložitvi pa se odločba utemelji za vsako od strank. Generalno odločbo izda organ osebam, ki so povezane z istim dejanskim stanjem ali z istimi pravicami ali obveznostmi. V generalni odločbi stranke niso poimensko določene, se pa odločba nanaša na konkretno določen primer in na določene posameznike, zato ima vsaka oseba, na katero se generalna odločba nanaša, položaj stranke in nastopa samostojno v postopku.

Delna, dopolnilna in začasna odločba: delno odločbo izda organ, kadar je o zahtevku stranke mogoče odločiti po delih ali kadar je stranka vložila več zahtevkov, ki se jih rešuje v procesni skupnosti in so posamezni deli (zahtevki) zreli za odločitev. Gre za takšne dele zahtevka, ki lahko kot odločitev samostojno obstajajo in so samostojno sposobni za pritožbo in izvršbo. Delni odločbi sledi dopolnilna, s katero se odloči o preostalih delih zahtevka ali o preostalih zahtevkih, ki niso zajeti z delno odločbo. Delna in dopolnilna odločba tvorita celoto, vendar ne posegata v nasprotno dele ali v zahtevke, ki so bili rešeni z delno ali začasno odločbo. Dopolnilna odločba je samostojna glede pritožbe in izvršbe. Začasno odločbo izda organ, kadar se pred koncem postopka pokaže potreba, da se o stvari odloči na podlagi dejstev in okoliščin, ki so dotlej znana, ker narava stvari terja odločitev pred dokončanjem postopka, čeprav odločitev o celoti še ni znana. Začasni odločbi sledi glavna, s katero se začasna odločba razveljavi z učinkom *ex nunc* (za naprej). V začasni odločbi se lahko navede, da bo ta predstavljala tudi glavno odločbo, če do v tej odločbi določenega roka ne bo izdana glavna odločba. Začasne odločbe so značilne za davčno (akontacije) in pokojninsko področje (do končne odmere pokojnine). Začasna odločba ni enaka temporarni (vezana na vnaprej določen čas trajanja).

V okviru konkretnih upravnih aktov je treba razlikovati med adresatom ali stranko upravnega akta, organom, ki je izdal upravni akt in je z njim vezan tudi sam (za obe strani velja neposredno delovanje upravnega akta) in morebitnimi tretjimi osebami (zasebne in javne; na njih upravni akt velja le posredno). Načelno imajo

položaj stranke le adresat in organ, medtem za tretje osebe velja t. i. locus standi oz. zahteva po izkazovanju pravnega interesa. Razlikovati je treba med dokončnostjo in pravnomočnostjo upravnega akta (nastop izvršljivih posledic /izčrpanje, neuporaba pravnih sredstev). Za upravni akt velja domneva pravilnosti – v odsotnosti pravnih sredstev se šteje za pravilnega. Proti naslovníku deluje šele z vročitvijo; prisilna izvršba nastopi po preteku paricijskega (izpolnitvenega roka). Retroaktivno delovanje v okviru upravnih aktov se razlikuje glede na načelno prepoved retroaktivnosti predpisov: deklarativni upravni akt vedno deluje retroaktivno, tako da prepoved retroaktivnosti se nanaša le na konstitivne upravne akte. Anticipirano delovanje upravnega akta je obratno od retroaktivnega, velja za naprej, pravni učinki nastopijo, še preden se izpolni določen pogoj.¹⁵³ Prenehanje delovanja upravnega akta nastopi z izpolnitvijo, z drugim upravnim aktom (ex nunc, ex tunc), potekom roka oz. nastopom razveznega pogoja, s smrtjo za upravne akte osebne narave (vezane na točno imenovano osebo), z zakonom ali spremembo dejanskih okoliščin.

12.4.1 Pravnomočnost posamičnih upravnih aktov

Pravnomočnost je element pravnosti, zaradi česar sodi v okvir prava. Izraža se v pomenu pravno-močno; gre za pravno stanje, ki izraža pravno moč pravnega. Temeljni

153 Npr. v uslužbensko pravo – sprejem v službo še pred izpraznjenjem mesta; ko se zgodi to dejstvo stopi upravni akt v polno veljavo, podobno kot UA z odločnim pogojem. Verjetno najbolj značilna oblika anticipiranega akta je **zavezujoča informacija** (angl. *advance ruling system*), ki je bila v slovensko zakonodajo uvedena z Zakonom o davčnem postopku (ZdavP-2). Gre za uradno, pisno informacijo o obravnavi stranke, ki mora predložiti natančen opis nameravane aktivnosti. Zavezujoča informacija je v konkretnem primeru za organ zavezujoča od njene vročitve stranki dalje, ne velja pa, če temelji na netočnih ali nepopolnih podatkih, ki jih je stranka navedla v vlogi. V tem primeru organ zavezujočo informacijo prekliče. Organ lahko izdano zavezujočo informacijo nadomesti, če naknadno ugotovi, da je pri njeni izdaji nepravilno uporabil materialno pravo, in je bila izdana v zvezi z nameravano aktivnostjo, ki je ponavljajoče narave oziroma v času preklica še ni dokončana. Zavezujoča informacija v tem primeru zavezuje organ glede aktivnosti, ki jih je stranka izvedla do dneva vročitve nadomestne zavezujoče informacije. Gradbeni zakon v podobnem svojstvu pozna predodločbo, ki jo lahko pridobi investitor za gradnjo zahtevnega ali manj zahtevnega objekta pred vložitvijo zahteve za izdajo gradbenega dovoljenja. S predodločbo pristojni upravni organ odloči glede izpolnjevanja pogojev za izdajo gradbenega dovoljenja. Investitor lahko zahteva izdajo predodločbe glede posameznih vprašanj v zvezi z izpolnjevanjem pogojev, če je o njih mogoče samostojno odločiti, ali zahteva celovito preveritev v zvezi z izpolnjevanjem vseh pogojev. Za razliko od zavezujoče davčne informacije na podlagi predodločbe investitor ne sme začeti gradnje in ni upravičen do gradnje na tuji nepremičnini ali do omejitve pravic tretjih oseb. Odločitve in pogoji, o katerih je pravnomočno odločeno v predodločbi, s katero se ugodni zahtevi, so pri odločanju o izdaji gradbenega dovoljenja zavezujoči. Pristojni upravni organ za gradbene zadeve na predlog občine ali države predodločbo odpravi, če je ta v nasprotju s prostorskimi izvedbenimi aktom ali predpisom, uveljavljenim po njeni izdaji, in je s tem ogrožen javni interes ali če je to potrebno zaradi spremembe predpisov, potrebnih za uskladitev s predpisi Evropske unije. Imetnik predodločbe, ki utrpi škodo zaradi odprave predodločbe, ima pravico do povračila celotne škode. Glej 14. člen ZdavP-2 (Ur. l. RS, št. 13/11 – UPB in nasl.) in 34. člen Gradbenega zakona (Ur. l. RS, št. 61/17, 72/17 – popr. in 65/20). V EU so razvili sistem evropskih zavezujočih tarifnih informacij (angl. *European Binding Tariff Information* - EBTI), da bi gospodarskim subjektom zagotovili pravno varnost pri izračunavanju dajatev, da bi olajšali delo carinskih služb in zagotovili enotnejše izvajanje skupne carinske tarife. Določbe o zavezujoči tarifni informaciji so urejene v Uredbi (EU) št. 952/2013 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 9. oktobra 2013 o carinskem zakoniku Unije (Ur. l. L 269, 10. 10. 2013); členi od 33 do 37 ter v relevantni izvedbeni in delegirani uredbah Komisije. Čeprav je govora o "informaciji", ne gre za materialni akt uprave (obveščanje), pač pa za zavezujoč upravni akt *sui generis* (upravna predodločba). Gre za anticipiran, posamičen, a na podlagi prihodnjih, zgolj možnih dejstev obravnavan primer, ki je za organ zavezujoč tudi ob izdaji odločbe o glavni stvari.

namen pravnomočnosti je zagotoviti trdnost odločb, varnosti in zaupanja v upravo.¹⁵⁴ Gre za poseben pravni institut, katerega namen je, da se po preteku določenega časa od izdaje posamične norme zagotovi njena nespremenljivost¹⁵⁵ (nespremenljivost razmerja, urejenega s posamično normo), s čimer se utrjuje pravna varnost. Velja za isto dejansko in pravno stanje med istimi strankami (v postopku učinek “ne bis in idem”) – za pridobljene pravice štejejo zlasti tiste, ki so pridobljene s pravnomočnimi odločbami (izjemoma tudi neposredno na podlagi zakona – npr. regres, dopust).

Formalna pravnomočnost, ki jo imenujemo tudi zunanja pravnomočnost, je pravnomočnost nasproti stranki. Formalna pravnomočnost pomeni, da je ni mogoče več izpodbijati z rednim pravnim sredstvom; je zunanja (procesna), na vsebino odločbe se ne nanaša. V upravnih stvareh nastopi pravnomočnost, ko stranka nima več možnosti doseči odprave, razveljavitve ali spremembe odločbe niti z rednim pravnim sredstvom, to je s pritožbo, niti z upravnim sporom.¹⁵⁶ *Materialno* pravnomočna postane upravna ali sodna odločba, ko postane nespremenljiva njena vsebina, tj. njena notranja materialna stran. Materialna pravnomočnost se nanaša na vsebino odločbe; veže stranko in organ in pomeni vsebinsko nespremenljivost posamične norme. Materialna pravnomočnost veže tudi organ oziroma sodišče in ne le stranko. Organ oziroma sodišče, ki je odločbo izdalo, ne more več spremeniti, odpraviti ali razveljaviti odločbe. Le formalno pravnomočna odločba lahko postane materialno pravnomočna. Brez predhodne formalne pravnomočnosti ne more nastopiti materialna pravnomočnost. Materialna pravnomočnost pomeni, da je pravica oziroma obveznost oziroma sporno razmerje dobilo oblastno veljavo. Odločbe s katerimi stranke niso dobile pravice oziroma jim niso bile naložene obveznosti ne postanejo materialno

154 Namen pravnomočnosti posamičnih pravnih aktov je doseči njihovo pravno stabilnost oziroma nespremenljivost. Pravna varnost terja, da vsak upravni ali sodni akt, torej odločba, sodba ali sklep preide v pravno stanje, v katerem ga ni več mogoče odpraviti, razveljaviti ali spremeniti. V s posamičnim aktom pridobljeno pravico ali naloženo obveznost naj se ne posega več, ker bi to slabilo zaupanje v pravni red. Namen nespremenljivosti pravnomočnih posamičnih aktov v sodobnem pravu sicer ni več gola prepoved ponovnega odločanja o že odločenem, pač pa predvsem varstvo pridobljenih pravic, ki jih mora varovati pravna država, če naj uživa zaupanje v svoj pravni red. Na pridobljeno pravico ali naloženo obveznost so ali so lahko vezana tudi druga pravna razmerja, zato poseganje v pravnomočno razmerje povzroča spremembe v načinu življenja, dela, uživanja lastnine, pravic, izpolnjevanja obveznosti ipd. Taka razmerja pomenijo individualne pravne situacije, ki jih je potrebno pravno čim bolj zavarovati, da se ohranjata družbeni mir in tolerantno sožitje med ljudmi. Seveda pa pridobljene pravice in vzpostavljena pravna razmerja s posamičnimi akti ne morejo biti zavarovana močnejše, kot to dovoljujejo načela gospodarske, socialne in ekološke funkcije lastnine ali načela ekonomskih in socialnih pravic ipd.

155 Nespremenljivost se nanaša le na pravne učinke: [p]ravnomočnost izraža neko vnaprej zamišljeno pravno stanje, ki ima določene pravne učinke, ti učinki pa imajo lahko tudi nepravne učinke, ki niso več bistvo pravnomočnosti, pač pa so le stranske posledice tega pravnega stanja’ (Jerovšek, 1992, str. 11).

156 Pravnomočna odločba je ‚dokonča odločba, proti kateri upravni sporni dovoljen, ali pa je dovoljen, vendar ga stranka ni sprožila oziroma je zamudila rok; dokončna odločba, zoper katero je bil sprožen upravni spor in je v njem pristojno sodišče izdalo odločbo, zoper katero ni pritožbe, ali pa je, pa ni bila vložena oziroma je rok za vložitev potekel’ (Grafenauer in Breznik, 2005, str. 344). Po Zakonu o upravnem sporu (Uradni list RS, št. 105/2006) postane sodba pravnomočna: z vročitvijo sodbe ali sklepa sodišča, če pritožba ni dopustna; z iztekom roka za vložitev pritožbe; z vročitvijo sodbe oziroma sklepa Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, s katerim je pritožbo zavrnilo.

pravnomočne (so le formalno pravnomočne, kar pomeni, da lahko stranka ponovno vložiti zahtevek za priznanje pravic ob spremembi pravnega ali dejanskega stanja).

Pri posamičnih upravnopravnih normah poleg formalne in materialne pravnomočnosti poznamo tudi *dokončnost* (posledica socialne države in zahteve po učinkovitosti uprave). Pri posamični upravni normi ločimo med dokončnostjo, ki nastopi, ko zoper njo ni več rednega pravnega sredstva (pritožbe), formalno pravnomočnost, ki nastopi, ko ni več pritožbe in upravnega spora, ter materialno pravnomočnost (če oseba pridobi pravico ali ji je naložena obveznost), ki nastopi hkrati s formalno pr. moč., ko so ali pa ni več na voljo izrednih pr. sredstev (izjema je le ničnost). Zoper posamično upravnopravno normo je poleg rednega pravnega sredstva (pritožbe) in IPS dovoljen tudi upravni spor (ni del upravnega postopka) kot posebna oblika sodnega nadzora nad zakonitostjo dokončnih posamičnih upravnih norm (in s tem zagotovitev TČP in delitve oblasti).

12.5 Materialni akti uprave

Materialni ali realni akti so tista dejanja, ki neposredno povzročajo učinke v zunanjem svetu, tj. ustvarjajo posledice v dejanskem svetu, ne oblikujejo pa pravnih posledic. So tista dejanja organa, ki ne pomenijo pravnih aktov. Gre za neposredno ravnanje upravnega organa; upravni organ sam povzroči učinke v materialnem svetu. Materialni akti delujejo v obeh smereh (državni organi – posamezniki in njihove organizacije). Prav tako kot pravni akti so lahko tudi materialni akti oblastni ali pravno-poslovni ter so prisilne ali spodbujevalne narave.

Temelj materialnih aktov je zakon ali zakoniti predpis,¹⁵⁷ v enaki meri morajo spoštovati temeljne človekove pravice, kot je to potrebno pri upravnih aktih. Delo uprave se namreč ne izčrpa s sprejemanjem upravnih aktov, saj v okvir izvršilnih nalog sodijo tudi materialna ravnanja. Za upravno pravo so torej pomembna tudi upravna ravnanja, ki se navezujejo na zunanjo javnost, tj. na ravnanja, ki sodijo v okvir jav-

¹⁵⁷ Glej 153. člen URS (uskklajenost pravnih aktov):

Zakoni, podzakonski predpisi in drugi splošni akti morajo biti v skladu z ustavo.

Zakoni morajo biti v skladu s splošno veljavnimi načeli mednarodnega prava in z veljavnimi mednarodnimi pogodbami, ki jih je ratificiral državni zbor, podzakonski predpisi in drugi splošni akti pa tudi z drugimi ratificiranimi mednarodnimi pogodbami.

Podzakonski predpisi in drugi splošni akti morajo biti v skladu z ustavo in z zakoni.

Posamični akti in dejanja državnih organov, organov lokalnih skupnosti in nosilcev javnih pooblastil morajo temeljiti na zakonu ali na zakonitem predpisu.

9. člen Zakona o državni upravi, ZDU-1 (izvršilne naloge):

Uprava izvršuje zakone in druge predpise, ki jih sprejema državni zbor, ratificirane mednarodne pogodbe, državni proračun, podzakonske predpise in druge akte vlade.

Za izvajanje nalog iz prvega odstavka tega člena uprava izdaja predpise in posamične akte ter interne akte, vstopa v imenu in za račun Republike Slovenije v civilnopravna razmerja ter opravlja materialna dejanja.

Za opravljanje materialnih dejanj, s katerimi se posega v osebo prostost, telesno ali duševno celovitost, zasebnost, lastnino in druge človekove pravice oziroma temeljne svoboščine, mora imeti uprava neposredno podlago v zakonu.

nega prava. Materialni akti so dejanja, ki pomenijo oblast, pa tudi dejanja, ki nimajo prisilnega značaja, so oblastna (npr. ravnanja z najdenimi stvarmi). Ta materialna dejanja imajo dejanske in pravne posledice, zato je potrebno zagotoviti pravno varstvo zoper ta dejanja. Ustava ureja pravno varstvo zoper materialna dejanja, če ni zagotovljeno z zakonom neko drugo pravno varstvo.¹⁵⁸

Materialna dejanja omenja 153. člen URS skupaj s posamičnimi akti in zahteva, da morajo temeljiti na zakonu ali zakonitem predpisu. To pomeni, da so kriteriji in standardi zakonitosti materialnih dejanj načelno enaki, kot to velja za posamične akte. Seveda je pri tem treba upoštevati, da lahko materialna dejanja pomenijo izvrševanje javne oblasti v različnem obsegu in z različno intenzivnostjo. Za materialna dejanja, kjer je ta intenzivnost nizka, bodo standardi zakonitosti nujno manj strogi.¹⁵⁹

Gre za vzporedno, spremljajočo dejavnost uprave, ki ne predstavlja oblastne izjave volje (ne gre za upravno stvar; ne odloča se o pravici, obveznosti ali pravni koristi posameznika), zaradi česar *per se* nimajo za posledico pravnih učinkov (imajo pa fizične učinke – pritožba zoper njih je možna v okviru glavne stvari; če ni glavne stvari se odloča o zakonitosti teh dejanj v upravnem sporu [157. čl. URS] +/- odškodnina). Navadno predhodijo upravnemu aktu ali mu sledijo (izpolnitveno ravnanje); brez njih se pravna razmerja v upravnih aktih navadno ne bi mogla ustvariti. Materialna upravna dejanja se lahko prenesejo z javnim pooblastilom. Delijo se na upravno-dokumentacijska materialna dejanja, obvestilna dejanja, upravne opomine, sprejemne izjav in realna upravno-materialna dejanja.

12.5.1 Upravno-dokumentacijska materialna dejanja

V okviru teh dejanj gre za dokumentiranje, tj. evidentiranje¹⁶⁰ dejstev, okoliščin, stanj ter izdajanje (ne po upravnem postopku, čeprav ta del ureja tudi zakon o splošnem upravnem postopku) aktov, s katerimi se potrjujejo ta dejstva, stanja ali okoliščine. Dokumentiranje je dejanje uprave, ki ima za cilj ugotovitev pravilnosti določenih postopkov oziroma ugotovitev obstoja določenih pravno pomembnih dejstev ali pojavov (dokumenti *ex post facto* nato služijo za dokaz), medtem ko se za ugotavljanje resnice uporabljajo ugotovitve in beleženja. Poznamo dve vrsti dokumentov oziroma dejavnosti dokumentiranja, to sta evidentiranje (gre za beleženje pojavov) in testiranje (gre za izjave oz. potrdila o zabeleženih pojavih). Ne predstavljajo dejanj

¹⁵⁸ Glej drugi odstavek 157. člena URS: 'Če ni zagotovljeno drugo sodno varstvo, odloča v upravnem sporu pristojno sodišče tudi o zakonitosti posamičnih dejanj in aktov, s katerimi se posega v ustavne pravice posameznika'.

¹⁵⁹ Tako npr. ni videti razloga, zakaj ne bi mogel upravni organ objaviti publikacije, ki pojasnjuje njegovo delovanje (razni priročniki) tudi brez neposrednega temelja v zakonu ali zakonitem predpisu. Na drugi strani pa mora imeti upravni organ za materialno dejanje, s katerim se posega v ustavno pravico, neposredno podlago v zakonu (Pirnat, 2004, str. 488).

¹⁶⁰ Vodenje evidenc, npr. matične knjige, delovodniki, kartoteke, register motornih vozil, prebivalstva, arhiv, imenik izvedencev, spisi (Uredba o upravnem poslovanju).

uprave, ki bi sama povzročala neposredne pravne učinke. Cilj teh dejanj je ugotovitev obstoja določenih pravno-relevantnih dejstev ali pojavov, oz. pravilnost postopkov. Akt o teh ugotovitvah se imenuje *javna listina*. Med te listine sodi vodenje evidenc, knjig, imenikov, registrov, raznih spiskov, itd.¹⁶¹ Cilj listin je, da v slučaju potrebe onemogoči dvom, ker je v listinah zapisan potek pojava, kaj se je dogajalo, kakšne lastnosti so imele osebe, stvari, kakšne so bile okoliščine itd. *Potrdilo* kot listina v ožjem smislu je izpis iz javne evidence (rojstni list, poročni list, volilni imenik, šolske evidence) ali potrdilo o dejstvih in okoliščinah, ki jih ugotovi pristojni organ. Iz potrdil se ugotovi ali nekaj obstaja ali ne in kakšne lastnosti ima, če le-to obstaja. Za podatke iz potrdila se predpostavlja, da so resnični, zato jih lahko izpodbijamo z dokazom njihove neresničnosti. Poznamo tudi listine kot so potrdilo o uradnem obvestilu (npr. o uvozu živali ali rastlin s strani občanov), spričevala (šolska) in legitimacije (karte identitete – potni list, OI, indeks). Vse te javne listine so zaradi potrditve obstoja pravice, obveznosti, dejstev ali okoliščin podobne deklaratornim aktom. Velja *predpostavka pravilnosti* vsebine (pristojni organ, vodenje uradne evidence oz. uradna ugotovitev dejstev).¹⁶²

12.5.2 Obvestilna materialna dejanja

Obveščanje pomeni dajanje na znanje, opozarjanje, dajanje nasvetov o ne/obstoju določenih dejstev, stanj ali okoliščin.¹⁶³ Gre za publikacijska dejanja (objava v publikaciji, časopisu, glasilu) ali notifikacijska dejanja (konkretna ravnanja, kjer govorimo o notifikaciji, vročitvi – vročilnica ni upravni akt, služi pa kot dokaz vročitve).

Tudi ta dejanja ne predstavljajo izjave volje uprave, ki bi sama po sebi povzročila konstitutivni ali deklaratorni pravni učinek. Pravne posledice teh dejanj so temporalne in postopkovne (teči lahko prično objektivni in subjektivni roki). Z upravnim opominom kot enim izmed najbolj znanih obvestilnih dejanj uprava obvešča na ob-

161 Npr.: evidenca zaposlenih tujcev v državi, vpis civilnega stanja v poročno matično knjigo, v knjigo umrlih in v rojstno matično knjigo. Poleg osebnih lastnosti se registrirajo tudi okoliščine, ki so pomembne s strani notranjih zadev oziroma tudi premoženjsko-upravnega vidika (npr. register prijavljenega orožja).

162 Primer: stranka zoper vsebinsko nepravilno potrdilo ali zoper javno listino vložiti pritožbo. Kako bo „odločil“ oz. postopal upravni organ?

163 Obveščanje:

- pri splošnih aktih je to objava v Uradnem listu, objava internih aktov uprave na spletnih straneh;
- pri konkretnih aktih so to notifikacije in vročanje. Vročanje je v upravnem postopku procesna predpostavka za pričetek teka rokov, s tem pa tudi za pravno veljavnost individualne odločbe;
- pri obvestilih višjih oblasti nižjim imajo obvestila informacijski in delovno-organizacijski učinek (“vzeto na znanje”, uradna zabeležka, ločiti od zapovedi!);
- nevarne igrače, predmeti brez ustreznih certifikatov, uvedba viznega režima, območje epidemije, obvozi in delo na cestah, poplave, redukcija ali prekuhanje vode, izpad elektrike, ravnanje z odpadki ipd.
- statistični, hidrometeorološki zavod, UMAR, Urad vlade za komuniciranje, „PR“ službe...
- plani, načrti organov, države, občin na posameznih področjih, če ti plani niso izrecno priznani za upravne akte (kot so to npr. prostorski akti) – kdaj lahko postane načrt države (npr. Nacionalni strateški načrt razvoja podeželja 2007-13; gre za pravni akt? (da, če je lahko izkazati vpliv na pravice & obveznosti, eksterni učinek).

stoj neke abstraktne ali konkretne obveznosti. Obveznost lahko izhaja iz zakona (*ex lege*) ali iz upravne odločbe (*ex actus*). Opomini so: za plačilo davka pred izvršbo, prispevka, izobešanje zastave na državni praznik, čiščenje javnih pločnikov, opomin kot inšpekcijski, policijski ukrep ipd. Po Ottu Mayerju so vsi policijski opomini, opozorila, pozivi, nalogi akti obveščanja. Zato policija ne more nalagati novih dolžnosti. Lahko le opozarja na obstoječe (načelo zakonitosti). Razlikovati je treba med opozorilom in ukazom (slednji je konkretni upravni akt).¹⁶⁴ Obvestilna dejanja uprave so zelo podobna internim aktom uprave, zato jih najlaže ločujemo tako, da o prvih govorimo, ko se obvešča zunanjo, o drugih pa ko se obvešča notranjo javnost.

12.5.3 Sprejemanje izjav

Sprejemanje izjav je posebna vrsta materialnih upravnih dejanj, ki nimajo narave pravnih aktov. Prek njih se uprava seznanja o relevantnih dejstvih in okoliščinah, do katerih lahko pride le na tak način.¹⁶⁵ Izjave imajo različne oblike in pomene (npr. zahteva za uvedbo upravnega postopka & vzrok za dokumentacijsko ali obvestilno materialno dejanje uprave). Nekatera dejanja so po zakonu obvezna (npr. prijava rojstva, smrti, carinske deklaracije, davčne prijave) druga fakultativna.

12.5.4 Čista, realna upravno-materialna dejanja

So čista stvarna dejanja, ki nimajo narave upravnih aktov, vendar so pravno regulirana. S temi ravnanji organi vsilijo stranki določeno ravnanje, ki ga sama verjetno ne bi storila. Zaradi tega je pristojnost organov normirana, dejanja, ki jih opravljajo, se morajo izvajati v skladu z načelom zakonitosti. V okviru teh dejanj uprave sodijo a. *servisna dejanja*, npr: nadzor in pregled blagajne, materiala, inventura, neposredno

¹⁶⁴ Z opozorilom policisti opozarjajo osebe, državne organe, gospodarske družbe, s.p., organe, organizacije in samoupravne lokalne skupnosti na okoliščine ali ravnanja, ki ogrožajo življenje, osebno varnost ali premoženje ljudi, kot tudi na splošno nevarnost.

Z ukazom policisti dajejo posameznikom, državnim organom, gospodarskim družbam, samostojnim podjetnikom posameznikom, organom, organizacijam in skupnostim navodila in zahteve za ukrepe in dejavnosti, ki jih mora kdo storiti ali opustiti, da bi se zavarovalo življenje ljudi, varovalo premoženje pred uničenjem, poškodovanjem, tatvino in drugimi oblikami škodljivega ravnanja, zagotovila varnost prometa, preprečili neredi, nemiri in druge podobne kršitve javnega reda ali odvrnile škodljive posledice naravnih in drugih nesreč, v skladu z odločitvami organov, pristojnih za varstvo pred naravnimi in drugimi nesrečami.

¹⁶⁵ Primeri:

- sprejem vlog, predlogov, zahtev (začetek postopka po ZUP),
- prijava rojstva, poroke, smrti,
- prijava shoda ali prireditve – policija,
- carinske deklaracije, davčna prijava,
- mnenje, soglasje, odobritev, potrditev drugega organa – zbirna odločba,
- prijava osebe policiji, da je storila kaznivo dejanje,
- pošiljanje statističnih listov,
- zaslišanje prič, sprejem izjave stranke v postopku,
- izjava stranke v postopku,
- sprejem prisege pred nastopom službe,
- seznanitev z mnenjem izvedenca.

izvajanje javnih služb (npr. dejavnosti raziskovanja, poučevanja, zdravljenja, skrb za sistem cestne, vodne, telekomunikacijske, energetske infrastrukture) ter b. *represivna dejanja* (pravna podlaga, poseben postopek – avtoritativni element – ukazovanje in represivni instrument – fizična sila [javno pooblastilo – pooblastila varnostnih služb in varnostnikov]), npr.: proti objektu (pregled vozila, hišna preiskava, odvzem predmetov, dezinfekcija prostorov, zapečatenje lokalov, zapora ulice ipd.); proti osebi (legitimiranje, aretacija storilcev kaznivih dejanj, pridržanje alkoholiziranega občana, ki moti javni red, izgon tujcev iz države, preprečitev nedovoljenega javnega shoda, karantena, mobilizacija, rekrutiranje); glede na pravno osnovo (neposredno na podlagi zakona, za namen izvršitve pravnega akta).

12.6 Interni akti uprave

Ena od klasičnih opredelitev internih aktov jih obravnava kot 'pravila ravnanja, ki načeloma nimajo pravno zavezujoče sile, imajo pa lahko praktične učinke' (Snyder, 1994, str. 198). Black Law's Dictionary definira interne akte oz. mehko pravo¹⁶⁶ kot 'pravila, ki niso niti strogo zavezujoča niti jim ne manjka pravne pomembnosti, smernice, kodeksi ravnanja, ki določajo standarde ravnanja, vendar niso pravno zavezujoči' (Garner, 2004, str. 1426). Interni akti uprave so zelo raznoliki; na splošno jih je mogoče opredeliti kot katerikoli dokument, ki nastane v okviru uprave in je praviloma namenjen njenemu *notranjemu* delovanju. Glede na vsebino in poimenovanje (kot npr. "splošni akt delodajalca" – pri čemer se ta "splošnost" navezuje na nedoločene, vendar določljive osebe znotraj neke institucije) nekateri spominjajo na predpis (npr. "pravilnik", "pravila", "direktiva"), vendar temu *ni* tako. Glede opredelitve so vprašljivi predvsem takrat, ko urejajo nekatera *zunanja* razmerja upravnega organa. Ustava namreč določa, da morajo biti zakoni, podzakonski predpisi in drugi splošni akti v skladu z ustavo, podzakonski predpisi in drugi splošni akti pa tudi z zakoni (153. člen URS), kar pa ne pomeni, da to ne velja tudi za interne akte (ustava jih ne omenja, ker ne sodijo med pravne akte).¹⁶⁷ Za predpis se uporablja izraz *podzakonski*

166 Sossin in Smith opišeta mehko pravo kot 'katerokoli pisano ali nenapisano pravilo, katerega namen ali učinek je vplivanje na upravno odločanje na vsebinski način. Mehko pravo je upravni mehanizem, ki se uporablja za pripravo pravnih standardov in političnih vrednot, ki so podlaga za upravnim odločitvam' (Sossin & Smith, 2003, str. 871). Mehko pravo so pravila, izjave, stališča in kodeksi, ki niso pravno zavezujoči, vendar so s svojo vsebino prepričljivi in vplivni na upravno obnašanje sorazmerno s daljšim potekom časa. S to možnostjo »strjevanja«, spominja na glino. Za mehko pravo in glino se zdi, da si delita nekatere lastnosti. Že po naravi mehko pravo dopušča gnetenje, oblikovanje s strani tistih, ki delajo na njem. Sčasoma se lahko spremeni v trdo pravo. Vendar, kot večina učenjakov, ki se poskuša spoprijeti z njim spozna, da ostaja koncept mehkega prava pogosto zelo amorfno, neizoblikovan in težko oprijemljiv (Lagoutte idr., 2016, str. v).

167 Skladno s 6. členom Zakona o delovnih in socialnih sodiščih (Uradni list RS, št. 2/04, 10/04 – popr., 45/08 – ZArbit, 45/08 – ZPP-D, 47/10 – odl. US, 43/12 – odl. US in 10/17 – ZPP-E) je delovno sodišče med drugim pristojno tudi za odločanje o kolektivnih delovnih sporih, znotraj njih tudi 'o skladnosti kolektivnih pogodb z zakonom, medsebojni skladnosti kolektivnih pogodb in **skladnosti splošnih aktov delodajalca z zakonom in s kolektivnimi pogodbami**' (tč. c). V vseh kolektivnih delovnih sporih se postopek začne na predlog. Udeleženec v postopku je oseba, organ ali združenje, ki je vložil predlog (predlagatelj postopka) ter oseba, organ ali združenje, proti kateremu je predlog vložen (nasprotni udeleženec). Udeleženci so tudi osebe,

akt, ki ga izda državni organ (državni predpis), medtem ko so s pojmom “splošni akt” mišljeni vsi ostali splošni podzakonski pravni akti (154. člen in 160. člen, URS). Za predpise velja, da mora biti objavljeni v uradnem glasilu: ‘predpisi morajo biti objavljeni, preden začno veljati. Predpis začne veljati petnajsti dan po objavi, če ni v njem drugače določeno’ (154. člen URS). Objavo določa tudi Zakon o uradnem listu (7. člen, Ur. l. RS, št. 112/05).¹⁶⁸ Za razliko od predpisov v pravnem redu Republike Slovenije *ne* velja, da bi morali biti interni akti javno objavljeni (kar bi veljalo spremeniti), vsekakor pa morajo biti objavljeni za interno javnost (npr. na oglasni deski, intranetu, prek e-pošte). Obstajajo določene izjeme od javne ne-objave, ki so vezane na presojo predstojnika¹⁶⁹ (za razliko od npr. Francije in ZDA, kjer morajo biti interni akti obvezno javno objavljeni). Problem javne neobjave je v tem, da se lahko v internih aktih skriva (z vidika njegovega bralca) zavezujoče pravilo, ki učinkuje kot pravo (ker vpliva na pravice ali obveznosti oz. zunanje vedenje ljudi izven organa) proti zunanji javnosti. Stranke takih pravil ne poznajo, saj interni akti niso objavljeni in se odločba nanje niti neposredno ne sklicuje (včasih imajo s tem problem tudi uradne osebe pri uradnem poslovanju).¹⁷⁰ Problematične so tu lahko zlasti interpretacije za-

organi ali združenja, ki so nosilci pravic in obveznosti v razmerju, o katerem se odloča, pod pogoji, ki jih določa ta zakon.

168 V uradnem listu se objavljajo:

- ustava, zakoni in drugi akti državnega zbora;
- ratificirane mednarodne pogodbe in obvestila o začetku in prenehanju njihove veljavnosti;
- akti državnega sveta;
- akti predsednika republike;
- odločbe in sklepi ustavnega sodišča;
- predpisi in drugi akti vlade in ministrov ter, če zakon tako določa, akti predstojnikov organov v sestavi ministrstev;
- splošni akti, izdani za izvrševanje javnih pooblastil;
- predpisi in drugi akti lokalnih skupnosti, če tako določajo njihovi statuti;
- drugi akti, katerih objavo v uradnem listu določa zakon ali drug predpis.

V uradnem listu se objavljajo tudi javni razpisi, javni natečaji, vpisi v registre, preklici in druge objave, ki se morajo po zakonu ali drugem predpisu objaviti v uradnem listu.

169 Zakon o dostopu do informacij javnega značaja v 10. členu določa posredovanje informacij javnega značaja v svetovni splet:

- (1) Vsak organ je dolžan posredovati v svetovni splet naslednje informacije javnega značaja:
 1. prečiščena besedila predpisov, ki se nanašajo na delovno področje organa, povezana z državnim registrom predpisov na spletu;
 2. *programe, strategije, stališča, mnenja in navodila, ki so splošnega pomena ali so pomembna za poslovanje organa s fizičnimi in pravnimi osebami oziroma za odločanje o njihovih pravicah ali obveznostih, študije in druge podobne dokumente, ki se nanašajo na delovno področje organa;*
 3. predloge predpisov, programov, strategij in drugih podobnih dokumentov, ki se nanašajo na delovno področje organa;
 4. vse objave in razpisno dokumentacijo v skladu s predpisi, ki urejajo javna naročila;
 5. informacije o svoji dejavnosti ter upravnih, sodnih in drugih storitvah;
 6. vse informacije javnega značaja, ki so jih prosilci zahtevali najmanj trikrat;
 7. druge informacije javnega značaja.
- (2) Vsak organ mora omogočiti dostop do informacij iz prejšnjega odstavka brezplačno.
- (3) Ministrstvo omogoči dostop do informacij iz prvega odstavka tudi preko enotnega državnega portala e-uprava.

170 Tu bi se lahko kot preliminarni test uporabil t. i. Turingov test, ki preizkuša zmožnosti stroja, da izkazuje inteligentno obnašanje, nerazločljivo od človeškega. Pogovor je omejen zgolj na besedilni komunikacijski kanal, npr. prek računalniške tipkovnice ter zaslona, zato da kakovost računalniške sinteze govora ne vpliva na rezultat. Vsi sodelujoči so fizično ločeni drug od drugega. Če se sogovornik ne more z gotovostjo odločiti

konskih določb, ki se izdajajo zaradi poenotenja prakse (te vsebine bi se lahko izdale v obliki podzakonskega predpisa na podlagi splošne izvršilne klavzule).

V okviru internih aktov uprave ločujemo tri razvojne stopnje povezanosti uprave s pravno normo: 1) postavljeno pravilo nima splošne obvezne veljave, pač pa značaj navodila, ki se ga daje nižjim upravnim organom (absolutistična država) – pomen milosti vladarja “*via gratiae*” nato 2) pravilo dobi splošno obvezno, normativno veljavo, le delno omejitve načelno svobodnega ravnanja uprave (policijsko – absolutistična) prepoved “*contra legem*” (t. i. pravna država na berglah – prepovedano le to, kar je izrecno prepovedano) nakar postane 3) pravna norma kot temelj vsakemu dejanju uprave, kjer uprava pomeni izvajanje pravne norme (pravna država) – pomen pravice “*via justitiae*”, delovanje le “*secundum legem*”, omejeno tudi “*praeter legem*” (dovoljeno le to, kar je izrecno določeno).

Interni akt je *notranji* akt, s čimer se jasno razlikuje od obvestilnega dejanja, ki deluje navzven. Glede na hierarhično oblikovane organe javne uprave bi lahko rekli, da gre za interni akt vedno, ko višji organ prek določene oblike komunikacije vpliva na ravnanje nižjega; obratno, ker nižji ne more neposredno vplivati na delo višjega organa, bi lahko rekli, da gre pri obveščanju po tej poti za obvestilo materialno dejanje (ko npr. UE obvesti o nečem ministrstvo). Obvestilna materialna dejanja in interni akti imajo skupen element v *zmožnosti vplivanja na odločanje*, v usmerjanju/spremembah vedenja brez obveznih sredstev; gre za načine ravnanja, ki nimajo pravno zavezujoče sile, vendar pa imajo kljub temu lahko *praktične* učinke (v tem delu gre za “mehko pravo”). Če gre torej za ravnanja, katerih zgolj namen (že to bi moralo zadostovati) je v povzročanju pravnih učinkov, so ti akti nezakoniti. Interni akt je zgodovinsko prvi v nastanku (materialni – zunanji akt, bolj določena pristojnost) in je še vedno zelo pomembno orodje notranje komunikacije znotraj organov.

Francosko pravo loči med upravnimi akti (*actes administratifs*) in tistimi ukrepi, na katere gledamo kot na ravnanja, s katerimi uprava spravlja “svojo hišo v red”. V Franciji se mehko pravo/interni akti nanašajo na okrožnice in direktive. **Okrožnica** je dokument med nadrejenim (vodjo) in podrejenimi uslužbenci ter ni zavezujoča za tretje osebe.¹⁷¹ Načeloma je namenjena predstavitvi stanja, informacijam, nasve-

med človekom in računalnikom, potem je stroj prestal test. Smiselno prirejeno, bi po prebrani vsebini internega akta bralec vprašal, ali je po njegovem mnenju besedilo obvezno ali mu zgolj priporoča, da naj nekaj stori. Če bi se čutil zavezanega, da mora nekaj storiti v pravnem smislu (vplivati na pravice, obveznosti ali pravne koristi), bi šlo za nezakonit interni akt.

171 Francoski Državni svet je omogočil pravno presojo okrožnic z odločitvijo z dne 29. 1. 1954, Notre-Dame du Kreisker: zakonitost okrožnice se lahko presoja, če upravlja pravice ali jamstva ali nalaga dodatne obveznosti. Okrožnice niso namenjene uporabnikom in ne morejo biti predmet sodnega postopka. Po drugi strani upravna sodišča priznavajo obstoj okrožnic “regulativne narave”, katerih zakonitost se lahko presoja; okrožnica je (nedopustno) regulatorna (ima pravne učinke), če je inovativna (kadar uvede nova pravila z obveznim ali nujnim značajem, ne da bi za to imel organ pristojnost - CE z dne 26. 12. 2018, *Massis import export Europe*, ali če pomembno vpliva na obnašanje naslovnikov, CE z dne 21. 3. 2016, *Numericable in Société Fairvesta International GmbH*). Dopustne, zgolj interpretativne (razlagalne) okrožnice vsebujejo

tom, priporočilom za delo, načinom dela, pa tudi možnim pastem, ki se jim je treba izogniti, na kaj je treba biti pozoren pri delu ipd. Od sodbe Državnega sveta *ga. Duvignères* z dne 18. 12. 2002 je odpravljeno razlikovanje med interpretativnimi in regulativnimi okrožnicami;¹⁷² kot novo merilo dopustnosti pritožb zoper okrožnice je bil določen »obvezen značaj«. Okrožnica se torej lahko predloži upravnemu sodniku, kadar razlaga zakonodajo ali predpise, ko so določbe, ki jih vsebuje, *obvezne* narave. Sodnik nato presodi ali okrožnica vsebuje določbe, za katere minister ni pristojen. Ministri nimajo regulativne pristojnosti, ki recimo pripada predsedniku vlade in izjemoma predsedniku republike. Regulativno besedilo lahko sprejmejo samo z uporabo izrecnih zakonodajnih ali regulativnih pooblastil na določenih področjih, katere obseg je danes zelo omejen na organizacijo njihovih služb. **Direktiva** (ki jo je treba razlikovati od direktiv EU,¹⁷³ *sic*) je dokument, ki ga višji *organ* pošilja podrejenemu, kjer ima slednji določeno svobodo ravnanja/odločanja, svobodo izbire (diskrecijska pristojnost). Gre za akt racionalizacije, olajšanja upravnega dela; direktiva standardizira, daje splošne usmeritve nižjim organom, ki imajo sicer določeno svobodo (doktrina ukrepov). Ideja je v zagotavljanju skladnosti sprejetih odločitev z namenom zagotavljanja enake obravnave primerov oz. oseb pred zakonom (za razliko od predpisov ne odločajo, pač pa *orientirajo, usmerjajo* odločitve. Od direktive (za razliko od okrožnice, ki predstavlja obvezna navodila delodajalca za delo in ima delovnopravne posledice) je možno odstopati, kadar tako argumentirano zahteva

le namige, nasvete, priporočila in ne spreminjajo pravnega stanja' (Chapus, 1996, str. 476). Odločitev *Crédit Foncier de France* (CE, 11 December 1970) je omogočila Državnemu svetu oblikovanje nove kategorije direktiv, ki se zdaj imenujejo *smernice*. S to odločitvijo je Državni svet presodil, da čeprav upravni organ na tem področju nima regulativne pristojnosti, lahko nadzira delovanje uprave, z namenom zagotovitve doslednosti uporabe prava. To stori z določitvijo smernic (brez uvajanja novih pogojev) prek meril, ki omogočajo izvajanje pravnega okvira (doseganje ciljev), za katerega je pristojen, ob upoštevanju razlogov javnega interesa, ki lahko vodijo tudi v *odstopanje* od smernic, ob upoštevanju posebnosti vsake situacije. Smernice in njihovo uporabo se lahko izpodbija v okviru pritožbe na posamezno odločitev, ki je bila sprejeta na njihovi podlagi. Z oblikovanjem smernic je Državni svet odpravil praktične pomanjkljivosti, ki so bile posledica zavrnitve dodelitve splošne regulativne pristojnosti ministrom (ES, 23. maj 1969, *Société Distillerie Brabant*, n° 71782). Teorija smernic priznava, da ima upravni organ, ki deluje v okviru diskrecijske pristojnosti, pristojnost za določitev meril. Smernice ne regulirajo ali odločajo in kot orientacijski dokumenti zgolj *usmerjajo* (CEE, 29. 6. 1973 *Société Géa*). Tudi po presoji našega Upravnega sodišča se norma, ki organu nalaga odločitev v konkretni zadevi razlaga kot diskrecija, če norma pri tem ne določa bistvenih vsebinskih meril za odločitev. Npr. izdaja soglasja lokalne skupnosti za prodajo blaga na premičnih stojnicah ali soglasje pristojnega občinskega organa za uporabo javnih površin za postavljanje gostinskih vrtov, če to ne ovira ali ogroža udeležencev cestnega prometa (sodbi Upravnega sodišča št. U 2303/2004 in II U 308/2010).

172 »Razlagalne okrožnice« so bile namenjene razlagi ali komentiranju predpisa. Niso predstavljale odločitve, niso oblikovale novega pravila in jih državljeni niso mogli izpodbijati pred upravnim sodnikom; »regulativne okrožnice« so besedilu dodale elemente, ki so jih komentirale in tako ustvarile nova pravila. Državljeni so lahko te okrožnice napadli pred upravnim sodnikom. Pogosto so bile odpravljene, ker je organ, ki jih je sestavil, lahko le komentiral predpis, ni pa bil pristojen za dodajanje besedil.

173 Pogodba o delovanju Evropske unije v členu 288 določa, da za izvajanje pristojnosti Unije institucije sprejemajo uredbe, direktive, sklepe, **priporočila** in **mnenja**. Primer C-22/70, ERTA [1971] se je nanašal na zapisnike Sveta o pogajanjih in sklenitvi mednarodnega sporazuma in je postal splošen test za preverjanje (ne)veljavnosti "mehkega prava". 'Za vse ukrepe, ki jih sprejmejo institucije, ne glede na njihovo naravo ali obliko, ki naj bi imeli (ali katerih cilj je povzročiti) pravne učinke, mora biti na voljo ničnostna tožba. Ničnostno tožbo je mogoče vložiti zoper kakršen koli akt, ki ga sprejmejo institucije, ne glede na vrsto ali obliko, ki ima **namen ustvariti pravne učinke**' (tč. 39–42).

javni interes (seveda tudi direktiva ne more odpraviti diskrecijske pristojnosti ali jo kako drugače omejiti). Od 1. maja 2009 odlok določa, da so okrožnice in navodila, ki jih ministri pošljejo državnim službam in ustanovam, so na voljo javnosti na spletni strani. Okrožnica ali navodilo, ki ni objavljena na spletnem mestu, se ne sme uporabljati.

Interni akt ne sme imeti pravnih učinkov, kljub temu pa lahko zaradi teže odločitve, postane upravni akt, ki ga kot takega prepozna upravni sodnik, s tem pa tudi v celoti predmet sodne presoje.¹⁷⁴ Sodnik lahko vseeno prepozna nekatere pravne učinke v smernici: odločitev v posamičnem primeru je lahko zakonita s sklicevanjem na smernico kljub dejstvu, da je slednja nezakonita in obratno: zavrnitev uporabe določene smernice brez obrazložitve je prav tako nezakonita (Waline, 2010). Državni svet je leta 2013 predlagal definicijo mehkega prava (fr. *droit souple*) kot sklop instrumentov, ki izpolnjujejo tri kumulativne pogoje: i) njegov namen je spremeniti ali voditi obnašanje naslovnikov s spodbujanjem, kolikor je mogoče, skladno z njegovo vsebino; ii) ne ustvarja pravic ali obveznosti za naslovnike; iii) z vsebino in načinom izdelave predstavlja določeno stopnjo formalizacije in strukturiranja, podobne pravnim pravilom. Prvo merilo mehko pravo razlikuje od obvestil in drugih pripravljanih dokumentov, drugo postavlja mejo med mehkim in trdim pravom, tretje pa ločuje mehko pravo od ne-prava (Conseil d'Etat, 2013).

Interni akt, ki ne ureja posamičnih razmerij, ki je le podlaga za odločanje o konkretnem posamičnem razmerju, ni akt, zoper katerega je zagotovljeno sodno varstvo v upravnem sporu. Zato se tožba zoper tak akt zavrže. V okviru ustavno-sodne presoje se je izoblikovalo stališče, da formalno Ustavno sodišče ni pristojno, za presojo interne akta, ker ne gre za predpis. Materialno pa lahko postane pristojno (če gre za eksterne učinke, ki zadevajo tretje osebe ali pravice in svoboščine); če je temu tako ugotovi, da gre za predpis s formalno napako (ni prišlo do javne objave), zaradi česar je neveljaven. Formalni način ravnanja z neformalnimi navodili in odredbami določa Zakon o javnih uslužbencih.¹⁷⁵ Navodilo kot interni akt pomeni splošno sporočilo o tem, kako naj poteka delo, medtem ko je odredba konkretno sporočilo o tem, kaj

¹⁷⁴ V zadevi CEE s 26. Januarja 1966, *DAVIN* je bila izključitev učenca iz državne šole spoznana za tako težko sankcijo, da je izpadla iz kategorije internih ukrepov in postala zato upravna odločitev.

¹⁷⁵ 94. člen ZJU (opravljanje dela po navodilih in odredbah):

Pri opravljanju dela mora javni uslužbenec upoštevati navodila nadrejenega, razen če po zakonu ni vezan na ravnanje po navodilih nadrejenih oseb.

Javni uslužbenec lahko zahteva pisno odredbo in pisno navodilo, če meni, da je vsebina ustne odredbe ali ustnega navodila nejasna. Na podlagi pisne odredbe in pisnega

Javni uslužbenec lahko zahteva pisno odredbo in pisno navodilo, če meni, da bi izvršitev ustne odredbe oziroma navodila pomenila protipravno ravnanje oziroma povzročila škodo.

Javni uslužbenec lahko odkloni izvršitev odredbe oziroma navodila, če bi pomenila protipravno ravnanje.

Javni uslužbenec mora odkloniti izvršitev odredbe oziroma navodila, če bi pomenila kaznivo dejanje.

Javni uslužbenec je prost odškodninske in disciplinske odgovornosti, če je storil disciplinsko kršitev oziroma povzročil škodo z izvršitvijo pisne odredbe oziroma navodila nadrejenega, ali z izvršitvijo ustne odredbe, če nadrejeni kljub njegovi pisni zahtevi ni izdal pisne odredbe oziroma navodila.

mora ali ne sme storiti javni uslužbenec. Gre torej za dokumente, ki se uporabljajo znotraj upravnega sistema (med upravnimi organi) in praviloma niso namenjeni temu, da bi se javnost z njimi seznanila. Med internimi akti ločimo splošne akte (navodila) in posamične akte (odredbe). Praviloma jih izdajajo hierarhično višji organi (predstojnik) nasproti nižjim (uradna oseba). Nasproti ministrstvom jih izdaja vlada (sklepi), ministri pa nasproti organom v sestavi. ZDU-1 predvideva navodila ministra upravnim enotam in navodila ministra organu v sestavi. Prav tako Vlada daje napotke ministrstvom (kako naj v bodoče ministrstvo ravna), ministrstvo pa daje organom v sestavi usmeritve, navodila, mnenja, smernice upravnim enotam (kako npr. razlagati zakon ali drug predpis – njihova funkcija je enotna praksa delovanja). Interni akti se pojavljajo tudi v obliki priročnikov, ki jih ministrstvo lahko daje tudi v javnost in sicer glede načina uveljavljanja pravic ali pogojev za dodelitev določene pravice (v tem delu so podobni angleški državljskim listinam, t. i. *Citizen's Charters*). ZDU-1 govori o "navodilih" ali "usmeritvah" (po SSKJ navodilo "pojasnjuje, določa, kako se kaj dela, s čim ravna", usmeritev pa "kar vsebuje, izraža prizadevanje po določeni vsebini" – gre za podobno razlikovanje kot med francosko okrožnico in usmeritvijo). Sinomin za navodila so okrožnice, za smernice pa direktive (slednje ne mešati z evropskimi direktivami kot pravnimi akti). Poleg že omenjenega ministrskega navodila ali odredbe ministra se interni akti pojavijo tudi v naslednjih poimenovanjih:¹⁷⁶

Strategija je akt, v katerem se določijo srednjeročni ali dolgoročni cilji ter oblikujejo in predvidijo postopki za doseg ciljev na področju, ki ga strategija obravnava. Strategija je podlaga za izdelavo dolgoročnih načrtov dela in predvidenih ukrepov za doseg opredeljenih ciljev;

Načrt je akt, ki vnaprej določa način, kraj, čas, vsebino in druge elemente za izvedbo posameznega ali skupine opravil ter nosilce in roke izvedbe za doseganje postavljenih ciljev;

Usmeritve so akt, ki je vsebinsko omejen na posamezno področje dela policije oziroma na konkretne naloge na posameznih področjih. Njegova časovna veljavnost se po potrebi omeji glede na cilje in naloge, ki so v njem določeni.

¹⁷⁶ Posamezni organi imajo še specifične interne akte, ki so povezani z vsebino njihovega dela. Tako se npr. po 22. členu Zakona o organiziranosti in delu v policiji (Ur. l. RS, št. 15/13, 11/14 in 86/15) z internim aktom, ki ga na predlog direktorja Nacionalnega preiskovalnega urada sprejme generalni direktor policije, določi, katere preiskave sumov kaznivih dejanj bo prevzel Nacionalni preiskovalni urad. Generalni direktor policije z internim aktom določi način izvajanja kriminalističnega pridobivanja in vrednotenja informacij ter sodelovanje z osebami, način iskanja oseb, način izdelave in objave fotorobota, tehnične kriterije in postopek izvedbe poligrafskega postopka (11., 43., 47. in 48. člen Zakona o nalogah in pooblastilih policije (Ur. l. RS, št. 15/13 in 23/15 – popr.); minister z internim aktom določi način izdelave, uporabe, hrambe in uničenja listin za prirejeno identiteto tajnih delavcev, izplačilo stroškov in nagrad v zvezi s prikritimi preiskovalnimi ukrepi, tipizacijo prisilnih sredstev za opravljanje policijskih nalog, tipizacijo tehničnih sredstev (24., 26., 74. in 114. člen istega zakona).

Navodilo pojasnjuje in določa, kako se v primerih, zajetih v vsebini akta, dela oziroma ravna. Z navodilom se tako urejajo postopki in načini izvedbe posameznih nalog ali strokovnih opravil (poleg ministra ga lahko izdajo vsi, ki so za izdajanje navodil pooblaščen (npr. državni sekretar, generalni sekretar, direktor direktorata);

Pravila so akt, s katerim se urejajo medsebojna razmerja in odnosi v organu, specifični pogoji dela zaposlenih, njihove pravice in obveznosti, ki izhajajo iz opravljanja določenih del in nalog, določajo vrste, vsebine ter načine izvajanja posameznih nalog in podobno;

Katalog je akt, s katerim se sistematično ureja zbirka določenih podatkov, ki se nanašajo na različna področja dela ali določenih opravil (katalog postopkov, usposabljanj ...);

Priročnik je akt, ki v obliki publikacije (brošure, knjige ...) na pregleden način opredeli izvajanje posameznega pooblastila ali naloge in je pripomoček za strokovno in zakonito delo zaposlenih;

Okrožnica je akt, s katerim minister, državni sekretar, direktor direktorata ali generalni direktor organa v sestavi oz. vodje notranjih organizacijskih enot obveščajo delavce in enote o posameznih vprašanjih, dajejo pojasnila, obvestila in druga napotila, ki niso zajeta v prej navedenih aktih;

Metodologija je akt, v katerem so opredeljene splošne metode in postopki, ki jih morajo pripravljavci aktov upoštevati pri njihovi izdelavi.

V ameriškem pravu poznajo interpretativna in regulativna pravila (rules). "Rule" je – glede na *Administrative Procedure Act* – vsakršna izjava upravnega organa v kakršnikoli obliki in se kot taka lahko nanaša na konkreten ali splošen primer. "Policy statements" so izjave glede politike na nekem področju. Opredelitev za "rules" je vsebinska, oblika ni pomembna. Interpretativna pravila samo razlagajo zakon oz. nek drug predpis (zato jih ni moč ločeno izpodbijati zaradi kršitve postopka, predpisane z zakonom), medtem ko legislativna pravila predpisujejo nove norme; sprejeta morajo biti po enem od postopkov, ki jih določa zakon o upravnem postopku (APA). Doktrina za presojo takih aktov vztraja pri tem, da je potrebno gledati vsebino akta, praksa pa ima stališče, da je potrebno gledati postopek. Oba pravna sistema ugotovljata, da je pravo, ki učinkuje, lahko samo tisto, ki je izrecno tako imenovano, zoper njega pa je potrebno zagotoviti pravno varstvo (ocena ustavnosti in zakonitosti).

Slovensko upravno pravo loči med interpretativnimi pravili (dokumenti, za katere ni nujno, da bi bili sprejeti v tem postopku, vendar so, enako kot regulativna pravila, podvrženi sodnemu nadzoru;¹⁷⁷ zožijo polje ravnanja organom) in regulativnimi

¹⁷⁷ Tudi za interni akt lahko Ustavno sodišče ugotovi, da ni bil, če ima naravo predpisa, objavljen, zaradi česar ne obstaja oz. ne velja; to pomeni, da se nanj ne moremo sklicevati.

pravili (sprejeta so po posebnem postopku in objavljena v določenem glasilu; uvajajo nove obveznosti (pogosto) ali pravice (redko).

V tovrstnih primerih poznamo dva načina presoje internih aktov:

- *materialno stališče*: narava aktov se presoja po njihovi vsebini. Akt je tako lahko izdan v obliki predpisa, vendar če uveljavlja posamične norme, gre za posamičen akt. Dokumenti štejejo za predpis, če vsebujejo vsebinske kriterije za predpis (naslovljeno na nedoločene osebe, namenjeno bodoči uporabi, abstraktno urejanje). Tak predpis je torej možno izpodbijati v postopku za oceno ustavnosti in zakonitosti pred Ustavnim sodiščem.
- *formalno stališče* (presojanje akta po njegovih formalnih značilnostih (postopek, objava, imenovanje akta). Če akt ne izpolnjuje formalnih značilnosti, zoper tak akt ni mogoče uporabiti pravnih sredstev za predpise (ocena ustavnosti in zakonitosti na ustavnem sodišču). Kritika tega stališča je v tem, da ne zagotavlja pravne varnosti – take akte je mogoče izpodbijati le v konkretnem primeru, pri čemer stranka včasih niti ne more priti v položaj, ko bi lahko izpodbijala tak akt. Praksa Ustavnega sodišča niha med materialnim in formalnim pojmovanjem teh aktov. Ker so akti interni, ni nujno, da so objavljeni (stranka se nanje ne more sklicevati, tudi če uradnik krši navodilo). Če hoče uprava doseči, da bi interni akti veljali tudi navzven, mora izdati predpis (uredbo, pravilnik). Nekateri interni akti imajo naravo posamičnih aktov. V tem primeru je v praksi manj dilem in je tak akt potrebno šteti za upravni akt, ter so zoper njega zagotovljena pravna sredstva (če seveda pomeni odločanje o pravicah in obveznostih).

Uprava lahko zahteva zavezujoče ravnanje le s splošnimi ali posamičnimi upravnimi akti, ne pa prek internih aktov (seveda v razmerju do strank; v razmerju do zaposlenih znotraj organa bi interni akt lahko razumeli – odvisno od njegove vsebine – kot navodilo delodajalca,¹⁷⁸ kako postopati v določenih primerih ravnanj, s tem pa ga lahko štejemo za interni pravni akt). Interni akt kot način pisne, ustne, ali e- interne komunikacije, kaže le način branja pravil s strani uprave (ali drugih organov,

¹⁷⁸ Uprava, kot upravni organ, poleg funkcij državne uprave opravlja tudi funkcijo delodajalca. Odnose med njo kot delodajalcem ter pri njej zaposlenimi delavci ureja s pomočjo internih aktov. Takšen interni akt je izpodbijani pravilnik [o notranji organizaciji in sistematizaciji delovnih mest v Upravi Republike Slovenije za zračno plovbo]. Uprava Pravilnika ni sprejela v funkciji opravljanja državnih funkcij, temveč v funkciji delodajalca. S Pravilnikom so namreč urejena nekatera konkretna vprašanja s področja delovnih razmerij, ki zadevajo le zaposlene v Upravi. Pravilnik ne vsebuje norm, ki bi navzven povzročale pravne učinke. Zato Pravilnik ne more imeti značaja splošnega akta. Ker izpodbijani pravilnik ni predpis, temveč je interni akt, Ustavno sodišče za oceno njegove ustavnosti in zakonitosti ni pristojno. Sklep Ustavnega sodišča, št. U-I-40/03-4 z dne 13. 3. 2003. Izpodbijani pravilnik ni predpis, temveč je interni akt, s katerim predstojnik državnega organa določa delovna mesta v tem državnem organu in določa pogoje za njihovo zasedbo. Zato Ustavno sodišče za oceno njegove ustavnosti in zakonitosti ni pristojno. Tako je Ustavno sodišče sklenilo tudi v primeru pobude za oceno ustavnosti in zakonitosti Pravilnika o sistematizaciji delovnih mest v Davčni upravi Republike Slovenije z dne 26.6.1996 (sklep št. U-I-87/97 z dne 19. 11. 1998 - OdlUS VII, 207) in Pravilnika o notranji organizaciji in sistematizaciji delovnih mest v Geodetski upravi Republike Slovenije (sklep št. U-I-378/96 z dne 16. 1. 1997 - OdlUS VI, 5). Sklep Ustavnega sodišča, št. U-I-226/99 z dne 28. 10. 1999.

tudi zasebnega prava¹⁷⁹), razumevanja vsebine, na njeno interpretacijo. Gre za razna navodila znotraj organa ali nižjim organom, okrožnice, pravila, ki urejajo notranje delovanje organa, organa kot delodajalca oz. izvajalca javnih nalog (npr. Pravilnik o uporabi službenih vozil, Pravila Policije). Interni akt navzven ne ustvarja novih pravic ali obveznosti, lahko le opozarja na obstoječe. Razlika od predpisov je v tem, da niso objavljeni (delno le prek ZDIJZ, kar je prepuščeno presoji predstojnika upravnega organa). Gre za pravilo obnašanja, ki ni pravni vir, nima "moči prava" (navzven); gre za notranje, ne zunanje pravilo. Lahko vsebinsko postane upravni akt, če sledi pravno zavezujoč ukrep, za javne uslužbenke kot zaposlene ima lahko interni akt delovnopravne posledice zaradi neupoštevanja navodil in odredb nadrejenega (disc. ukrep, opomin pred odpovedjo). Pri internem aktu gre za hierarhično vplivanje višjih organov na delovanje nižjih. Dolžnost nižjega upravnega organa je, da ravna po navodilu višjega in temelji na njegovi odvisnosti. Interni akt deluje torej interno tudi v vsebinskem smislu, saj se upravni organ nanj ne sme sklicevati v odločbi, pač pa lahko njegovo vsebino interpretira v smislu razlage členov (če je ko je ta relevantna za posamezni člen). Gre le za *razlago* določb s strani višjega organa, ne da bi pri tem ustvarjali nove določbe. Z internimi akti se zagotavlja enotnost uporabe pravil na celotnem območju, kar je temeljnega pomena za enakopravno obravnavo strank v postopku. S čedalje daljšo enotno uporabo navodila ali vse večjim vplivom na vedenje oseb, se internemu aktu pripisuje vse večji značaj pravne norme, kar ustvarja oz. se umešča v okvir načela upravičenih pričakovanj kot izvedenega načela pravne države. Obveščanje interne javnosti se izvede s splošnimi (navodilo) in konkretnimi internimi akti (odredba), vse v zvezi z delom organa. Navljub navidezni jasnosti narave in smisla internih aktov, praksa včasih kaže zelo kompleksne primere.¹⁸⁰ Za ugotovitev, ali ima izpodbijani akt zavezujoče pravne učinke, se je treba osredotočiti na vsebino tega akta in učinke presojati glede na objektivna merila, kot je vsebina akta, ob upoštevanju okoliščin, v katerih je bil sprejet, in pristojnosti institucije, ki je akt sprejela.

12.7 Akti poslovanja

Posel je celota del, opravi v zvezi z nalogami, obveznostmi, za katere je kdo zadolžen; navadno gre za gospodarsko dejavnost za pridobivanje materialnih dobrin. Poslovati pomeni opravljati delo v zvezi s povedanim. Akti poslovanja so za razliko od aktov

¹⁷⁹ Pravila Medobčinskega društva slepih in slabovidnih Celje, katerih določbo izpodbijata pobudnika, so interni akt, s katerim se urejajo notranja razmerja v društvu. Zato Ustavno sodišče za oceno njihove ustavnosti in zakonitosti ni pristojno. Sklep Ustavnega sodišča, št. U-I-124/03-5 z dne 17. 6. 2003. Pravilnik o disciplinskem postopku Lovske družine Raka, katerega določbo izpodbijata pobudnika, je interni akt, s katerim se urejajo notranja razmerja v Lovski družini Raka. Ker ni predpisani splošni akt za izvrševanje javnih pooblastil, Ustavno sodišče za oceno njegove ustavnosti in zakonitosti ni pristojno. Sklep Ustavnega sodišča, št. U-I-293/99-7 z dne 7. 3. 2002.

¹⁸⁰ Glede težavnosti identifikacije pravne narave mehkega prava gl. npr. Kodeks ravnanja (40. člen GDPR) oz. njegovo pravno naravo.

vladanja pravni akti, s katerimi država ali lokalna skupnost nastopa kot pravna oseba (npr. razpolaga s svojim premoženjem ali upravlja z njim, prevzema pravice in obveznosti in podobno). Za akte poslovanja je mogoče šteti vse pravne posle (pogodbe in druge dvostranske pravne posle, enostranske izjave volje ...), pa tudi vse splošne ali posamične akte, ki pomenijo odločitev za sklenitev pravnega posla (npr. sklep o izbiri izvajalca pri oddaji javnega naročila) ali za enostransko izjavo volje. Med akte poslovanja spadajo tudi akti v zvezi z upravljanjem in razpolaganjem s premoženjem (Pirnat, 2004, str. 286).

Pri aktu poslovanja gre za sklepanje civilno-pravnih razmerij, vendar odločitev glede pravne narave nekega dokumenta, vedno ni enostavna;¹⁸¹ uveljavi se povsod, kjer ni (več) potrebe po varovanju javnega interesa, kjer oblastno ravnanje ni nujno potrebno ali ni sposobno doseči cilja, s tem pa jasno odpade tudi pravica do oblastnega nastopanja do drugih strank v pravnem prometu. Tako se npr. sklene kupoprodajna pogodba namesto razlastitve, izloči ponudba iz javnega poziva, zavrne predlog za preklic naroka, prekliče soglasja, organ pošlje dopis, izda se sklep o ustanovitvi javnega dobra v državni ali občinski lasti, ali sklep o oddaji javnega naročila ipd. Položaj državne uprave je v takih primerih enak kot subjektih civilnega prava: gre za civilno pravno vezanost. Kumulativno velja seveda tudi upravno-pravna vezanost (nujnost javnega naročanja ipd.).

Akti poslovanja so pravni posli civilnega prava (kot tudi vsa druga pravnoposlovna razmerja). So akti, s katerimi organi opravljajo svojo dejavnost – sklepanje pogodb. Vsaka javna oblast je hkrati tudi organ neke pravne osebe. Pravno sposobnost imajo država in lokalne skupnosti. Država in lokalna skupnost sta pravni osebi (od organizacijskih predpisov je odvisno, kdo nastopa v njunem imenu), ki imata svoje premoženje, s katerim razpolagata in ga morata zaradi tega tudi upravljati. S tem ciljem vstopata tudi v vsakdanja civilnopravna razmerja in delujeta tudi po pravilih in načelih zasebnega prava. Akt poslovanja je pravni akt, ki ga državni organ sklene ali izda v imenu države in za državo.

¹⁸¹ Akte poslovanja je večkrat težko ločiti od aktov oblasti. Temeljni kriterij mora biti presoja, ali je akt take narave, da bi ga lahko sprejela ali sklenila katerakoli pravna oseba (npr. odločitev uprave gospodarske družbe, da se sklene neka pogodba, in potem sklenitev te pogodbe), ali pa gre za akt, ki ga organ države oziroma lokalne skupnosti izda kot nosilec oblasti. Nekateri akti poslovanja so lahko pravni akti (npr. pogodba), drugi pa ne (npr. odločitev o oddaji javnega naročila v izvedbo enemu izmed ponudnikov, zoper katerega per se ni pravnega varstva – ko naročniki kupujejo blago in storitve na trgu, ne nastopajo kot nosilci oblasti ali v izvrševanju javnih pooblastil, temveč stopajo v civilnopravna razmerja z ostalimi subjekti (tu se torej *ne* odloča o pravici, obveznosti ali pravni koristi posameznika). Zato oddaja javnega naročila ni upravni akt, temveč akt poslovanja, ki ne pridobi lastnosti upravnega akta niti tedaj, kadar o zakonitosti postopka javnega naročila odloča revizijska komisija; sklep Vrhovnega sodišča, št. I Up 655/2001). Tako npr. najemna pogodba nima elementov javne oblasti, zato gre za običajen akt poslovanja, ki ga lahko sklene kdorkoli (ne more iti za upravni akt, ker ta varuje javni interes, nastopa z vidika oblasti in na področju upravnega prava - najemniška, civilnopravna razmerja pa ne sodijo v ta okvir, saj so tu stranke enakopravne, ne pa nadrejene/podrejene). Vsaka pogodba je seveda pravni akt, sicer sploh ne bi bila zavezujoča.

Lahko so enostranski (vsaka jasno izražena manifestirana volja pravnega subjekta, ki ima pravne posledice, kot so različne izjave volje, sklepi) ali dvostranski (priti mora do jasno izražene soglasja volj, da lahko pride do pravnih posledic; poseben pravni režim je le, če ga zakon predvidi, sicer pa je zasebnopravne narave). Kot primere aktov poslovanja lahko navedemo sklepanje pogodb civilnega prava, sklepanje uslužbenskih razmerij prek pogodbe z zaposlitvi, imenovanje predstavnikov v nadzorne svete in upravne odbore oseb javnega prava. Vsako dvostransko razmerje še ne pomeni, da je akt neoblasten; včasih je tudi težko ločiti, ali so določeni akti oblastni akti ali akti poslovanja, saj ni izdelanega sistema kriterijev, po katerem bi presojali akte in med seboj ločili oblastne od neoblastnih, tj. aktov poslovanja. Ena od takih ločnic je presoja po naravi akta, ki opredeljuje možna pravna sredstva zoper akt. Oblastni akt se izpodbija v upravnem sporu ali z ustavno pritožbo, zoper akt poslovanja pa se uporablja pravna sredstva civilnega prava, kar pomeni, da je treba pravno varstvo iskati pred civilnim sodiščem. Če se v istem aktu združita kriterija za oba akta, gre za upravni akt, kljub elementom, značilnim za akt poslovanja (npr. pri odločanju o upravljanju z lastnim premoženjem in s tem povezano dovoljenje za sečnjo v državnem gozdu). "Mešani" akti imajo vedno lastnost upravnega akta.

V okvir aktov poslovanja se umešča t. i. novo javno upravljanje (new public management, ker daje prednost pogodbi pred upravnimi akti); pri aktih poslovanja govorimo o t. i. mehkem pravu (ang. soft law) prek katerega pa se *lahko* pride do formalno zavezujočih učinkov: sodelovanje javnosti, deležnikov, prostovoljni partnerski dogovori, odprte metode koordinacije – cilji, kriteriji, nadzor, evalvacija, objava rezultatov). Soft law lahko služi kot predpriprava za sklenitev pogodbe ali za sprejem oblastnih aktov. Čeprav ima izpodbijani akt poslovanja obliko upravne odločbe, to še ne pomeni, da ga je mogoče zato izpodbijati v upravnem sporu.¹⁸²

12.7.1 Razločevanje oblastnega akta in akta poslovanja

Odločanje o posebni rabi javnega dobra – javno dobro je vsaka stvar, ki je za splošno rabo dostopna vsem (npr. javne ceste). Obstajajo pa tudi primeri, ko je smotrno, da se podeli pravico posebne rabe (npr. postavitve miz v lokalni na javni pločnik, telekomunikacijska povezava na javni cesti), ki je v nasprotju s splošno rabo izključujoča. Za podeljevanje posebne rabe so različni postopki (praviloma javni razpis), zato se zastavlja vprašanje o naravi akta, s katerim se podeli ali zavrne pravico do posebne rabe javnega dobra. Večinoma se izdajajo upravni akti (odločba o dodelitvi posebne rabe) in ne akti poslovanja, saj država nastopa kot oblastveni organ, ki vodi neko politiko. Kljub temu to ni čisto nesporno.

¹⁸² Primer: dopis organa, da oseba ne izpolnjuje pogoje za priznanje določene pravice – obvestilo ali (neg.) upravni akt (✓)?

Javna naročila – gre za splet enostranskih in na koncu dvostranskega akta. Dvostranski akt, ki se na koncu postopka sklene, je običajna pogodba civilnega prava. Enostranski akti veljajo v sodni praksi za akte poslovanja, ki jih ni mogoče izpodbijati v upravnem sporu, saj so civilnopravne narave.¹⁸³

Odločanje o upravljanju in razpolaganju z državnim premoženjem – gre za običajno razpolaganje s premoženjem, zato so tako eno- kot dvostranski akti poslovanja.

Podeljevanje koncesij – narava teh aktov je že težavnejša pri določitvi njihove narave; kljub temu, da še ni čisto razčiščeno vprašanje, ali organ podeljuje koncesijo kot oblastni organ ali v okviru svojega poslovanja, več argumentov govori v prid slednjega. Pri koncesiji gre namreč za to, da se podeli opravljanje določenih storitev v javno korist, saj se javnosti zagotavljajo določene storitve. Zaradi vključenosti javnega interesa, velja koncesijska pogodba za upravno pogodbo (mešani akt), torej oblastni akt in ne akt poslovanja. Koncesijska pogodba ni sklenjena zato, da bo upravni organ zase pridobil določene storitve, temveč da jih bo zagotovil javnosti.

Izvrševanje ustanoviteljskih pravic – država je kot ustanovitelj vključena v neko drugo pravno osebo, zato ima v razmerju do te prave osebe ustanoviteljske pravice. V razmerju do pravnih oseb zasebnega prava, je pravna narava ustanoviteljskih pravic poslovnega značaja, zaradi česar gre za akte poslovanja. Pravo državi v tem primeru ne priznava nobenih posebnih upravičenj (zato ker je država ali oblastni organ), zato gre za akte poslovanja.¹⁸⁴ V razmerju do pravnih oseb javnega prava, pa odločanje o ustanoviteljskih pravicah štejemo za akte oblasti. Če nastopa država proti javnim podjetjem in jim 'predpisuje' določena ravnanja, gre za oblastne akte. Odločanje v mejnih primerih je včasih zelo težavno, kar kaže tudi primer izdaje soglasja k določitvi letne nagrade, ko ga Vrhovno sodišče enkrat (očitno) šteje v okvir akta poslovanja,¹⁸⁵ drugič pa ga razume kot posamični akt v drugih javnopravnih stvareh.¹⁸⁶

¹⁸³ Glej še poglavje o javnih naročilih.

¹⁸⁴ Pri združitvi vzgojno izobraževalnih zavodov in ustanovitvi vzgojno izobraževalnega zavoda gre za izvrševanje ustanoviteljske pravice države. Pri združitvi ne gre za odločbo ali drug javnopravni, enostranski oblastveni posamični akt, izdan v okviru izvrševanja upravne funkcije, temveč gre za akta, ki ju izda Vlada v okviru izvrševanja ustanoviteljskih pravic države. Akta tudi nista bila izdana o pravici, obveznosti ali pravni koristi posameznika, pravne osebe ali druge stranke v okviru izvrševanja upravne funkcije, ampak je bilo z njima odločeno o statusnih spremembah javnih vzgojno-izobraževalnih zavodov. Takšna odločitev pa ni odločitev v upravni zadevi. Noben zakon, na podlagi katerega sta bila sprejeta izpodbijana sklepa, tudi ne določa, da o zakonitosti teh aktov odloča sodišče v upravnem sporu. Sklep Vrhovnega sodišča (zunanjji oddelek v Mariboru), št. I Up 518/2012 z dne 28. 11. 2012.

¹⁸⁵ Soglasje Komisije Vlade RS za kadrovske in administrativne zadeve k določitvi enkratne letne nagrade direktorju zavoda ni upravni akt oziroma akt, ki se lahko izpodbija v upravnem sporu, zato tudi s tožbo v upravnem sporu ni mogoče zahtevati njegove izdaje, niti ni mogoče izdaje takega soglasja nadomestiti s sodbo, izdano v upravnem sporu, tako kot to s tožbo tožnica zahteva. Navedeno soglasje namreč ni odločba ali drug javnopravni, enostranski oblastveni akt, izdan v okviru izvrševanja upravne funkcije, temveč gre za akt, ki ga da Vlada Republike Slovenije organu upravljanja (delodajalcu) javnega zavoda, katerega ustanoviteljica je Republika Slovenija, v okviru uresničevanja svojih ustanoviteljskih pravic. Sklep Vrhovnega sodišča RS (zunanjji oddelek v Mariboru), št. I Up 487/2009 z dne 20. 5. 2010.

¹⁸⁶ Pri zahtevi za izdajo soglasja s strani Komisije Vlade za kadrovske in administrativne zadeve za izplačilo enkratnih letnih nagrad, kot direktorici doma upokojeincev, iz naslova uspešnega vodenja javnega zavoda,

Akti določanja cen komunalnih dejavnosti – akti o določitvi cen javnih podjetij so po mnenju Ustavnega sodišča akti poslovanja, če ga sprejme vlada za javno podjetje,¹⁸⁷ medtem ko bi bil akt vlade, ki bi predpisoval način predpisovanja cen že oblastni akt. Država določa cene lastnemu komunalnemu podjetju, zato tudi akt glede komunalnega premoženja ni akt oblasti, ampak država razpolaga s svojim premoženjem.

Nakup nepremičnine za potrebe poslovanja ministrstva je klasični akt poslovanja, medtem ko razpolaganje z javnim dobrom zaradi elementa javnega interesa ni več akt poslovanja.

Na splošno velja domneva, da gre za akt oblasti, dokler se ne ugotovi, da gre za akt poslovanja.

12.7.2 Pravna sredstva

Vprašanje je, ali je zoper akte poslovanja mogoče uporabiti ista pravna sredstva kot zoper oblastne akte, ali pa gre za zasebno voljo državljanov: pri oddaji javnih naročil (gre za enostranske akte pri odločanju) ima naročnik posebno sredstvo, tj. zoper sklep o izbiri najugodnejšega ponudnika je možna zahteva za revizijo pri državni revizijski komisiji (DRK);¹⁸⁸ na sodišču se lahko terjata le odškodninska sankcija: '[o]dškodnino

ne gre za individualni delovni spor med delavcem in delodajalcem, saj tožnica ne toži svojega delodajalca, to je javnega zavoda pri katerem je oziroma je bila v času opravljanja funkcije direktorice v delovnem razmerju. Tožba je vložena zoper toženo stranko, ki ni bila tožničnin delodajalec, z zahtevo, da njen pristojni organ pozitivno odloči o soglasju k sklepu sveta tožničnega delodajalca o izplačilu spornih nagrad. Tako odločanje o soglasju je bilo predvideno v Sklepu Vlade o merilih za priznanje enkratne letne nagrade za uspešno poslovanje direktorjev javnih zavodov. Gre za odločanje o soglasju (k sklepu pristojnega organa javnega zavoda), ki pomeni odločanje o posamični stvari v drugih javnopravnih stvareh v smislu 4. člena Zakona o splošnem upravnem postopku (ZUP). Sklep Vrhovnega sodišča RS (delovno – socialni oddelek v Ljubljani), št. VIII R 13/2010, enako tudi VIII R 4/2010 z dne 16. 6. 2010.

187 Izpodbijana cenika [za posamezne tarifne skupine toplote in cenika za posamezne tarifne skupine plina] nista predpisa, temveč akta, s katerima so določene cene toplote in plina. Cenika namreč ne vsebujeta določb o načinu oblikovanja in obračunavanja cen, ki bi bile po svoji pravni naravi abstraktna in generalna pravna pravila, torej predpis. Sklep Ustavnega sodišča, št. U-I-54/00 z dne 23. 3. 2000.

188 Zoper odločitve slednje ni neposrednega pravnega sredstva – ni javnopravne sodne kontrole, možna pa je ocena ustavnosti in zakonitosti predpisa pred Ustavnim sodiščem na podlagi katerega odloča DRK ter sodno varstvo zoper odločitve DRK po katerem ima ponudnik možnost, da pred pristojnim sodiščem zahteva povrnitev škode od naročnika. Določbo člena zakona o revidiranju postopkov javnih naročil, po kateri zoper odločitve DRK ni rednega ali izrednega pravnega sredstva, je treba razumeti po eni strani tako, da je DRK poseben, samostojen in neodvisen državni organ nadzora nad zakonitostjo postopka, po drugi strani pa vložitev tožbe ne zadrži sklenitve pogodbe med naročnikom in ponudnikom. Takšna ureditev izhaja iz same narave javnih naročil in je v skladu z načelom hitrosti revizijskega postopka ter primerljiva z ureditvijo, ki velja v Evropski uniji. Odločitev DRK v postopku revizije po mnenju Ustavnega sodišča nima značaja posamičnega akta, s katerim bi se odločalo o pravicah, obveznostih ali pravnih koristih ponudnikov. Ustavno sodišče je tudi menilo, da je omejitev sodnega varstva »le« polno sodno varstvo v postopkih oddaje javnih naročil, ki bi omogočalo tudi sankcijo razveljavitve odločitve o izbiri ponudnika oziroma ki bi omogočalo odlog sklenitve pogodbe z izbranim ponudnikom do dokončne odločitve v sodnem postopku) v skladu s tretjim odstavkom 15. člena Ustave, ker je za omejitev obstaja legitimen cilj in je omejitev v skladu z načelom sorazmernosti. Namen omejitve je legitimen, saj bi po presoji Ustavnega sodišča lahko v nasprotnem privedlo do tega, da bi bilo ogroženo nemoteno delovanje države, zlasti pa tudi oskrba z javnimi dobrinami, ki jih je država dolžna zagotavljati v večini primerov že na podlagi Ustave. Zahteva po hitrosti postopka oddaje javnih naročil, izplačilo proračunskih sredstev vezanih na določeno časovno obdobje, nemožnost, da bi se dobavljeno blago ali opravljena storitev izvedla šele po zaključku sodnega postopka, so torej razlogi, ki glede na namen javnih naročil upravičujejo nujnost posega. Ureditev, po kateri bi ponudnikom bilo omogočeno polno

za škodo zaradi neuspešnih pogajanj je možno priznati samo kot negativni pogodbeni interes. V okviru tega je odškodnina po 20. členu OZ praviloma omejena na povrnitev stroškov, povezanih s pripravami na sklenitev pogodbe. Razlago o omejitvi obsega pravno priznane škode v fazi pogajanj je treba analogno uporabiti tudi za primere sklepanja pogodb v postopku javnega naročanja. Vse do naročnikove izbire namreč ponudniki ne morejo računati na dodelitev pogodbe, saj ni jasno, ali bo njihova ponudba sprejeta. Tožeča stranka kot neizbrani ponudnik v postopku oddaje javnega naročila ni upravičena zahtevati povrnitve škode na podlagi pozitivnega pogodbenega interesa'.¹⁸⁹ vsak akt poslovanja je podvržen sodni presoji, če gre za tak akt, s katerim se poseže v ustavno pravico (vendar so taki akti redki). Povezava aktov poslovanja javnih oblasti z načelom zakonitosti odpira določena vprašanja, saj za tovrstne akte poslovanja ne veljajo javnopravne ustavne garancije in tudi načelo zakonitosti v omejeni meri. Kršitev postopkov ima za posledico zgolj neveljavnost posla in odškodnino, ne pa kakršnihkoli javnopravnih posledic.

12.8 Akti uprave po posameznih nosilcih izvršno-upravnih nalog

12.8.1 Akti vlade

Aktov vlade kot organa državne oblasti ne smemo zamenjevati z akti vladanja, ki so akti oblasti in s tem nimajo značaja pravnosti v smislu njihovega pravnega varstva. Vladna uredba oz. uredba vlade kot akt vlade je splošni akt; gre za najpomembnejši podzakonski pravni akt, ki podrobneje ureja zakonsko ureditev, ustanovi organe v sestavi, določi območja upravnih enot. Z uredbo vlada lahko podrobneje ureja in razčlenjuje v zakonu ali v drugem aktu Državnega zbora RS določena razmerja v skladu z namenom in s kriteriji zakona oziroma drugega predpisa. Uredbo za urešničevanje pravic in obveznosti državljanov in drugih oseb lahko izda le na podlagi izrecnega pooblastila v zakonu. Vlada svojo notranjo organizacijo in delo vlada s poslovnikom in sklepi. Poslovnik vlade je organizacijski akt vlade; o imenovanjih in razrešitvah ter v upravnih zadevah iz svoje pristojnosti, kakor tudi o drugih posamičnih zadevah iz svoje pristojnosti izdaja vlada odločbe; sklep vlade je konkretni akt s področja dela ali notranje organizacije vlade (v točkah, ne v členih); kadar ne odloči

sodno varstvo, bi izničila pomen in učinkovitost tega postopka. Takšen zakonodajalec ukrep Ustavno sodišče ocenjuje tudi kot primeren, saj upošteva premoženjskopravno naravo razmerja med naročnikom in ponudnikom. Predpisano sodno varstvo namreč ustreza sodnemu varstvu, ki je v civilnopravnih razmerjih zagotovljeno pri vabilu k stavljanju ponudb (24. člen Obligacijskega zakonika). Zato zagotovitev zgolj odškodninske sankcije tudi ne more pomeniti prekomernega posega v pravico pobudnice do polnega sodnega varstva. Tehtanje njenih premoženjskih interesov na eni strani, na drugi pa varstvo javne koristi, pokaže, da je omejitev pravice do sodnega varstva v razumnem sorazmerju s ciljem, ki ga zakonodajalec s postopkom oddaje javnih naročil zasleduje. Zato je poseg sorazmeren tudi v ožjem pomenu besede. Glej odlUS, št. U-I-169/00-33 z dne 14. 11. 2002. Z uveljavitvijo ZPVPJN-C je zoper odločitev DRK o zahtevku za revizijo dovoljen upravni spor.

189 Višje sodišče v Ljubljani, gospodarski oddelek, sodba in sklep I Cpg 268/2009 z dne 23. 6. 2009.

z drugim aktom, sprejme vlada sklep. Za izvrševanje predpisov Evropske unije vlada izdaja uredbe (npr. Uredba o izvajanju Uredbe (ES) o gensko spremenjenih živilih in krmi, Uredba o izvajanju postopkov pri porabi sredstev evropske kohezijske politike v Republiki Sloveniji) in druge akte iz svoje pristojnosti. Vladni odlok je posamezni ukrep vlade, ki ima splošen pomen (npr. Odlok o razglasitvi arheološkega najdišča Šempeter za kulturni spomenik). Vladna navodila so interni, nepravni akt s katerim vlada ureja način postopanja upravnih organov (pravni akt je samo, če obstaja podlaga v zakonu, sicer gre kot rečeno za interni akt (npr. Navodilo Vlade Republike Slovenije v zvezi z javnim naročanjem gradenj in storitev, povezanih z gradnjami).

12.8.2 Akti ministra

Akti ministra so:

A. Splošni akti: 1. *Ministrski pravilnik* predstavlja operacionalizacijo izvrševanja zakonov in uredb vlade. Za izvrševanje zakonov, drugih predpisov in aktov DZ, predpisov in aktov vlade ter predpisov EU, ministri izdajajo pravilnike (npr. Pravilnik o izvajanju Uredbe (ES) o Zakoniku Skupnosti o pravilih, ki urejajo gibanje oseb prek meja (Zakonik o schengenskih mejah) (če tako določa zakon, tudi druge predpise). Če vsebina pravilnika sodi v delovno področje več ministrov, le-ti skupaj izdajo pravilnik; pravilnik se izda, če tako določa zakon ali uredba ali če minister oceni, da je izdaja pravilnika potrebna za izvrševanje zakonskih ali podzakonskih predpisov. Nosilci javnih pooblastil izdajajo pravilnike, če tako določa zakon. 'Pravilnik je po svoji pravni naravi podzakonski predpis, ki ga lahko izda minister za izvrševanje zakonov in drugih predpisov, kar predpostavlja njihovo vsebinsko vezanost na zakon. Pravilnik ne sme v vsebinskem smislu določati ničesar brez zakonske podlage in zunaj vsebinskih okvirov, ki morajo biti v zakonu izrecno določeni ali iz njega vsaj z razlago ugotovljivi' (*odlUS*, št U-I-305/96 z dne 22.4.1999). 2. *Ministrsko navodilo* (*posebna podlaga v zakonu) – predpiše način ravnanja pri izvrševanju posameznih določb zakona (npr. določitev pogojev za izdajo soglasja, za izvajanje nadzora telekomunikacijskega prometa). Navodilo ali odredba je lahko tudi interni akt: glej 94. člen ZJU. 3. *Ministrska odredba* (posebna podlaga v zakonu) - akt za konkretne primere na podlagi abstraktnih pogojev (npr. o hitrosti gibanja traku v rudniku, opredelitev naravnih vrednot po zvrsteh, o prepovedi prometa in uporabe določenih fitofarmaceutskih sredstev na ozemlju RS). Za izvrševanje posameznih določb zakona se odredi ali prepove postopanje v določeni zadevi, ki ima splošen značaj. Razlika – sodna odredba – PUA!

B. Konkretni akt: Odločba, sklep ministra, C. Interni akt: Navodilo / odredba ministra (glej npr. 94. člen ZJU – splošno/konkretno sporočilo o tem kako naj poteka delo). Sklep – področje dela ali notranje organizacije ministrstva (v točkah, ne v členih).

Organ v sestavi ministrstva

(Generalni) direktor tega organa lahko samostojno sprejema posamične upravne akte, če mu je ta to podeljena pristojnost ter interne akte, uslužbenci pa opravljajo materialna dejanja, medtem ko predpise iz pristojnosti organa sprejema minister (pravilnik, odredba), vlada (uredba, odlok) oziroma zakonodajalec. Za načelnika upravne enote veljajo načeloma enake določbe kot za direktorja organa v sestavi ministrstva.

Vprašanja za ponavljanje:

1. Kaj je uredba z zakonsko močjo?
2. Kdaj je podzakonski predpis splošni upravni akt?
3. Kdaj se šteje, da je posamični upravni akt posamični upravni akt?
4. Kdaj nastopi pravnomočnost konkretnih upravnih aktov?
5. Kaj so materialni akti uprave?
6. Katera so upravno-dokumentacijska materialna dejanja?
7. Kaj predstavlja sprejemanje izjav v smislu umestitve v akte uprave?
8. Kaj so čista, realna upravno-materialna dejanja?
9. Kaj so interni akti uprave?
10. Kaj so akti poslovanja?
11. Kako se loči oblastni akt od akta poslovanja?
12. Kateri so akti vlade?
13. Katere akte izdaja minister?
14. Kdaj dobi neformalno navodilo ali odredba status splošnega in kdaj konkretnega upravnega akta?

13 PRIMERI NEZAKONITOSTI

Primeri nezakonitosti se nanašajo na 1. nepristojnost, 2. formalno in procesno kršitev, 3. materialno kršitev (predpis + dejansko stanje) in 4. nezakonitost v namenu akta. V primeru materialne kršitve ali nezakonitosti v namenu akta bi lahko govorili o zlorabi prava (ang. *abuse of power*, kamor se umešča tudi t. i. *unreasonableness* (no reasonable person – arbitrariness; ulterior motive; irrelevant considerations; fail to consider relevant issues).

13.1 Nепristojnost

Pristojnost pomeni, da ima organ ali pooblaščen uradna oseba pravico *in* dolžnost, da odloča na določenem upravnem področju (stvarna pristojnost¹⁹⁰) ter na določenem teritoriju (krajevna pristojnost¹⁹¹). Pravica in dolžnost hkrati pomeni, da upravni organ nima možnosti odločitve, ali bo pravico izvrševal ali ne: ko so razlogi oz. kriteriji iz predpisa izpolnjeni, tj. da nekaj sme storiti, to *mora* storiti. Funkcionalna pristojnost pomeni konkretnjšo opredelitev stvarne pristojnosti, kadar letni natančno določena in zakon prepušča podrobnejšo opredelitev pristojnosti določenemu organu (vladi, ministrstvu, če zakon prenaša pooblastila države na lokalne skupnosti, tudi občini). 'Pristojnost je skupek pooblastil in dolžnosti, ki jih za postopanje posameznih organov predpisujejo zakoni. Pristojnost je pooblastilo, ki izhaja iz predpisov in daje določenemu organu pravico in dolžnost, da odloča v konkretni upravni zadevi. Pomen pristojnosti je v tem, da se za vsako posamezno upravno zadevo določi organ (lahko jih je tudi več), ki edini sme in mora oziroma je pooblaščen za odločanje v upravni zadevi. Pristojnost je določena z zakonom ali na zakonu temelječem predpisu, za to je tako za organ kot za stranko *ius cogens* (obvezna po zakonu) in se o tem ni mogoče drugače dogovoriti' (Grafenauer in Breznik, 2005, str. 113). Pristojnost pomeni da so določenemu organu dodelili pooblastilo, da opravlja neko nalogo, ki je del njegovega delovnega področja. To pomeni, da te naloge ne sme opravljati noben drug. Po drugi strani pa je to tudi njegova dolžnost, da opravi to nalogo in je ne more odkloniti.

¹⁹⁰ Stvarna pristojnost kaže na delovno področje organov in obstaja v pravici in dolžnosti enega ali več istovrstnih organov, da na določenem delovnem področju opravljajo z zakonom ali drugim na zakonu temelječim predpisom določene naloge. Stvarna pristojnost za odločanje v upravnih zadevah določajo materialni predpis, s katerim se urejajo posamezna upravna področja (Androjna in Kerševan, 2006, str. 130).

¹⁹¹ Krajevna pristojnost pomeni, da je pristojen samo en konkreten določen organ in da je ta organ pristojen za razna odločanja. Za krajevno pristojnost je bistveno območje na katerem ima organ pravico in seveda dolžnost opravljati naloge iz svoje stvarne pristojnosti (prav tam).

Stek pristojnosti – če bi po pravilih o določitvi krajevne pristojnosti bila za določeno upravno stvar hkrati pristojna dva ali več organov, je pristojen tisti, ki je prvi uvedel postopek. Vsak krajevno pristojen organ mora opraviti na svojem območju tista dejanja postopka, ki jih ni mogoče odlagati. Organa se lahko dogovorita, da bo postopek vodil organ, ki sicer ni prvi začel postopka, če to predstavlja ugodnost za stranko.

Prepoved devolucije (prevzema) in delegacije (prenosa) pristojnosti - prepoved dogovarjanja o pristojnosti. Višji organ ne sme prevzeti zadeve iz pristojnosti nižjega organa (prepoved devolucije), razen če zakon tako določa in če so izpolnjeni v zakonu predpisani pogoji. Prav tako višji organ ne more prenesti zadeve iz svoje pristojnosti na nižji organ. Enakovredni organi (na isti stopnji) si ne morejo izmenjati upravnih zadev, razen na področju enotnega izvajanja upravnih funkcij za celo državo (npr. enoten državni inšpektorat, kjer glavni inšpektor dodeli zadevo inšpektorjem ne glede na kraj, kjer je zadevo potrebno rešiti). Stvarna nepristojnost pomeni absolutno bistveno kršitev postopka, uporabi se lahko izredno pravno sredstvo odprave in razveljavitve odločbe po nadzorstveni pravici, lahko tudi ničnost, če gre za sodno zadevo oziroma stvar o kateri ni mogoče odločati v upravnem postopku; krajevna nepristojnost organa lahko pomeni absolutno ali relativno bistveno kršitev postopka, odvisno od primera do primera oz. narave kršitve v posameznem primeru.

13.2 Formalna in procesna kršitev

Formalna in procesna kršitev akta se lahko obravnava ločeno ali skupaj enostavno kot procesna kršitev. Formalna kršitev akta se nanaša na vsebino akta, na tehnične in pravne zadeve, kot so napaka v dispozitivu, napaka v obrazložitvi ali napaka v pravnem sredstvu. Procesne kršitve so napaka v kvorumu, sposobnosti biti stranka, procesni sposobnosti, procesni legitimaciji, napake pri vročanju, v vodenju postopka. Absolutne bistvene kršitve so kršitve takšne narave, za katere že zakon določa, da so tako hude, da se odločitev odpravi v vsakem primeru.¹⁹²

13.3 Materialna kršitev

Materialna kršitev se nanaša na dejansko stanje (ki je bilo neugotovljeno, nepopolno ali napačno ugotovljeno), t. i. error facti, ali na to, da je bil materialni predpis napačno uporabljen ali sploh ni bil uporabljen (fr. violation de la loi, error iuris). Poleg normativnega dela ne gre spregledati tudi dejanskega (ugotovitev dejstev + izvršitev

¹⁹² Absolutne bistvene kršitve so če je odločil nepristojen organ; osebi, ki bi morala biti udeležena kot stranka ali stranski udeleženec v postopku, ta možnost ni bila dana, ali je nastopal nekdo, ki ne bi mogel biti stranka; stranki ali stranskemu udeležencu ni bila dana možnost, da se izjavi o dejstvih in okoliščinah, pomembnih za izdajo odločbe; stranke ni zastopal zakoniti zastopnik oziroma, ali pooblaščenec ni imel ustreznega pooblastila; če so bile kršene določbe o uporabi jezika v postopku; pri odločanju ali vodenju postopka je sodelovala oseba, ki bi po zakonu morala biti izločena; če se odločbe ne da preizkusiti.

odločitev). Nanj lahko (še vedno) dobro odgovorimo s pomočjo 7 zlatih vprašanj, ki jih vsebuje 21 kanon 4. Lateranskega koncila iz leta 1215 (le-ta določa, da naj spovedniki "skrbno raziščejo okoliščine, v katerih so grešniki storili svoje grehe"). Pri vsaki obravnavi storjenega greha je bilo treba odgovoriti na posamezna vprašanja; nobenega dejanja ali osebe povezane z njim niso smeli končati obravnavati, ne da bi odgovorili na vse okoliščine, povezane s temi vprašanji. Gre za zlato pravilo sedmih vprašanj (Kaj? Kje? Kdaj? Kdo? Kako? S čim? Zakaj?) je bilo oblikovano v času antike na območju Sredozemlja (Victorinus, 350. let pr. n. št.) (Robertson, 1946). Danes služi kot osnova kriminalističnemu in novinarskemu zbiranju informacij in poročanju o dogodkih, v nič manjši meri lahko služi tudi za oblikovanje predpisov in konkretno odločanje v upravnih postopkih.

13.4 Nezakonitost v namenu akta

Ta vrsta nezakonitosti je najtežja za dokazovanje; gre za zlorabo, za popačenje prava (fr. *detournement de pouvoir*). Navidez gre za pravno pravilen akt, če pa bi upoštevali vse njegove učinke in ozadje odločanja, bi lahko – na podlagi spisovne dokumentacije – prišli do ugotovitve, da je upravni akt dosegel namen, različen od tistega, ki je izrecno določen ali ga predvideva pravna norma. Namen je izrecno naveden pri diskrecijski pravici¹⁹³ (kar ne pomeni, da ga ne bi mogli tudi drugje "zlorabiti" pod formo navidezne pravilnosti upravnega akta¹⁹⁴ – glej namen predpisa). Posebna oblika kršitve načela zakonitosti je popačenje oblasti, pojem, ki izvira iz francoske pravne doktrine (*detournement de pouvoir*). Gre za položaj, ko upravni organ izda po ostalih značilnostih sicer povsem zakonit akt, vendar s sprevrženim nagibom. Upravni organ pri odločanju ne sledi cilju in namenu zakona, pač pa pod plašč tega namena skriva nek drug nagib, npr. sledenje nekemu zasebnemu cilju, uveljavljanje političnih ciljev ali celo sledenje javnim ciljem, drugačnim od listih, ki jim sledi zakon. Čeprav lahko do popačenja oblasti pride tako pri izdajanju splošnih kot pri izdajanju posamičnih aktov, pa je to še posebno nevarno pri odločanju po prostem preudarku. Zato je zlasti pri tem odločanju treba še posebej preizkusiti, ali ni prišlo do popačenja oblasti' (Pirnat, 2004, str. 484).

¹⁹³ Glej 6. člen ZUP: v upravnih zadevah, v katerih je organ po zakonu ali po predpisu samoupravne lokalne skupnosti upravičen odločati po prostem preudarku, mora biti odločba izdana v mejah pooblastila in v skladu z namenom, za katerega mu je pooblastilo dano. Namen in obseg pooblastila določa zakon ali predpis lokalne skupnosti, ki vsebuje pooblastilo za odločanje po prostem preudarku.

¹⁹⁴ Verjetno največ primerov bi našli v okviru (prirejenih) sklepov o izbiri kandidatov, kjer je šlo za navidezen javni razpis za zasedbo prostega delovnega mesta, le da bi zadostili potrebnim določbam zakona, medtem ko je bil kandidat že »vnaprej znan«, še preden je bil razpis sploh objavljen.

Vprašanja za ponavljanje:

1. Kaj pomeni nepristojnost?
2. Kaj pomeni formalna in procesna kršitev?
3. Kaj je materialna kršitev?
4. Kaj predstavlja nezakonitost v namenu akta?

14 IZJEME OD NAČELA ZAKONITOSTI



14.1 Nedoločeni pravni pojmi

Nedoločene pravne pojme (NPP) lahko opredelimo kot pojme, ki jih je potrebno vsebinsko opredeliti glede na ugotovljeno dejansko stanje. NPP so pojmi, ki jih je potrebno vsebinsko opredeliti (zapolniti, jim dati vsebino) glede na konkretno ugotovljeno dejansko stanje. NPP so izjema od zakonitosti v smislu odstopanja od polne pravne vezanosti - upravnemu organu namreč prepuščajo, da od primera do primera oceni (mora oceniti), kakšna je njegova vsebina, pri čemer mora enaka merila oz. enako vsebino nedoločenega pravnega pojma uporabiti v vseh istovrstnih primerih (kar postane nato pravni standard ravnanja). Tako bo lahko vsebina nekega NPP v

določenem času odločanja in prostoru uporabe različna glede na nek drug čas, prostor, osebe ali druge relevantne okoliščine, čeprav bo besedna zveza NPP vseskozi ista (npr. javna varnost, bo enkrat ogrožena, drugič pa ne). Nedoločeni pravni pojmi so navadno "besedne zveze",¹⁹⁵ imajo izvor v abstraktnosti jezika; gre za zapolnitev vsebine pojma, ki je prepuščena upravi. NPP lahko opredelimo kot pojme, ki jih je potrebno vsebinsko opredeliti glede na ugotovljeno dejansko stanje. NPP najdemo v predpisih in pripomorejo k večji abstraktnosti splošnih norm, saj vsebovajo hipotetično dejansko stanje zajema širok obseg življenjskih oziroma konkretnih situacij, kjer naj se norma uporabi. Gre za nujno potrebno izjemo, saj bi bili včasih pred težavno nalogo zapolnjevanja oz. določanja vseh možnih življenjskih primerov, kar bi delalo zakone preobsežne in nejasne, s tem pa bi že posegali v načelo jasnosti in določnosti predpisov kot izvedeni načeli temeljnega načela pravne države.

Vsebina nedoločenega pravnega pojma mora biti določljiva. Podlaga za določitev vsebine nedoločenega pravnega pojma ni nujno vsebina, kot jo ima sicer jezikovno enak pojem v drugem predpisu oziroma kot jo opredeljuje Slovar slovenskega knjižnega jezika. Določenost nekega pravnega pojma je namreč odvisna od logičnega pomena vsake norme in od njene večje ali manjše splošnosti ter od abstrakcije konkretnih primerov, na katere se bo norma nanašala. Načela pravne države pa zahtevajo, da so norme opredeljene tako, da je mogoče z ustaljenimi metodami razlage ugotoviti vsebino predpisa. *OdlUS*, št. U-I-413/98 z dne 25. 5. 2000.

Uporaba nedoločenih pravnih pojmov sama po sebi ni v neskladju z Ustavo. Že iz načel pravne države izhaja zahteva, da so zakonske rešitve splošne in abstraktne (tako Ustavno sodišče že v sklepu št. U-I-282/94 z dne 18. 10. 1995, *OdlUS* IV, 108). Zato tudi načelo legalitete zakonodajalcu ne prepoveduje uporabe nedoločenih pravnih pojmov (tako v odločbi št. U-I-71/98 z dne 28. 5. 1998, *Uradni list RS*, št. 45/98 in *OdlUS* VII, 95). Pač pa načelo legalitete zahteva, da pristojni organ pri uporabi nedoločenega pravnega pojma v konkretnem primeru glede na okoliščine tega primera opredeli njegovo vsebino tako, da je s tem dosežen cilj zakonske norme. V obrazložitvi svoje odločitve mora utemeljiti, zakaj je v konkretnem primeru nedoločenemu pravnemu pojmu dal prav takšno vsebino in ne drugačne. Z Ustavo neskladna uporaba nedoločenega pravnega pojma ne more biti predmet ustavnosodne presoje, začete s pobudo za oceno ustavnosti predpisa, ki nedoločen pravni pojem vsebuje, temveč je lahko predmet presoje v okviru pravnih sredstev zoper odločitev, pri katerih je bil nedoločen pravni pojem uporabljen. To velja tudi za njegovo morebitno različno uporabo v primerih z enakim dejanskim stanjem. *OdlUS*, št. U-I-20/03-8 in *Up*-724/02-12 z dne 23. 9. 2004.

Bistvo nedoločnih pravnih pojmov je, da jih zakonodajalec v opisu abstraktnega dejanskega stanja uporabi tedaj, kadar želi s takšnim pojmom zajeti različne dejanske

¹⁹⁵ NPP so npr.: javni interes, javni, estetski vidik, požarna varnost, sanitarni interes, obče dobro, javna potreba, poseben pomen, prednosti, razlogi pravičnosti, javna korist, dostojno opravljanje službe, poklica, varovanje narave, okolja...

dogodke in stanja, ki imajo skupno pomensko vsebino. Uporaba nedoločnih pravnih pojmov sama po sebi ne pomeni kršitve načela določnosti predpisov. Tudi opredelitev prepovedanega ravnanja z nedoločnim pravnim pojmom sama po sebi ni ustavno nedopustna. Vsebina nedoločnega pravnega pojma se določi glede na cilj urejanja zakonske materije v vsakem konkretnem primeru posebej in mora biti skladna z Ustavo. Pri tem je pomembno, da stopnja nedoločnosti pravnega pojma ni previsoka. Vendar pa tega za pojem zlorabe pravice ni mogoče trditi. Upoštevaje splošni pomen tega pojma, to je uveljavljanje ali izvrševanje pravice v nasprotju z namenom, zaradi katerega jo pravni red postavlja, pomeni namreč izpodbijana določba zadostno podlago za to, da bo mogoče v konkretnih primerih presoditi, ali javni uslužbenec zlorablja omejenjavi pravici. Podobno velja glede očitkov predlagatelja, da ni jasno, kdaj so podani razlogi za sum zlorabe omenjenih pravic. Tudi v tem primeru gre namreč za nedoločni pravni pojem, katerega dokončno razlago bo oblikovala sodna praksa. *OdlUS*, št. U-I-136/07-13 z dne 10. 9. 2009.

Pri NPP imajo načeloma¹⁹⁶ sodišča poln¹⁹⁷ upravno-sodni nadzor. Ne gre za besede oz. besedne zveze pač pa njihovo umeščenost v celoten kontekst predpisa in predmetnega področja (kontingenčna ali situacijska teorija). 'Uprava je *prva* pristojna za vsebinsko opredelitev nedoločenega pravnega pojma pri odločanju o določeni pravici, obveznosti ali pravni koristi stranke (2. člen ZUP). Sodišče v upravnem sporu ni tisto, ki bi vsebino nedoločenega pravnega pojma samostojno opredeljevalo. Njegova primarna funkcija je v nadzoru nad tem, ali ga je vsebinsko pravilno napolnil pristojni organ uprave v okviru in skladno z namenom, ki ga je upravi določil zakonodajalec. Navedeno je odraz načela delitve oblasti (3. člen Ustave). Če sodišče v upravnem sporu ugotovi, da je zakonodajalec določen pojem pustil vsebinsko odprt

196 Mikro- in makro- ekonomski in politični razlogi narekujejo, da včasih zakonodajalec prepusti zaposlitev vsebine upravi. Na takih področjih je sodna presoja – zaradi težavnosti in kompleksnosti teme – bolj zadržana in poseže le, če gre za očitno napako pri presoji dejstev.

197 Pri NPP je treba biti zelo pazljiv, skrben, saj se lahko – ob odsotnosti pravnega občutka, skrbi za pravice drugih, transparentnosti in polne pravne odgovornosti – sprevržejo v pravo nočno moro: v literaturi se še vedno zasledi npr. določba 10. člena II. dela Pruskega splošnega zakonika (Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (1794) §. 10: »Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit, und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publico, oder einzelnen Mitgliedern desselben, bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizey“ (§. 10. Policija je institucija, potrebna za ohranitev javnega miru, varnosti in reda, ter za odvrnitev javnosti ali njenih posameznih članov, ki izpolnjujejo grozečo nevarnost). »Nemški nacional-socialisti so obtoževali rimsko pravo (ki ni pripoznavalo zahtev množic po upravljanju s celotnim narodom) za obstoj nezaposlenosti, ekonomsko nazadovanje in kapitalske monopole. Pomožna pravna sredstva (juristische Hilfsmittel) naj bi tako omogočila rabo nejasnih splošnih pravnih standardov (Generalklauseln), v skladu z načelom dobre vere (Treu und Glauben). Ponovno obujeno naravno pravo in nejasni pravni standardi sta dejansko omogočila odtegnitev pravo njegov normativni in zavezujoč karakter ne da bi bilo potrebno spremeniti katerikoli pozitivno veljavni zakon. Novi dinamizem, poosebljen v novi verziji doktrine sodne neodvisnosti, je tako prevzel kontrolo nad nemško pravno mislijo in prakso' (Kirchheimer, 1996, str. 144). Če NPP niso podvrženi sodni kontroli, če niso uporabljeni tam, kjer so nujno potrebni (glede na argumentirane razmere oz. okoliščine), če niso obrazloženi in ni pravnega sredstva zoper njih, predstavljajo lahko le krinko za arbitrarnost in samovoljo. Povezano z neučinkovitim delom parlamenta, z njegovim dajanjem posebnih pooblastil kabinetu (Ermächtigung), sprejemanjem praznih, tj. blanketnih zakonov, katerih vsebino nato zapolni pristojni minister (Blanketgesetze), z ustavno možnostjo sprejemanja zakonov s strani predsednika države, če se ustava »ne izvaja«, ali je ogrožena javna varnost, dobimo »recept« za nadomestitev prava z nujnostjo, ki je vodila v drugo svetovno vojno (gl. Schuermann, 1996).

zato, da prepusti njegovo vsebinsko opredelitev upravi, torej da gre za nedoločen pravni pojem upravnega prava, lahko sodišče v razlago uprave poseže le, če presodi, da glede na ustaljene metode razlage prava temu pojmu take vsebine ni mogoče dati' (sodba Vrhovnega sodišča RS, št. X Ips 9/2018 z dne 4.12.2019). NPP so usmerjeni v opredeljevanje in umestitev dejanskih okoliščin ali lastnosti nekega stanja v okvir zakonske norme. NPP so kot rečeno posledica abstraktnosti splošnih norm - v njih vsebovano hipotetično dejansko stanje zajame široko paleto življenjskih situacij na katere se norma uporabi. Smeri razvoja NPP lahko sledimo iz polne diskrecije uprave v polno vezanost uprave (in "nazaj", ko okoliščine ne dopuščajo polne opredelitve). Kdaj pomeni NPP hkrati tudi pravico do prostega preudarka je vprašanje, ki ga je treba pretehtati v vsakem primeru posebej glede na smisel in duh pravne norme ter njihovih razmerij. Glede na naravo dejavnosti, ki jih opravlja izvršilna oblast, lahko za nekatere upravne naloge ugotovimo, da so v mnogočem odvisne od trenutne makro in mikro ekonomske situacije, od stanja gospodarstva, financ in drugih sredstev, da nujno vključujejo elemente predvidevanja in sklepanja za vnaprej. V takih primerih zakonodajalec niti ne more (četudi bi to želel) predvideti vseh možnih situacij na način, da bi jih uredil v zakonu, tako da bi bilo možno že na podlagi zakona jasno in določno ugotoviti prihodnje stanje. Zakonske določbe se v takih primerih bolj osredotočajo na procesna varovala (načelo enakopravnosti, zadostna večina za sprejem), ki jih je treba upoštevati in na temeljna načela oziroma izhodišča, ki se jih ne sme zaobiti. Čeprav ne gre za diskrecijsko pravico, lahko rečemo, da mora izvršilna oblast slediti temeljnim ustavnim načelom, splošno veljavnim načelom mednarodnega prava in vsaj načelno ali grobo izraženemu namenu zakonodajalca (npr. da vlada izdaja predpise in sprejema druge pravne, politične, ekonomske, finančne, organizacijske in druge ukrepe, ki so potrebni za zagotovitev razvoja države in za urejenost razmer na vseh področjih iz pristojnosti države – 2. člen Zakona o Vladi Republike Slovenije).¹⁹⁸ Zaradi naraščajoče kompleksnosti upravnih nalog, zlasti na področju pospeševalne, storitvene in gospodarske dejavnosti moderne države, postaja strogo kondicionalna vezanost uprave vedno težja. V takih primerih zakonodajalec uporablja novo pravnonormativno tehniko. Gre za t. i. ciljno, namembno ali finalno vezanost uprave. Zakonodajalec določi izvršitev širšega kataloga ciljev in sredstev, ne da bi pri tem oblikoval jasno določitev s pomočjo kondicionalnih pravnih norm. Upravi je na ta način zaupan sorazmerno širok prostor prostega preudarka. Ima izbiro med mnogimi v pošteveh prihajajočimi cilji, ki si včasih med seboj nasprotujejo ali celo konkurirajo. Za doseg teh ciljev uprava sama določi sredstva,

¹⁹⁸ Francoski državni svet v zvezi s tem v okviru zadržane sodne presoje govori o splošnih pravnih načelih (»les principes généraux du droit«) in o očitni napaki pri presoji dejstev (»erreur manifeste d'appréciation des faits«) zaradi česar poseže v takšne akte vlade, medtem ko je kršitev zakona (»violation de la loi«) in zloraba pooblastila (»détournement de pouvoir«) stvar polne sodne presoje ne/utemeljenosti diskrecijskega upravnega pooblastila.

ki se ji zdijo najprimernejša za njihovo uresničitev. Adamovich opozarja, da v takih primerih prihaja do šibkejše vezanosti uprave na zakon in da je v takih primerih to potrebno kompenzirati z večjim poudarkom in spoštovanjem pravil postopka.

14.2 Interpretacija predpisa

Verbis legis tenaciter inhaerendum –
besed zakona se je treba trdno držati.

Interpretacija ali razlaga pomeni kar kaj razlaga, tolmači, delati, da postane komu kaj jasno, razumljivo, vzročno, logično utemeljeno, spoznati pomen, bistvo, dajati opis z bistvenimi znaki, tudi interpretacija, tolmačiti, izvajati, poustvarjati. Uporaba prava je vedno povazana z njegovo razlago; v idealnem smislu (ki seveda ne obstaja) uporabnik le izpelje pravno odločitev iz zakona (*le viva vox legis* – sredstvo, ki izreka zakon), ne da bi ga vsebinsko dopolnjeval, saj je samo odločitev opravil že zakonodajalec. Razlaga je “normativna konkretizacija” kar pomeni, da je predpis bolj ali manj ohlapen (vezan) okvir, ki ga je treba vsebinsko napolniti in mu omogočiti, da pravno ovrednoti življenjski primer, ki terja pravno rešitev. Pri obravnavi pomena posameznih pravnih vprašanj lahko torej naletimo – ob enakem besedilu – na različne razlage. Tudi sodišča včasih dopustijo skorajda diametralno nasprotno razlago namena določenega pravila.¹⁹⁹ Znan rek o različnih mnenjih (“trije pravniki – deset mnenj”) v sebi skriva več kot pravne probleme; s podobno vsebino ga lahko apliciramo tudi na ekonomiste, sociologe in druge poklice. Problemi vsakršnega (spo)razumevanja izhajajo iz osnovnih značilnosti jezika. Vsak, ki se sreča z nerazumljivim ali dvoumnim tekstom, uporabi različne načine za razlago njegovega pomena, za ugotovitev “pravega” namena zakonodajalca. V sodobnem zakonodajnem postopku je zakonodajalec obremenjen z vse večjim številom predlogov predpisov, ki jih v večinski meri pripravlja izvršna veja. Takšno izhodišče, na podlagi katerega bi lahko ugotavljali pravi *namen*²⁰⁰ zakonodajalca je že iz tega razloga (če ni izrecno zapisan pa še toliko bolj) na trhli osnovi. Ne glede na omenjeno dejstvo, je za zakonodajno in izvršno

¹⁹⁹ Takšen primer je npr. odločitev Ustavnega sodišča RS (št. U-II-1/12 in U-II-2/12) glede ne/dopustnosti referendumu glede Zakona o Slovenskem državnem holdingu in Zakona o ukrepih RS za krepitev stabilnosti bank: če je do te presoje referendumskih zadev sodišče najprej presojalo, ali je veljavni zakon v neskladju z Ustavo, nato pa je – če je ugotovilo, da je veljavni zakon protiustaven – presojo nadaljevalo še z ugotavljanjem, ali sprejeti zakon, ki naj bi bil predmet odločanja na referendumu, obstoječo protiustavnost odpravlja na ustavnoskladen način. V tem primeru je sodišče opustilo presojo glede ne/skladnosti z ustavo in se zadovoljilo z ugotovitvijo, da po uveljavitvi zakonov še vedno obstaja možnost sanirati morebitno protiustavnost sprejete zakonske ureditve z institutom ustavnosodne presoje zakona. Sodišče se je ustavilo že pri tehtanju ustavnih dobrin, ki so v koliziji s pravico zahtevati razpis zakonodajnega referendum in se odločilo v prid prvih (gl. tč. 51). Sodišče je opustilo presojo, ki bi bila skladna z načelom sorazmernosti in uporabilo ameriški test tehtanja (mogoče ne da bi se tega sploh zavedalo).

²⁰⁰ Čeprav je zakonodajna pristojnost v rokah parlamenta in določanje temeljnih pravic in obveznosti parlamentarni monopol, se v ureditev oz. opredelitev namena vključujejo tudi podzakonski elementi z izdajanjem podzakonskih aktov, ki ne le da podrobneje urejajo, pač pa lahko bistveno prispevajo k vsebini posamezne pravice in obveznosti. Kaj pa bi sicer lahko ti akti urejali izven tehničnih predpisov?

oblast odločilnega pomena spoštovanje legalitetnega načela. Zakon mora biti sicer vsebinska podlaga za izdajanje podzakonskih predpisov in posamičnih aktov izvršne oblasti, a ob tem vsebinsko interpretacijo zakonskih določil poleg sodne in zakonodajne²⁰¹ izvaja, ne le tudi, pač pa prvenstveno (glede na število izdanih upravnih aktov v primerjavi s sodnimi in zakonodajnimi) izvršna veja oblasti. Če sodna veja izvaja sodno razlago zakona pri presoji splošnih in posamičnih aktov, ki sta jih izdali ostali veji oblasti, izvršna veja izvaja "upravno razlago" splošnih aktov zakonodajalca z izdajanjem splošnih odvisnih in posamičnih aktov ter z upravnim (instančnim in inšpekcijskim) nadzorom nad spoštovanjem predpisov.

Razlaga zakona oziroma dopustnost delegacije zakonodajnih pristojnosti na izvršno vejo oblasti (prek katere se nadalje izvaja razlaga zakona s sprejemanjem podzakonskih aktov) je vprašanje, ki se je zastavljalo od 18. stoletja dalje in se razrešilo v pred slednje. Nastanek pravne države je izvršni veji poleg (že v absolutizmu prisotne) učinkovitosti izvajanja nalog dodal skrb za spoštovanje načela zakonitosti in za varovanje pravic posameznika (glede na pravice skupnosti). S tem je izvršna veja glede na število nalog dejansko prva v vrsti dobila nalogo varovanja načela zakonitosti. Problem nastane v tem, da se dejansko izvajanje oblasti ne ujema z zgoraj omenjeno "šolsko" razlago načela delitve oblasti – meje so spolzke, porozne, gibke in odvisne od konteksta posamezne zadeve. Te značilnosti se kažejo tudi v vsebini sprejetih podzakonskih aktov in pod vprašaj postavljajo meje dovoljenega zakonskega delegiranja. Zdi se, da pravna razlaga ni nikoli hermetično "pravna", da je "pravnost" rezultat "sprejemljivosti" tudi drugih vzrokov in učinkov.²⁰² Do katere meje gredo lahko torej ravnanja izvršne veje oblasti, kje in kako postaviti razmerje med učinkovitostjo in zakonitostjo? Izvršna veja poleg načela zakonitosti sledi tudi vrsti drugih načel (uspešnost, učinkovitost, strokovnost, častnost, racionalnost), ki jih lahko umestimo v okvir izvajanja zakonodajnih ciljev, medtem ko zakonodajna veja sledi tudi političnim ciljem. Izhodišče obravnave so splošni (pod)zakonski akti, pri čemer se jedro obravnave osredotoča na iskanje navidezne točke, v kateri pristojnosti izvršne veje izhajajo iz zakonodajalca, se prelivajo v načelo samostojnosti ter kažejo v realnem življenju.

Interpretacija je posebna metoda dela uprave v primerih, ko je upravni organ pri uporabi abstraktne in splošne pravne norme (predvsem originarne) v dvomu glede načina njene uporabe. Načelo določnosti/jasnosti pravnih pravil (*lex certa*) – kot podnačelo pravne države – zahteva, da so pravna pravila tako oblikovana, da je mogoče ugotoviti (kar ne pomeni, da jih ne bi bilo treba razlagati) njihovo vsebino in namen. Po ustaljeni ustavnopravni presoji pravno pravilo ni določno le tedaj, kadar

201 V državah, kjer poznajo avtentično razlago zakona s strani parlamenta.

202 V pravu je veliko več kot pravo; redukcionistično obravnavo (zgolj pravnih institutov) je treba osvetliti s holističnim pristopom (pravo je zmes tudi logičnih, psiholoških, zgodovinskih idr., tj. kontekstualnih izhodišč).

se z ustaljenimi metodami razlage (metoda je pot, način prek katerega pridemo do cilja; gre za načineki privedejo do razumevanja sporočila, ki je vsebovano v pravnih aktih) ne da ugotoviti njegove vsebine (nastop protiustavne pravne praznine²⁰³). Tu ločimo dve poti: i) tradicionalna (razlaga v skladu z besedoslovnimi, slovnimi in stilističnimi pravili jezika rekonstruira besedni pomen pravne norme; je (le) prva stopnja, ki določa možni besedni pomen pravne norme, a hkrati stopnja, ki določa zunanjo mejo, ki ne ne smemo prestopiti; zožuje se na besedoslovno-logično-slovnico razčlenjevanje) in ii) modernejša (celovitejša, zgradba in delovanje jezika, lingvistika in semiotika – šele kontekst je tisti, ki določa pomen jezikovnih znakov; pomen ni enostavno razmerje beseda-resničnost, ampak to razmerje posreduje kontekst besede in praksa, način njene uporabe). Logična razlaga z logičnim mišljenjem preizkusi jezikovno razlago, pa drugi pa nam omogoča, da z njo ugotovimo tudi nove pomene, ki jih ni mogoče doseči z drugimi metodami razlage. Zakonsko besedilo, ki je oblikovano v nasprotju s pravili formalne logike, vsebuje misli, ki naj bi jih razlagalec izločil kot nesmiselne in protislovne, ali pa gre za nasprotja, ki jih mora odpraviti in preseči. V tej zvezi so pomembni temeljni zakoni logičnega mišljenja, kot so zakon istovetnosti, zakon protislovja, zakon izključene tretje možnosti in zakon zadostnega razloga. V primeru, ko je sporočilo pravnega pravila kot celota protislovno ali nesmiselno, velja, kot da pravnega pravila ni; gre za pravno praznino, ki jo je treba zapolniti.

Sistematična razlaga gleda na pravni sistem kot celoto (enotnost, povezanost in popolnost), določa pomen jezikovnih znakov glede na njihovo umeščenost v zunanji in notranji pravni sistem za odpravo kolizij. Glede zunanjega sistema gleda kakšna je zunanja podoba in zgradba zakona, gre za delo pravodajalca, ki oblikuje posamezna pravna določila in jih razporeja v ožje in širše enote, ki skupaj sestavljajo splošni pravni akt; temeljno sporočilo nosi že ime zakona, naslovi posameznih poglavij, oddelki, pododdelki itd. Notranji sistem pove, kakšna je vsebinska povezanost in struktuiranost predmeta, ki je pravno urejen; je vsebinsko, hierarhično in časovno usklajena celota oz. je treba to skladje doseči, če so v njem nasprotja. Argumenti, s katerimi to dosežemo so argument specialnosti, argument hierarhije – avtoritete in časovni (kronološki) argument.²⁰⁴

V okviru *zgodovinske* razlage gre za raziskovanje zgodovine nastajanja akta (genetična razlaga glede na pravodajni postopek, razlogi za izdajo zakona, družbene razmere-occasio legis), primerjavo prejšnjega in novega predpisa, gospodarske, politične in kulturno-civilizacijske razmere in značilnosti obdobja, družbeni kontekst, ki sledi

203 V primeru, da Ustavno sodišče ugotovi pravno praznino z ugotovitveno odločbo, določi normodajalcu rok za odpravo protiustavne pravne praznine v smislu 48. člena Zakona o Ustavnem sodišču; tu ima Vlada zakonodajno iniciativo (drugi odstavek 2. člena Zakona o Vladi RS).

204 Klasična sistematična razlaga, kot se je izoblikovala v okviru pravne vede, dejansko ne naslavlja celotnega sistema; slednji je nameč vedno vezan predvsem na relacije, povezave med posameznimi deli, na povratno zvezo in ugotavljanje vzorcev rezultatov glede na vnaprej postavljene kazalnike.

uveljavitvi zakona. Razlikujemo subjektivistično (odkrivanje volje zakonodajalca – originalizem–tekstualizem) in objektivistično (dinamična - pragmatizem) razlago. Namenska (teleološka) razlaga se usmerja na namen, cilj pravnega pravila, pri čemer *namen ni pomen!* Slednjega (kot razlago) ugotovimo v kombinacijah z drugimi prvimi, ki sodoločajo pomen besedila.

Glede *namena* si lahko pomagamo z namenom zakonodajalca – z odgovorom na vprašanje, kakšen cilj je zakonodajalec zasledoval pri določanju vsebine norme (t. i. *ratio legis*).²⁰⁵ Temu namenu mora slediti interpretacija in raba norme; namen se da najpogosteje ugotoviti iz pripravljanih gradiv, ki so služila v postopku sprejemanja originarne norme za njeno obrazložitev (vzroki-razlogi za sprejem predpisa ≠ namen predpisa = razlog utemeljuje, podpira ravnanje ali odločitev, namen se osredotoča k uresničitvi želene stanja). Razlogi morajo biti navedeni v – takrat še – predlogu zakona, kriteriji in merila za urejanje pravic in delo uprave pa v zakonu (zakonskem tekstu). Namen zakonodajalca in namen predpisa se vse bolj razlikujeta s spremenjenimi okoliščinami (originalizem ≠ tekstualizem); pri razlagi ne gre spregledati pomena temeljnih načel predpisa (in javnega interesa)! A pazi: kjer je namen “kralj”, to tekst potem vsekakor ni” – če sami prosto izluščimo pomen teksta iz namena (tega, kar mi mislimo da je) in ne *iz pomena teksta*, smo kot razlagalec prosti, da se vzpenjamo po “lestvi namenov”, glede na želeno raven, ki smo si jo sami izbrali. Končnega meta-pravila po drugi strani ni: njegov končni nosilec je vselej tisti, ki (naj se odgovorno, tj. z upoštevanjem metod razlage) odloča v konkretnem primeru. Problem interpretacije in uporabe pravil ne temelji le na pravu, pač pa tudi v bistrosti, ostroumnosti osebe. Kant v Kritiki čistega uma pove, da razum kot

obča logika ne vsebuje nobenih predpisov za razsodno moč [subsumpcija dejstev pod pravno normo oz. presoja, ali se ugotovljena dejstva konkretnega življenjskega dogodka prilegajo opisu abstraktnega dejanskega stanu iz pravne norme] in jih tudi ne more vsebovati. Kajti ker abstrahira od sebe vse vsebine spoznanja, ji ne ostane nič drugega kot opravilo, da analitično razstavlja golo formo spoznanja v pojmih, sodbah in sklepih in tako oblikuje formalna pravila vse razumske rabe. Ko bi hotela obče pokazati, kako naj subsumiramo pod ta pravila, tj. razlikujemo, ali nekaj stoji pod njimi ali ne, tega zopet ne bi mogla storiti drugače kot po nekem pravilu. Razum sicer je mogoče učiti in opremiti s pravili, razsodna moč pa je poseben talent, ki se ga ne da poučiti temveč le izuriti. Zato je razsodna moč tudi tisto specifično tako imenovane prirojene bistrosti, katere pomanjkanja ne more nadomestiti nobena šola.

Da je na delu še neka, pred samimi pravnimi določbami, predhodna stvar, je opazil tudi Nietzsche; vero v identičnost primerov postavi v asimilacijo, ki neenake prime-

²⁰⁵ Glede namena zakonodajalca gl. tudi pogl. 12.3.1.1 Namen zakonodajalca.

re izenačuje in jih napravlja podobne,²⁰⁶ s čimer je nakazal pravzaprav na logične zakone identitete, kontradikcije in izključenega tretjega. Ti zakoni so bistveni element izurjene razsodne moči, ki ji lahko rečemo tudi *intuicija*. Nobelov nagradjenec Kahneman pravi, da tudi intuitivne, strokovne odločitve predstavljajo pravo veljavnost, če so sprejete v okolju, ki je zadostno regularno, da postane predvidljivo, in če obstajajo priložnosti za učenje teh regularnosti prek dolgotrajnejše prakse, medtem ko so v nepredvidljivem okolju najboljša podlaga za odločitev statistični algoritmi (Kahneman, 2013, str. 240–241). Kadar torej dogodek, stvar subsumiramo pod določene pojme, lahko to storimo na podlagi identičnosti, različnosti, skladnosti njene vsebine z vsebino primerjanih pojmov (log. zakoni identitete, difference, izključenega protislovja, zadostnega razloga [kavzalnosti]). Zato se ne da učiti sojenja (odločanja) samega, temveč samo ponavljanje sodb za drugimi. “Presodnost” (zmožnost razpoznavati vsebinske podobnosti in analogije ter razlike in popolne različnosti stvari) pomeni bistrost in ostroumnost. Presodnost je zato tem bolj prefinjena, natančna in proniciljiva, čim bolj kompleksna, skrita in bistvena so soglasja, razhajanja, primerjanja in nasprotovanja med stvarmi, ki jih opaža.²⁰⁷ Interpretacija predpisa je tako tesno povezana s presojo vestnega posameznika. Izpostaviti je treba posameznika, ki odloča. Da lahko razlagajo tudi upravni organi (beri javni uslužbenci – in ne le sodišča) je potrdilo tudi Ustavno sodišče RS: ‘[u]stavno določeni pravni red zagotavlja spoštovanje ustavnosti v postopkih pred upravnimi organi in sodišči. Tako upravni organi kot še zlasti sodišča *lahko z ustrezno razlago nejasnega zakona zagotovijo njegovo uporabo, ki bo skladna z Ustavo*. Kadar se z razlago zakonske norme že v postopku pred pristojnim sodiščem zagotovi njena uporaba v skladu z Ustavo, ni pravovarstvene potrebe za odločanje Ustavnega sodišča.’²⁰⁸

14.3 Pravna praznina

Pravodajalec teži k temu, da bi s formalnimi pravnimi viri zajel vsa družbena razmerja, ki pravno urejanje terjajo in prenesejo (interesno konfliktna + razmerja ki potrebujejo pravno utrjenost); razmerja, ki niso urejena, niso predmet prava; so v domeni človekovega svobodnega ravnanja. O pravni praznini govorimo, kadar neko družbeno razmerje, ki je tako pomembno, da bi moralo biti pravno urejeno (t. i.

206 ‚Sodba – to je vera: »To je tako in tako«. Torej tiči v sodbi priznanje, da se srečujemo z »identičnim primerom«: predpostavlja torej primerjavo in si pomaga s spominom. Sodba ne ustvari tega, da bi bil viden tu kakšen identičen primer. Veruje namreč, da takega zaznava; dela s predpostavko, da sploh obstajajo identični primeri. Kako se torej reče funkciji, ki je veliko starejša in je morala že prej delati, ki same po sebi neenake primere izenačuje in jih napravlja podobne? Že pred sodbo mora biti opravljen postopek asimilacije: tako gre torej tudi tu za neko intelektualno dejavnost, ki ne pade v zavest, kakor pri bolečini, če se ranimo. »Naj kakšno stvar še tako močno verjamemo: v tem ni kriterija resnice«. Bistveno je izhajati iz telesa in ga uporabljati kot vodilo. Kriterij resnice je v stopnjevanju občutka moči. F. Nietzsche, *Volja do moči*, Slovenska matica, Ljubljana 1991, 304-306.

207 Prim. podobnost med starši in otroci, med dvojčki? Za ene zelo, za druge nikakor?

208 OdlUS, št. U–I–85/96 z dne 20.11. 1997 (*poudarek dodan*).

“normativna moč dejanskega” ali “dejstvenost prava”), *ni* pravno urejeno. Ni namreč vse, kar ni urejeno, pravna praznina. Pravna praznina obstaja, ko za pravno relevanten življenjski primer ni mogoče najti zakonsko vnaprej predvidenega pravnega pravila (Pavčnik, 1997, str. 259). Pravna praznina obstaja tudi v primerih, ko zakonsko besedilo – v nasprotju s pravili formalne logike – vsebuje misli, ki jih mora razlagalec izločiti kot nesmiselne in protislovne, ali pa gre za nasprotja, ki jih mora odpraviti in preseči. V tej zvezi so posebej pomembni zakoni logičnega mišljenja, kot so zakon istovetnosti, zakon protislovja, zakon izključene tretje možnosti in zakon zadostnega razloga. V primeru, ko je sporočilo pravnega pravila kot celota protislovno ali nesmiselno, velja, kot da pravnega pravila ni in da gre za pravno praznino, ki jo je treba zapolniti.

Celovitost pravnega sistema ne obstaja, pozitivna zakonodaja ne more rešiti vseh primerov, zato bodo vedno primeri, ki jih ni mogoče podrediti pod “svoje” pravilo, ker zakonodajalec takega primera ni predvidel ali ga je spregledal. Pravni sistem je zato porožen, nedokončan. Ti pojavi – ko za ureditev določenega upravno-pravnega razmerja ne najdemo veljavnega splošnega pravila – so znani kot pravne praznine (*lacunae legis*). Gre za pojave v pravu, ki bi morali ob nastanku primera le-tega pravno zajeti, urediti in rešiti, vendar na razpolago ni pravne norme (zaradi nepazljivosti, razvoja, novih vrednostnih opredelitev, tehnologij, itd.). Pravnim prazninam se zaradi kompleksnosti družbenega življenja ni mogoče izogniti, včasih pa niti ni primerno, da bi se jim izognili – če bi se jim poskušali izogniti, bi bila lahko zunaj prava pomembna področja družbenega življenja, kjer še posebej pride do izraza človekova svoboda do izražanja, prostega dogovarjanja in svobodnega življenja (npr. obligacijska, družinska, dednopravna razmerja). V kolikor teh razmerij po drugi plati ne bi pravno zapolnili, bi bil ogrožen nemoten potek blagovnega prometa, prehod premoženja, družbeni red itn. Pravne praznine moramo obravnavati preudarno in v skladu z naravo prava. Na nekaterih področjih moramo obstoj pravnih praznin še posebej izključiti, saj bi bilo njihovo zapolnjevanje v neskladju z načeli pravne varnosti. Tako v naši, kot tudi v drugih demokratičnih državah velja, da ni kaznivega dejanja in kazni brez zakona²⁰⁹, kar je uveljavljeno v kazenskem pravu. Kazenski zakonik zelo posega v človekovo prostost. V primeru, da bi tukaj pravne praznine obstajale, bi pomenilo, da lahko na primer sodišče opredeli neko človeško ravnanje kot kaznivo, čeprav ga zakon ne predvideva kot kaznivo dejanje, in človeka zanj tudi kaznuje. V tem primeru ostaja nevarnost zlorabljanja oblasti iz strani državnih organov.

²⁰⁹ Gre za znano načelo kazenskega prava, *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia poenali*. Gre za osnovno vodilo v kontinentalnem evropskem pravnem mišljenju. Napisal ga je Paul Johann Ritter von Anselm Feuerbach kot del Bavarskega kazenskega zakonika leta 1813.

Glede na nastanek so lahko začetne in naknadne.²¹⁰ V mejna stanja bi lahko uvrstili splošnost pravnih pravil, primere pravnega izrazoslovja, nedoločeni, a določljivi pravni pojmi, neskladje, razkorak med nameravanim in dejansko izraženim pravilom, pomanjkljiva tehnična dorečenost pojava, nepopolnost pravne norme, uporabo pravnih standardov ... Klasična pravna praznina izhaja iz nepopolnosti v izvedbi ter zasnovi zakonske ureditve. Ta nepopolnost ni nikoli tako velika, da bi zajemala pravno področje v celoti ali nek pomembnejši del pravnega področja, vendar gre le za vrzeli, zevajoče v zakonsko urejenem sklopu družbenih razmerij. Te vrzeli se nanašajo na to, da zakonsko vnaprej predvidenega pravnega pravila, s katerim je mogoče razrešiti pravno relevanten življenjski primer, ni mogoče najti. Poznamo več vrst klasičnih pravnih praznin. Tiste, ki sicer niso vsebinsko napolnjene, povzročajo najmanj težav, saj jih je predvidel že sam zakonodajalec (prav tam). Takšno vrsto notranjih praznin rešujemo z analogijo oziroma s sklepanjem po podobnosti v mejah možnosti, ki so nam dane znotraj posameznih pravnih pravil.

Za razliko od interpretacije norme se prava pravna praznina nanaša na ne-obstoj, *odsotnost* norme. Če se nejasne, večpomenske ali nasprotujoče norme lahko tolmači s pomočjo tehnik razlage (*argumentum a completudine*), ne gre za praznino (interpretacija kot zgoščevanje, sintriranje poroznih pravil) oz. gre za nepravo zakonsko praznino. Če ne moremo priti do pravila ravnanja niti glede pravil skladnosti pravnih določb, če ne najdemo pravila za rešitev primera, gre za pravno praznino v "relativnem" smislu, saj jo lahko zapolnimo s splošnimi načeli pravnega reda v državi v skladu s pravnim izročilom in z utrjenimi spoznanji pravne vede (t. i. *ratio iuris*).²¹¹ V primeru praznine, tj. odsotnosti norme, ki bi vsebovala bistvene elemente konkretnega dogodka mora pristojni upravni organ ugotoviti, kako naj jo zapolni. Iz zakona izlušči merila, s katerimi je mogoče reševati primere, ki niso pravno neposredno urejeni, če pa v zakonu te opore ne najde, se mora opreti na merila, ki imajo širši pomen. Uradna oseba, javni uslužbenec²¹² (še pred sodnikom) ne odloča namesto

210 Pri začetnih pravnih prazninah se zakonodajalcu lahko zgodi, da ob izdaji zakona ali drugega formalnega pravnega akta spregleda tista družbena razmerja, ki bi morala biti pravno urejena. Kadar se pojavijo takšna družbena razmerja tedaj, ko je formalni pravni vir že oblikovan, imenujemo to naknadna pravna praznina. Naknadne pravne praznine kažejo, da dopolnjevanje formalnih pravnih virov in prilagajanje družbenim razmeram težko sledijo vedno bolj dinamičnemu družbenemu življenju (Pavčnik, 1997, str. 260).

211 Kelsen je zaradi tega menil, da 'pravnih praznin v smislu, da v nekem pravnem sporu ne bi mogli sprejeti odločitve v skladu z veljavnimi normami, ker zakona – kakor pravimo – ni mogoče uporabiti zaradi odsotnosti predpisa, ki bi se nanašal na ta primer, sploh ni ... če v nekaterih primerih vendarle govorimo o »praznini«, to ne pomeni, da odločitev zaradi odsotnosti ustrezne norme sploh ni logično možna, temveč le, da je – logično možna – ugodilna ali zavrnilna odločitev z vidika instance, ki je poklicana, da uporablja zakon, do te mere nesmotrna ali nepravilna, da se vsiljuje domneva, da zakonodajalec sploh ni pomislil na tak primer in bi, če bi ga imel v mislih, odločil drugače ... t. i. »praznina« torej ni nič drugega kot razlika med pozitivni pravom in redom, ki ga imamo za boljšega, pravičnejšega in pravilnejšega' (Kelsen, 2005, str. 86-87).

212 Na tem mestu je treba poudariti, da je Ustavno sodišče RS (*odlUS*, št. U-I-225/96 z dne 15.1.1998) v nasprotju z Vrhovnim sodiščem ugotovilo, da je uporaba zakonske in pravne analogije v upravnem postopku *dovoljena*, kar pomeni, da se pravno praznino lahko zapolni z ustreznno razlago zakona. Po mnenju Ustavnega sodišča je uporaba analogije – prek sklicevanja na četrti odstavek 153. člena Ustave RS, ki se nanaša na akte in dejanja vseh državnih organov – dovoljena in se nanjo sklicuje že v svoji odločbi št. U-I-25/92 z dne 4. 3. 1993.

zakonodajalca, ampak ravna namesto njega tako, kot bi bil "on" zakonodajalec; akt s katerim se zapolni pravna praznina, je individualen in posamičen. Velja za konkretni primer, vendar je naravno, da se bodo državni organi zgledovali po njem tudi pri drugih podobnih primerih. Zapolnjevanje pravnih praznin se izvaja prek zakona (kontinentalna pravna tradicija) ali prek "case-law" (v anglo-ameriški pravni tradiciji) in jih zapolnjujemo glede na to ali so neposredno (ne)urejeni primeri med seboj: v bistvenem enaki (argumentum a simili ad simile – sklepanje po podobnosti, analogija), v bistvenem različni (argumentum a contrario – sklepanje po nasprotnem razlogovanju) ali v toliko bistvenem neenaki, da jih je treba neenako pravno vrednotiti (argument teleološke redukcije). Skupni imenovalac teh argumentov je načelo pravne enakosti. Za "absolutno" praznino bi potemtakem šlo le, če bi imela norma popolnoma nesmiselno²¹³ vsebino, zaradi česar bi postala tudi nezakonita, ker je nejasna. Za upravo velja ustavno načelo zakonitosti, kar pomeni, da bo uprava pravilno zapolnila praznine le, če jih bo sodišče sprejelo kot dopustno razlago posameznega zakonskega pravila. Ker se transakcijski stroški minimizirajo z zagotavljanjem učinkovitih pravil, naj organi sledijo pravilu, ki zagotavlja učinkovite določbe.

V našem pravnem redu je najbolj izrazit primer odločanja v primerih pravnih praznin Zakon o sodiščih;²¹⁴ gre za t. i. *argumentum a completudine* kot razlagalni argument, ki temelji na domnevi, da je pravni sistem popoln, ker je v njem vselej mogoče najti pravno pravilo, s katerim razrešimo katerikoli pravni problem. V ožjem pomenu gre za ideologijo, po kateri je pravni sistem v tolikšni meri popoln, da v njem ni pravnih praznin. Argumentum a completudine pove ali sploh gre za pravno praznino in omogoča, da s pomočjo pravnega sistema najdemo pravno pravilo, s katerim pravno praznino²¹⁵ zapolnimo. Od pravne praznine moramo ločiti t. i. tehnične praznine, ali druge posamezne sklope vsebin, kjer zakonodajalec vnaprej prepusti zapolnitev določene vsebine zaradi njene kompleksnosti, zapletenosti, izvršni veji ali

213 Norma ima lahko tudi nesmiselno vsebino. V tem primeru ji nobena interpretacija ne more pomagati, da bi dobila smisel. Kajti z interpretacijo ne moremo iz norme potegniti nečesa, česar ne vsebuje že sama po sebi.

214 Zakon o sodiščih, 3. člen:

Sodnik je pri opravljanju sodniške funkcije vezan na ustavo in zakon. V skladu z ustavo je vezan tudi na splošna načela mednarodnega prava in na ratificirane in objavljene mednarodne pogodbe.

Če se civilnopravna zadeva ne da rešiti na temelju veljavnih predpisov, upošteva sodnik predpise, ki urejajo podobne primere. Če je rešitev zadeve kljub temu pravno dvomljiva, odloči v skladu s splošnimi načeli pravnega reda v državi. Pri tem ravna v skladu s pravnim izročilom in z utrjenimi spoznanji pravne vede.

Sodnik ravna vselej tako, kot bi imel pred seboj nedoločeno število primerov iste vrste.

Sodniki morajo o pravicah in dolžnostih ter o obtožbah odločati brez nepotrebnega odlašanja, neodvisno in nepristransko.

215 Primeri pravnih praznin:

- za izkop naplavin je potrebno vodno-gospodarsko soglasje; tega ni možno dobiti, če oseba nima koncesije, država pa slednjih ni podeljevala;
- stanje, ko je bilo področje črpanja naplavin pravno sicer regulirano z zakonom, ki pa se s strani države zaradi nastale pravne praznine ni izvajal, istočasno pa se je dopustilo izvajanje dejavnosti proti odškodnini v obliki plačila vodnega prispevka, pomeni le drugačno izvajanje zakona. Z drugimi besedami je torej država takšno početje v kritičnem obdobju legalizirala;
- ker je ustavno sodišče vtoževano plačilo kvalificiralo kot javno dajatev, obrtni zakon pa ne določa osnovnih izhodišč za opredelitev višine te obveznosti, gre za pravno praznino.

posamezni stroki. V takih primerih lahko govorimo o izvršilni klavzuli za sprejem podzakonskega predpisa, o nedoločenih pravnih pojmih ali strokovnih standardih, katerih vsebino je treba šele zapolniti ali upoštevati glede na razvoj posameznega dejanskega stanu ali področja.

Kljub morebitno jasno izraženemu namenu zakonodajalca se zgodi, da določenega vprašanja dejansko ni uredil. Ne da bi se spuščali v razprave o tem, ali ni izražen namen zakonodajalca po delegiranju "zgolj lov na divje race" (Scalia, 1989, str. 517), ker zakonodajalec večinoma sploh ne pomisli na to (tu imajo interpretativni podzakonski predpisi svojo osnovo), se pojavi staro vprašanje originarnosti. 'Abstraktne upravne norme naj bi imele po vsebinski plati svoj temelj v originarnih normah in smejo urejati le tisto, kar je že na načelen način urejeno z originarnimi normami'.²¹⁶ Podzakonski predpisi naj ne bi urejali novih položajev; kdaj je neko vprašanje tako oddaljeno od zapisane zakonske norme da dobi oznako "novega" je vprašanje, ki se ga ne da rešiti izven konkretnega primera. Tudi podzakonski predpisi vrednostno urejajo položaj, vendar morajo pri tem izhajati iz zakona, biti morajo v njegovem okviru in treba je paziti na to, da njihovo urejanje niti posredno ne onemogoča izvrševanja človekovih pravic. Kjer zakonodajalec ne poda svojega jasnega namena po delegaciji pristojnosti, ga najde izvršna veja, kasneje pa tudi sodna, vsaj posredno iz celotne razlage določb, zgodovinskih okoliščin in pripravljalnih gradiv. V tem delu odločata tako uprava kot sodišče v vrednostnem polju. Za zapolnjevanje praznin ne moremo uporabiti klasične subsumpcije primera pod določeno normo, saj norme ni. Lahko se opremo na podobno normo in sklepamo po analogiji, vendar hkrati odločamo tudi vrednostno.

Če je namen zakonodajalca jasen, potem se ga je treba držati. Če namen ni jasen, se zgodi situacija, ki jo je opredelil Eugen Ehrlich v delu *Grundlegung der Soziologie des Rechts* leta 1913: ne gre za navadno subsumiranje, pač pa za ocenjevanje, primerjanje in zaščito *interesov* s strani uradnika ali sodnika (2009). Po Ehrlichovi metodi tako kot zakonodajalec zaščiti določen interes, tudi sodnik oceni nasprotujoče si interese, da realizira zakonodajalčevo tehtanje interesov v svoji odločitvi. Pri tem je nujna primerjava. Ko se ugotovijo nasprotujoči si interesi, jih je treba na podzakonski ravni *primerjati z interesi*, ki so bili ocenjeni in uravnoveženi na zakonski ravni. Ehrlich je definiral praznine ne glede na jezikovno razlago oziroma pomen besed v zakonu, pač pa glede na to, ali so bili konfliktni interesi že tehtani na zakonski ravni. Ne gre za pomenski obseg besede, pač pa za interese, ki so bili deležni zaščite na zakonski ravni. Za zapolnitev praznin sodnik tehta med interesi, ki se pojavljajo v družbi in njenih asociacijah kot pravna dejstva; sodnik tu podrejeno stopi na mesto zakonodajalca in tehta nasprotujoče interese ter daje prednost tistim z večjo težo. Svojo normo

²¹⁶ Tako npr. OdlUS, št. U-I-326/97 z dne 4. 6. 1998.

za odločitev sodnik najde iz “živega” prava, ki uravnava življenje, po katerem ljudje dejansko živijo.²¹⁷ Gre za Jellinekovo “normativno moč dejanskega”, ki najde mesto v Ehrlichovi “normi za odločitev” oziroma Poundovi ločitvi med dejanskim pravom in tistim, ki je zapisano v knjigah (“*law in action*” ter “*law in books*”).²¹⁸ Enako velja za izvršno vejo pri izdajanju podzakonskih predpisov – znotraj jasnih zakonskih mej odloča med interesi, ki si želijo priznanja in zaščite. Poznati mora interese, ki so si prizadevali za zakonsko raven in svojo odločitev uravnoteženo opreti na tiste, ki so prvim bližji, tj. tistim, ki so bližji dejanskemu pojmovanju prava v določeni skupnosti, po katerem se ljudje ravnamo, se mu podrejamo, na njegovi podlagi ukazujemo ter priznavamo njegovo veljavo.

Naloga pristojnega državnega organa je, da izhaja iz zakonodajalčeve zasnove in ugotovi, kje in v kolikšnem obsegu je vrzel nepopolna, da vsebinsko nepopolnost napolni na temelju pravnih pravil in načel, kot jih je oblikoval zakonodajalec (le podrobneje izvaja, kar je zasnoval že zakonodajalec, ostaja zvest vsebinski logiki prava), pri čemer se mora ravnati pravno dopustno, kar pomeni, da se mora “dvigniti” nad posamični primer in najti rešitev, ki bi bila tipična za vse (bistveno podobne) primere te vrste. Ko ugotavljamo, kaj je lahko predmet pravne praznine, moramo biti previdni saj moramo upoštevati načelo delitve oblasti, načelo vladavine prava in načelo pravne varnosti. Načelo delitve oblasti pravi da sodna in upravna veja oblasti ne ustvarjata pravnih pravil namesto zakonodajalca, vendar pa jih uporabljata in normativno konkretizirata zakon. Zakonodajalca je torej mogoče dopolnjevati v primeru pravnih praznin, če ne gre za tiste pravne praznine, ki jih zakonodajalec še ni uredil ali pa jih načrtno ne ureja. Načeli pravne varnosti in vladavine prava opozarjata, da v konkretnem primeru pravna odločitev temelji na zakonu, dejansko življenje in interesi pa pravijo, da je potrebno pravno urediti tudi tiste primere, za katere ne najdemo ustrezne neposredne opore v samem zakonu (Pavčnik, 1997, str. 260). Po mnenju Ustavnega sodišča (odlUS U-I-225/96 z dne 15. 1. 1998) je pri odločanju v upravnih postopkih upravnim organom dovoljena tako razlaga nejasnega zakona, ki bo skladna z Ustavo (sklep US št. U-I-85/96 z dne 20. 11. 1997) (t. i. zakonske in pravne pravne praznine) kot tudi uporaba analogije kot metoda za zapolnjevanje pravnih praznin (in se nanjo sklicuje tudi v svoji odločbi št. U-I-25/92 z dne 4. 3. 1993).²¹⁹

14.3.1 Sodna praksa o zapolnjevanju pravnih praznin

1. Logično je, da z zakonom ni mogoče vnaprej predvideti in urediti vseh možnih življenjskih situacij, zato je naloga sodnika, da v primeru pravne neurejenosti s

²¹⁷ Ta pravila po katerih ljudje v določenih organizacijah živijo deli na štiri dele: a) uporaba (nek običaj, obravnavan kot uporabna norma); b) razmerje podrejenosti in nadrejenosti; c) posest kontrole nad nečim in d) izjava volje (Ehrlich, 2009).

²¹⁸ Razlikovanje prvič omeni v delu: Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 *Am. Law Rev.* 12.

²¹⁹ Dodatno o tem gl. tudi 14.4.1 Primer neposrednega učinkovanja predpisa.

pravili razlage najde ustrezno pravno pravilo za rešitev konkretnega spora. Sodišče ne sme odkloniti sodnega varstva (2. člen ZPP). V primeru zakonskih praznin je naloga sodnika, da ugotovljeno vrzel v zakonu zapolni ... (sodba in sklep Vrhovnega sodišča VIII Ips 275/08, tč. 18)

2. Kljub morebitni ugotovitvi, da niso podane predpostavke za analogno uporabo [predpisa], to samo po sebi ne pomeni, da pravne praznine ni mogoče zapolniti z drugimi sredstvi, ki so na voljo za zapolnjevanje pravnih praznin. Pravne praznine ni mogoče zapolniti le, kadar določbe zakona ne dajejo pravne podlage za uporabo sredstev za zapolnjevanje praznine. Na vprašanje, ali je ... pravno praznino mogoče zapolniti in na kakšen način je to mogoče, pa mora najprej odgovoriti sodna praksa. Razlaga zakonov je namreč naloga "rednih" sodišč, Ustavno sodišče pa lahko v ravnanje rednih sodišč poseže in njihovo razlago zakonov nadomesti s svojo le v primeru, če ugotovi, da je razlaga "rednih" sodišč nezdržljiva s kakšno človekovo pravico. (odločba US U-I-297/02, tč. 9)
3. Pravna praznina sama po sebi ni v neskladju z Ustavo, neustavna je le, če se je z metodami razlage ne da zapolniti. Sodišča so to storila. V njihovo razlago, s katero so zapolnila pravno praznino, Ustavno sodišče lahko poseže in njihovo razlago zakonov nadomesti s svojo le v primeru, če ugotovi, da je nezdržljiva s kakšno človekovo pravico (sklep US Up 655/04, tč. 6)
4. Na podlagi citirane odločbe Ustavnega sodišča (s katero je bila ugotovljena protiustavnost tega, da zakon ne ureja pravice do delne pokojnine za samozaposlene zavarovance) torej še ni bilo postavljeno oziroma oblikovano tudi pravno pravilo ... Ker tega pravila tudi zakonodajalec v določenem roku (niti kasneje) ni oblikoval oziroma določil kot zakonske določbe, temveč ga je dejansko v citirani sodbi postavilo Vrhovno sodišče ... (sodba in sklep VS VIII Ips 299/2010, tč. 12)
5. [Zakon o davkih občanov] ne opredeljuje pojma uživalca stanovanja, gre torej za pravno praznino. Pač pa pozna civilno pravo osebne služnosti - užitek, raba in pravica stanovanja (pravno pravilo par. 509, 521, 522 ODZ) kot stvarne pravice rabiti in uživati tujo stvar brez vsake omejitve, vendar pa tako, da se ohrani substanca. Uživalec ima vsa upravičenja, kot jih ima lastnik stvari, z izjemo, da s stvarjo ne sme razpolagati. Upravni organi odločajo na podlagi ustave in zakonov, pri zapolnjevanju zakonskih pravnih praznin pa si lahko ob upoštevanju smisla in namena zakona pomagajo tudi z analogijo kot metodo razlage zakona, ki ga uporabijo (sodba Upravnega sodišča U 178/95)
6. Primer *exceptio illegalis*: Neobstoj podzakonskega predpisa, ki bi podrobneje določil tudi merila za določitev najnižje odškodnine, ne pomeni, da odškodnine za škodo zaradi posega v prostor ni mogoče določiti. Pravna podlaga temelja odškodninskega zahtevka je še vedno v prvem odstavku 78. člena ZVO [Zakon o varstvu okolja], oziroma drugem odstavku 35. člena ZVO, podrobnejših meril glede višine pa ni. Kljub temu sodišče oškodovancu ne sme odkloniti sodnega varstva.

V taki situaciji gre za takoimenovano delno zakonsko praznino, za praznino v posameznem formalnem pravnem viru ali še točneje za praznino na izvedbeni ravni zakona zaradi nesprejema ustreznega podzakonskega akta. V taki situaciji je naloga sodnika, da ugotovljeno vrzel v izvedbi zakonske zasnove zapolni in pri tem upošteva določena pravila. Pravno podlago za tako ravnanje mu sedaj tudi izrecno omogoča drugi odstavek 3. člena Zakona o sodiščih: če se civilnopravna zadeva ne da rešiti na temelju veljavnih predpisov, upošteva sodnik predpise, ki urejajo podobne primere. Če je rešitev zadeve kljub temu pravno dvomljiva, odloči v skladu s splošnimi načeli pravnega reda v državi. Pri tem ravna v skladu s pravnim izročilom in z utrjenimi spoznanji pravne vede (sodba VS II Ips 580/03)

14.4 Neposredno učinkovanje predpisa

Po Zakonu o splošnem upravnem postopku *morajo* postopati upravni in drugi državni organi, organi samoupravnih lokalnih skupnosti in nosilci javnih pooblastil, *kadar v upravnih zadevah*, neposredno uporabljajoč predpise, *odločajo* o pravicah, obveznostih ali pravnih koristih posameznikov, pravnih oseb in drugih strank (1. člen ZUP). Upravna zadeva je odločanje o pravici, obveznosti ali pravni koristi fizične ali pravne osebe oziroma druge stranke na področju upravnega prava. Šteje se, da gre za upravno zadevo, če je s predpisom določeno, da organ v neki zadevi vodi upravni postopek, odloča v upravnem postopku ali izda upravno odločbo oziroma, če to zaradi varstva javnega interesa izhaja iz narave zadeve (2. člen ZUP). Po ZUP odločanje pomeni izdajo odločbe.²²⁰ Temeljno pravilo odločanja v upravnih zadevah pomeni torej izdajo odločbe, pri čemer ima lahko odločba tudi drugačna poimenovanja.²²¹ Pravni položaj (pravice, obveznosti ali pravne koristi) fizične ali pravne osebe oziroma druge stranke na področju upravnega prava se lahko ustanovi ali spremeni le na podlagi odločbe.

Postopek za izdajo odločbe je določen v zakonu (ZUP), kar predstavlja varstvo pravic posameznika tako v okviru upravnega nadzora kot upravnosodnega spora. Izjeme od tako zasnovanega pravila odločanja morajo biti utemeljene, če bi želeli priznati njihovo veljavo oz. ustavno dopustnost. Takšno izjemo od obveznosti izdaje upravnih aktov predstavlja neposredno učinkovanje predpisa (izven zadev manjšega pomena, kjer se ugotovi strankinemu zahtevku in se ne posega v javno korist ali v korist koga drugega ali v primeru nujnih ukrepov v javnem interesu, kjer je treba izdati

220 207. člen: Na podlagi dejstev, ugotovljenih v postopku, izda organ, ki je pristojen za odločanje, odločbo o zadevi, ki je predmet postopka. Dolžnost izdaje odločbe sicer posredno izhaja tudi iz številnih drugih določb (npr. katera uradna oseba je pooblaščen za postopek in za odločanje, postopek do izdaje odločbe, skrajšani in posebni ugotovitveni postopek).

221 Upravni akt je po Zakonu o upravnem sporu poleg upravne odločbe tudi drug javnopravni, enostranski, oblastveni posamični akt, izdan v okviru izvrševanja upravne funkcije, s katerim je organ odločil o pravici, obveznosti ali pravni koristi posameznika, pravne osebe ali druge osebe, ki je lahko stranka v postopku izdaje akta (drugi odstavek 2. člena ZUS).

pisno odločbo nato v osmih dneh od ustne odločitve). Če se pravni položaj posameznika lahko spremeni izven izdane upravne odločbe, se namreč lahko zastavijo vsa tista vprašanja, na katera sicer odgovarja ZUP ob izdaji odločbe, predvsem pa kako posameznik za to sploh zve in ali se s tem strinja.

Neposredno učinkovanje predpisa na področju delovanja uprave pomeni, da se javnopravni položaj subjekta spremeni, ne da bi bilo za to treba izdati posamični in konkretni upravni akt, njegove norme pa se konkretizirajo prek procesno nevezanega ravnanja upravnih organov. Pravni učinki takega predpisa pa se tudi v tem primeru nujno nanašajo na določen ali določljiv krog oseb, ki se jim na njeni podlagi spreminja obseg pravic in obveznosti, kar uresničujejo upravni organi. Tako so upravni organi torej upravičeni, da na podlagi neposredno učinkujoče pravne norme presodijo oziroma ugotovijo, da je pravna sprememba položaja pravne ali fizične osebe nastopila in da so v skladu z njo tudi dolžni ravnati in izvrševati svoja oblastvena pooblastila (Kerševan, 2013).

Neposredno učinkovanje predpisa (NUP) torej pomeni, da se posamezniku pravni položaj spremeni, ne da bi mu bila odločitev neposredno sporočena oz. vročena. V takem primeru odpadejo vse procesne kavtele, ki jih določa ZUP; zaradi navedenega morajo biti vzpostavljeni določeni pogoji, da bi lahko govorili o veljavnosti NUP: a) NUP vsekakor ne sme biti arbitrarno, neenako, neutemeljeno v naravi stvari;²²² b) ker že Ustava Republike Slovenije določa, da se lahko pravice in obveznosti določajo z zakonom, mora tudi NUP (ker posega v pravice in obveznosti) določiti zakon; c) zakon bi moral skladno z načelom jasnosti in določnosti predpisov določiti, da gre za NUP, ki ne bo rezultiralo v izdaji upravne odločbe; d) zaradi poseganja v pravice, bi moral tak ukrep prestati tudi strogi test sorazmernosti: NUP mora zasledovati ustavno dopusten cilj, biti mora nujno in primerno za doseg cilja, vrednote, ki se varujejo s tem ukrepom, pa morajo odtehtati poseg v pravice, ki so s tem ukrepom prizadete (sorazmernost v ožjem smislu). Kerševan (prav tam) našteva še nekaj relevantnih meril:

opustitev dolžnosti izdaje upravnih odločb in možnost neposredne konkretizacije zakonske norme je vselej lažje utemeljevati in upravičevati v primeru priznanja pravic, ne pa tudi v primeru nalaganja obveznosti fizični ali pravni osebi. Nadalje je pomemben element presoje tudi vprašanje pravne varnosti oziroma zaupanja v pravo: večje, vsebinsko bistvene spremembe je treba uresničevati prek predpisanega postopka in upravnih aktov, le manjše, pravno in dejansko enostavne spremembe je mogoče uresničevati prek neposrednega učinkovanja predpisa. V skladu s tem je mogoče tudi poudariti pravilo, da pri predvidljivih sporih med javnim in zasebnim interesom, ki lahko v konkretnih primerih izhajajo iz kompleksnih pravnih ali dejanskih vprašanj,

²²² Če ima zakonodajalec stvaren razlog, prevladujoč v javnem interesu, mu načelo varstva zaupanja v pravo (2. člen Ustave) ne preprečuje, da uzakoni znižanje pokojninskih prejemkov. Vendar mora pri tem spoštovati načelo enakosti (drugi odstavek 14. člen Ustave). Razvrstitev uživalcev pokojnin, ki določa znižanje pokojninskih prejemkov ne sme biti arbitrarna. Za razvrstitev je treba izkazati bodisi ustavno dopustne razloge bodisi razumne razloge, ki bi izhajali iz narave stvari. *OdIUS*, št. U-I-186/12-35 z dne 18. 3. 2013.

ni mogoče predvideti neposrednega učinkovanja, saj v tem primeru posameznik ne bi imel ustrezne procesne možnosti rešitve tega spora pred upravnimi organi, še preden bi nastopile posledice posega v njegov pravni položaj zaradi oblastvenega uresničevanja javnega interesa.

Naj dodamo, da lahko pobudo za začetek postopka za oceno ustavnosti da le oseba, ki izkaže svoj pravni interes (prvi odstavek 24. člena Zakona o ustavnem sodišču, Ur. l. RS, št. 64/07). Po drugem odstavku navedenega člena je pravni interes podan, če predpis ali splošni akt za izvrševanje javnih pooblastil, katerega oceno pobudnik predlaga, neposredno posega v njegove pravice, pravne interese oziroma v njegov pravni položaj. Če izpodbijani predpis ne učinkuje neposredno, se lahko v takšnih primerih pobuda vložijo šele po izčrpanju pravnih sredstev zoper posamični akt, izdan na podlagi izpodbijanega predpisa, hkrati z ustavno pritožbo, pod pogoji iz 50. do 60. člena ZUstS.²²³

14.4.1 Primer neposrednega učinkovanja predpisa

Kot primer NUP je mogoče navesti usklajevanje (povečevanje) vrednosti pokojnin v določenem odstotku v skladu s 105. do 106. členom Zakona o pokojninskem in invalidskem zavarovanju (ZPIZ-2) ali 26. člen Zakona o uveljavljanju pravic iz javnih sredstev (ZUPJS), ki se nanaša na subvencijo kosil za učence glede na dohodek, ugotovljen v odločbi o otroškem dodatku. V obeh primerih se za ta namen ne izdaja upravna odločba, ki bi spremenila višino že odmerjene pokojnine ali ugotovila pravico do subvencioniranega kosila. Enako velja za obvezno zdravstveno zavarovanje po Zakonu o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju (kjer ni treba posebej ugotavljati določenega dejstva).

Ustavno sodišče je ob presoji dopisa ZPIZ²²⁴ (zaradi navedlo (U-I-162/12-5, Up-626/12-5 z dne 12. 7. 2012), da se mora določanje pokojnine, ki bi bilo določeno drugače za posameznika na podlagi posebnih pogojev, ugotoviti na podlagi dejstev in ustrezne uporabe pravnih norm na tako ugotovljeno dejansko stanje. Gre za oblastno odločanje nosilca javnih pooblastil o pravicah, obveznostih ali pravnih koristih posameznika, kar je skladno z načelom pravne države in ob spoštovanju 22. člena Ustave do enakega varstva pravic v postopkih, mogoče le na podlagi izdanega upravnega akta. Zato mora pristojni organ ob ustavno skladni razlagi ZUJF na njegovi podlagi višino pokojnine določiti z upravno odločbo, čeprav ZUJF izdaje nove odločbe izrecno ne določa oziroma navedeno spremembo imenuje "usklajevanje pokojnin in drugih nadomestil ter prejemkov".

²²³ Gl. npr. *od/US*, št. U-I-275/07-5 z dne 22. 11. 2007 ali sklep Ustavnega sodišča št. U-I-152/11-8 z dne 24. 5. 2012.

²²⁴ Dopisa ZPIZ (v tem primeru, ker je zgolj na splošno povzegal in pojasnjeval zakonsko ureditev, ki naj bi urejala položaj pritožnika) ni štel za konkretni, posamični akt, ki bi se nanašal na določen primer s ciljem, da povzroči neposredni učinek v pravicah in obveznostih posameznika. Zaradi tega ni šlo za pravno upošteven izraz oblastvene volje pristojnega organa.

Še težji primer se pojavi, če zakon ob neposrednem učinkovanju ne uredi določenega vprašanja:

1. Novela ZUPJS-F je spremenila prvi odstavek in dodala peti odstavek k 26. členu ZUPJS, medtem ko so drugi, tretji in četrti ostali enaki. Novela je omogočila brezplačno kosilo tudi za učence v drugem in tretjem dohodkovnem razredu. Koriščenje ugodnosti se običajno uveljavlja na podlagi odločbe o otroškem dodatku ali državni štipendiji, obstajajo pa tudi primeri, ko stranke z veljavno omenjeno odločbo ne razpolagajo, zato se ugodnost uveljavlja s posebno vlogo (običajno zaradi tega, ker družina otroški dodatek prejema v tujini ali pa imajo krivdni razlog). Z novelo ZUPJS ni bilo predvideno, da bi se že izdane posebne odločbe za priznanje pravice do subvencije kosila kakorkoli spreminjale drugače od že veljavne zakonodaje. Zastavi se vprašanje ali je mogoče spremeniti te pravnomočne odločbe? Do sprememb, ki se upoštevajo na podlagi 42. člena ZUPJS ni prišlo, prav tako ni mogoče uporabiti določb Zakona o splošnem upravnem postopku (izredna pravna sredstva – ne predvidevajo takega primera), z novelo pa posebna ureditev za te primere ni bila predvidena.

Ustavno sodišče je z odločbo št. Up-195/13, U-I-67/16 z dne 10. 2. 2017, uredilo podobno situacijo: sodbe sodišč so temeljile (med drugim) na stališčih, da v ZPIZ-1 ni pravne podlage za ponovno odmero pokojnine, pravnega sredstva, ki bi omogočalo odpravo zatrjevane napake pri odmeri pokojnine, pa ne ureja niti ZUP, ki se v postopku odločanja o pravici do pokojnine uporablja subsidiarno (249. člen ZPIZ-1). Prav tako naj ne bi bili podani razlogi za obnovo postopka po ZUP. To pomeni, da napake, do katere naj bi prišlo pri odmeri pritožnikove pokojnine, ni bilo mogoče odpraviti, pri čemer ZUP v izrednih pravnih sredstvih tega (niti ZPIZ) ni omogočal. Zelo pomembni sta naslednji točki:

Ustavno sodišče je ugotovilo, da je bil ZPIZ-1 v neskladju z Ustavo, ker *ni urejal možnosti ponovne odmere pravice do pokojnine in spremembe pravnomočne odmere za naprej v korist upravičenca* zaradi zmotnih ali nepopolnih podatkov o prejemkih, ki bi morali biti upoštevani po ZPIZ-1 za izračun pokojninske osnove. Ker ZPIZ-1 ne velja več, je Ustavno sodišče zgolj ugotovilo njegovo protiustavnost.

Ustavno sodišče je na podlagi drugega odstavka 40. člena ZUstS določilo način izvršitve odločitve iz 1. točke izreka (2. točka izreka), da bi zagotovilo spoštovanje posebne narave pravice iz prvega odstavka 50. člena Ustave tudi tistim, ki so zahtevali ponovno odmero pravice do pokojnine v času veljavnosti ZPIZ-1. Določilo je, da se o zahtevah za ponovno odmero pokojnine, vloženih v času veljavnosti ZPIZ-1, odloči na podlagi prvega in tretjega odstavka 183. člena ZPIZ-2. Ustavno sodišče se je za tak način izvršitve odločilo zato, ker je ZPIZ-2 v 183. členu uvedel možnost ponovne odmere pokojnine z učinkom za naprej in je že glede na obrazložitev zakonodajalca mogoče šteti, da je zajel tudi primere, ko je do kršitve materialne določbe zakona prišlo zaradi očitno napačno ugotovljenega dejanskega stanja. Pri tem je treba opozoriti še na ustaljeno stališče Ustavnega sodišča v zvezi s 44. členom ZUstS, da odločitev Ustavnega sodišča ne učinkuje le v postopkih, ki še niso pravnomočno končani, temveč tudi v postopkih

z izrednimi pravnimi sredstvi oziroma z ustavno pritožbo. Izredna pravna sredstva, vložena v skladu s pogoji iz procesnih zakonov, in ustavna pritožba, vložena v skladu s pogoji ZUstS, zagotavljajo, da se učinki odločitve Ustavnega sodišča raztezajo tudi na pravnomočne zadeve.

Iz zgoraj navedenih kriterijev za dopustnost NUP bi lahko izpeljali sklep, da je *treba* upravno odločbo izdati v vseh primerih, kjer ni ni podana izrecna zakonska določitev, da pravna norma učinkuje neposredno (tj. da ni treba izdati odločbe). Upravni organi so tako dolžni izdati upravno odločbo, če gre po naravi zadeve za (potencialni) konflikt med javnim in zasebnim interesom. Sprememba zakona ni dejstvo ali okoliščina iz življenjskega položaja upravičenca, na katero bi lahko upravičenec vnaprej računal. Zaradi tega tudi ne more trpeti posledic takih dejanj javnih organov, če zakonska določila ne predvidevajo ustreznih pravnih sredstev. ZUPJS-F se sicer razlikuje od drugega ustavnega primera v toliko, da ne gre za pretekle primere napačnih odločb, pač pa gre za nova pravna dejstva. Glede na podobnost primerov in prakso ustavnega sodišča, bi upravni organ lahko izdal nove odločbe kljub temu, da gre za pravno praznino (neobstoj ustreznega pravnega sredstva). Po mnenju Ustavnega sodišča (odlUS U-I-225/96 z dne 15. 1. 1998) je pri odločanju v upravnih postopkih namreč dovoljena tako razlaga nejasnega zakona, ki bo skladna z Ustavo (sklep US št. U-I-85/96 z dne 20. 11. 1997)²²⁵ (t. i. zakonske in pravne pravne praznine) kot tudi uporaba analogije kot metoda za zapolnjevanje pravnih praznin (in se nanjo sklicuje tudi v svoji odločbi št. U-I-25/92 z dne 4. 3. 1993).²²⁶ Skladno z ustavnim načelom enakosti in enake obravnave, glede na citirane odločbe Ustavnega sodišča in temeljno zakonsko načelo pravičnega razdeljevanja javnih sredstev, bi se lahko po uradni dolžnosti izdale nove odločbe, s katerimi bi razveljavili prejšnje in ugotovili nadaljnjo upravičenost do kosila, določili drugo višino in drugo obdobje prejemanja te pravice. Šlo bi verjetno za eno prvih tovrstnih upravnih odločb (razen tistih o prijavi prebivališča zaradi nezakonitega izbrisa neposredno na podlagi ustave, tj. neposrednega učinkovanja človekovih pravic), ki ji ne bi mogli (glede na navedene razloge in odločbe Ustavnega sodišča) očitati samovolje ali zlorabe oblasti.

²²⁵ Upravni organi opravljajo svoje delo samostojno v okviru in na podlagi Ustave in zakonov (drugi odstavek 120. člena Ustave). Proti odločitvam upravnih organov je zagotovljeno sodno varstvo pravic in zakonitih interesov državljanov in organizacij (tretji odstavek 120. člena Ustave). Sodniki so pri opravljanju sodniške funkcije neodvisni, vezani so na Ustavo in zakon (125. člen Ustave). Zakoni morajo biti v skladu z Ustavo (153. člen Ustave). Ustavno določeni pravni red torej zagotavlja spoštovanje ustavnosti v postopkih pred upravnimi organi in sodišči. Tako upravni organi kot še zlasti sodišča lahko z ustrezno razlago nejasnega zakona zagotovijo njegovo uporabo, ki bo skladna z Ustavo. Kadar se z razlago zakonske norme že v postopku pred pristojnim sodiščem zagotovi njena uporaba v skladu z Ustavo, ni pravovarstvene potrebe za odločanje Ustavnega sodišča (sklep US št. U-I-85/96 z dne 20. 11. 1997).

²²⁶ Določba drugega odstavka 120. člena Ustave, ki določa, da opravljajo upravni organi svoje delo samostojno v okviru in na podlagi Ustave in zakonov, ne pomeni prepovedi uporabe analogije. Določba četrtega odstavka 153. člena Ustave se nanaša na akte in dejanja vseh državnih organov in ne le upravnih. Vsi akti in dejanja državnih organov, organov lokalnih skupnosti in nosilcev javnih pooblastil morajo temeljiti na zakonu ali na zakonitem predpisu, pri čemer uporaba analogije ni v nasprotju s to določbo (odlUS U-I-225/96 z dne 15. 1. 1998, tč. 10).

14.5 Odločanje po prostem preudarku

Da bi zadostil določbam drugega odstavka 120. člena URS, mora zakon vse bistvene sestavine za delovanje upravnih organov v organizacijskem, postopkovnem in vsebinskem pogledu določiti tako, da lahko prizadeti ugotovi svoj pravni položaj že na podlagi zakona in da se lahko ugotavlja zakonitost upravnega akta v upravnem sporu pred sodiščem, kjer lahko prizadeti zahteva sodno varstvo svojih pravic in interesov. V primeru, ko zakon pooblašča upravni organ za odločanje po prostem preudarku, to pomeni, da mora biti namen tega pooblastila praviloma izrecno določen že v zakonu ali vsaj jasno razviden oziroma ugotovljiv iz zakonskega besedila in ne morda le iz obrazložitev zakonskega predloga v zakonodajnem postopku. Glavna značilnost prostega poudarka je, da ima organ, ki odloča, na izbiro (izbira je vedno dana glede na zakonsko pooblastilo, ki sploh omogoča tovrstno odločanje in določa tudi namen takšnega odločanja) dve ali več *možnosti*, pri čemer na koncu izbire le *eno*, tj. tisto, ki je najbolj skladna glede na ugotovljeno dejansko stanje, lastnosti osebe, namen zakona oz. same določbe in zakonsko podane možnosti. Pri svojem odločanju mora upoštevati javno korist. Ko odloča po prostem preudarku, lahko torej organ pri istem dejanskem stanju izbire izmed več pravno enako možnih odločitev tisto, za katero meni, da je z vidika javne koristi najbolj smotrna. Pri tem je vezan na namen in obseg danega mu pooblastila ter na ustavni načeli enakosti in sorazmernosti. Gre torej za izbiranje med različnimi možnostmi za razsojanje, presojo, ocenjevanje, tehtanje in preudarjanje.²²⁷ Najbolj značilna določba v našem pravnem redu glede diskrecije je 6. čl. ZUP.²²⁸ Diskrecija je materialni del, kar pomeni, da glede pristojnosti in procesnega prava ni diskrecije; organ ima na voljo VEČ alternativ (disjunktivna norma – več možnosti, ki se med seboj izključujejo); LE za ENO izmed njih se odloči glede na ugotovljeno dejansko stanje. Izbor predstavlja diskrecijo (lat. *discretio*: pazljivo, taktno, obzirno tj. diskretno). Težišče je v materialnem pravu, kjer je treba odgovoriti na dve vprašanji: 1) ALI? in 2) KAKO? Namreč ali obstaja diskrecija in kako se kaže. Ugotavljanje diskrecije je dokaj zahtevno početje, saj navadno ni neposredno razvidna iz pravnih pravil. Navadno je prvi indic, da bi šlo lahko za diskrecijo beseda, da organ “lahko”, “sme” ali “more” nekaj narediti, vendar te besede še niso

²²⁷ To, da zakonska ureditev daje pristojnemu organu diskrecijo (odločanje po prostem preudarku) pri odločanju o odobritvi nastanitve na zasebnem naslovu, samo po sebi ni v neskladju s pravico do svobode gibanja prosilcev za azil. Ali bo pristojni organ to pooblastilo uporabil v skladu z namenom, ki izhaja iz zakonske ureditve, da se zagotovi učinkovito odločanje v azilnih postopkih in spoštovanje javnega reda, in svojo odločitev tudi ustrezno obrazložil, pa je predmet odločanja v posamičnih postopkih. Sklep Up-1462/06-17 z dne 7. 11. 2006.

²²⁸ V upravnih zadevah, v katerih je organ po zakonu ali po predpisu samoupravne lokalne skupnosti upravičen odločati po prostem preudarku, mora biti odločba izdana v mejah pooblastila in v skladu z namenom, za katerega mu je pooblastilo dano. Namen in obseg pooblastila določa zakon ali predpis lokalne skupnosti, ki vsebuje pooblastilo za odločanje po prostem preudarku. Tudi v upravnih zadevah, v katerih je organ upravičen odločati po prostem preudarku, mora postopati po tem zakonu.

100% diskrecija! Diskrecija je lahko popolnoma jasna²²⁹ (vendar je takšnih primerov v zakonodaji zelo malo), dvoumna,²³⁰ ali pa je ni. Lahko da določba nakazuje le upravičenje, možnost ali zavezo delovanja, čeprav na prvi pogled vsebuje vse potrebne dele diskrecije.²³¹ Poleg diskrecijskega odločanja, kjer ima organ pri odločanju na drugi strani navadno že znano stranko v postopku, obstaja tudi t. i. diskrecijsko pooblastilo.²³² Odločanje po prostem preudarku je dvoumno takrat, kadar se iz besedila predpisa ne da natančno ugotoviti, ali gre za diskrecijsko odločanje ali ne (ko je npr. v tekstu zgolj beseda "lahko", ko kontekst besedila nakazuje na tako možnost, pa se ne "izjasni" popolnoma).

Diskrecija obstoji le tam, kjer ima organ na voljo negativno odločitev tudi ob izpolnjevanju vseh kriterijev, pri čemer mora imeti za takšno ravnanje določena vodila (vodilo kot npr. "pri čemer je treba upoštevati ekonomske, socialne ali nacionalne interese države", "če je to skladno z nacionalnim interesom", "če je to z vidika javnega interesa upravičeno, koristno") kot NPP, na katere potem opre in utemelji

229 Npr. Zakon o državljanstvu: Pristojni organ lahko osebo, ki prosi za naturalizacijo, po prostem preudarku sprejme v državljanstvo RS, če je to v skladu z nacionalnim interesom (ob izpolnjevanju pogojev). Tudi če oseba izpolnjuje pogoje, ni nujen sprejem v državljanstvo (+ Zakon o prekrških, odvzem premoženja, nesorazmerne težave).

230 Npr. Zakon o tujcih: 1) Tujcu, ki v skladu z zakonom, mednarodnimi akti ali mednarodnimi načeli ali običaji izkaže utemeljen razlog, zaradi katerega je njegovo bivanje v Republiki Sloveniji upravičeno, lahko pristojni organ izda dovoljenje za začasno prebivanje in sicer za čas, za katerega je njegovo prebivanje v državi neobhodno potrebno, vendar ne dlje od enega leta. 2) Dovoljenje za stalno prebivanje se lahko izda tujcu, ki osem let neprekinjeno prebiva v Republiki Sloveniji na podlagi dovoljenja za začasno prebivanje in ni razlogov za njegovo zavrnitev iz 43. člena tega zakona ter izpolnjuje druge pogoje, določene z zakonom. (op.: ob izpolnjevanju pogojev, organ ne more zavrniti izdaje dovoljenja; če ne izpolnjuje pogojev, se že zaradi tega zavrne, zato ne gre za diskrecijo). V prvem odstavku 16. člena ZOro-1 opazimo razliko med prostim preudarkom in nedoločeni pravnimi pojmi. Problem v tem odstavku predstavlja besedna zveza »posameznik je zanesljiv, če se na podlagi ugotovljenih dejstev lahko sklepa, da...«. Na podlagi besede »lahko« bi sklepali, da gre za prosti preudarek, ko organ izbere eno izmed dveh ali več možnosti. Pa vendar omenjeno ne drži, saj gre v tem primeru za zapolnjevanje nedoločenega pravnega pojma »zanesljivost«. Beseda »lahko« v tem primeru pomeni, da se na podlagi ugotovljenih dejstev (ki jih organ ugotavlja preko pristojne policijske postaje, pristojnega sodišča ali Ministrstva za pravosodje) lahko sklepa ali drugače rečeno ugotovi, da je posameznik zanesljiv ali nezanesljiv. Po ugotovljenem dejanskem stanju (torej) ali je nekdo [ne]zanesljiv mora upravni organ (upravna enota) ravnati tako kot zapoveduje zakon in ne sme odločati po prostem preudarku.

231 Zakon o potnih listinah: državljan ima lahko samo eno potno listino iste vrste (možna izjema za gospodarske, kulturne ali druge dejavnosti v tujini, drug upravičen razlog); državljanu, ki v tujini stalno ali začasno prebiva ali je v tujini, pa se zaradi zdravstvenih (ali drugih upravičenih razlogov – samo v tem delu gre za diskrecijo!) ne more vrniti v državo, lahko izda potni list tudi organ Republike Slovenije v tujini, ki je pooblaščen za opravljanje konzularnih zadev.

Po Zakonu o visokem šolstvu univerza lahko neposredno organizira izvajanje znanstveno-raziskovalnih in študijskih interdisciplinarnih programov (sprva le možnost, ob izvajanju pa diskrecija). Tuji državljani se, pod pogojem, da se uporablja načelo vzajemnosti, lahko izobražujejo na visokošolskih zavodih v Republiki Sloveniji pod enakimi pogoji kot državljani Republike Slovenije.

Zakon o volilni in referendumski iniciativi: ne glede na določbo prvega odstavka tega člena lahko Vlada Republike Slovenije s sklepom nameni sredstva za referendumsko kampanjo, kadar je pobudnik ali predlagatelj referenduma proračunski uporabnik. Sredstva, ki jih Vlada Republike Slovenije nameni za referendumsko kampanjo, ne smejo presežati 25% dopustne višine stroškov iz šestega odstavka 23. člena tega zakona.

232 Po Zakonu o orožju lahko Vlada RS prepove ali omeji nabavo, posest, vnos, uvoz, izvoz in nošenje posameznih novih vrst orožja ali nabavo, posest, vnos, uvoz in izvoz posameznih novih vrst streliva, ki zaradi svoje sestave, učinkovanja ali načina delovanja pomenijo posebno veliko nevarnost za življenje in zdravje ljudi, premoženje ali varnost države

svojo negativno odločitev. Glede razmerja med diskrecijo in nedoločenimi pravnimi pojmi lahko ugotovimo, da vsaka (oziroma večina njih, ni pa nujno²³³) diskrecija vsebuje nedoločene pravne pojme, le-ti pa vedno ne kažejo na diskrecijo (če zakon uporablja NPP je treba obstoj diskrecije ugotoviti iz ostalih okoliščin). **NPP: če A, potem B** (npr. če obstaja verjetnost, da bo na določenem območju prišlo do velike nevarnosti in je opravljanje te policijske naloge potrebno za njeno preprečitev ali je do velike nevarnosti že prišlo, ali je treba preprečiti hujše kršitve javnega reda, varnosti cestnega prometa ali varnosti državne meje, smejo policisti vzpostaviti cestno zaporo z blokadno točko zaradi popolne ali selektivne kontrole nad vozili in osebami – Zakon o nalogah in pooblastilih policije).

Upravna diskrecija: če A ali B, potem A, če A1+ A2 + A3...; sicer B, če B1+ B2 + B3 ... (npr. pristojni organ lahko osebo, ki prosi za naturalizacijo, po prostem preudarku sprejme (A) v državljanstvo RS, če je to v skladu z nacionalnim interesom (A1=izjemen prispevek k družbenemu, gospodarskemu, znanstvenemu, kulturnemu ali A2= drugičnemu razvoju Republike Slovenije ali A3= k povečanju mednarodnega ugleda oziroma prepoznavnosti Republike Slovenije; sicer zavrne (B), ker to ni v skladu z nacionalnim interesom (B1=ni prispevka, B2= ni razvoja RS, B3= ni medn. ugleda).

Nedopusten prenos diskrecije se nanaša na 1. prepoved nadaljnje delegacije, 2. diktat drugega [dodajanje dodatnih pogojev z ene ali druge strani], 3. neupoštevanje specifik primera izven „pravila ravnanja v podobnih primerih“, 3. drugačni pogoji v pogodbi, 4. zanašanje na „mnenje“ uslužbenca o stvari (legitimno pričakovanje, a le v res utemeljenih primerih).

Sodna praksa: Normo, ki organu nalaga *odločitev* v konkretni zadevi (npr. izdaja soglasja lokalne skupnosti za prodajo blaga na premičnih stojnicah ali soglasje pristojnega občinskega organa za uporabo javnih površin za postavljanje gostinskih vrtov, če to ne ovira ali ogroža udeležencev cestnega prometa), pri tem pa ne določa bistvenih vsebinskih meril za njegovo odločitev, je po presoji sodišča potrebno razlagati kot pooblastilo za odločanje po prostem preudarku.²³⁴ S tem se pooblasti uprav-

233 Če predpis ne določa podrobnejših pogojev in kriterijev za odločanje, odgovorna oseba pri odločitvi/ravnanju ni vezana na vnaprej določene kriterije; gre za prosti preudarek uradne osebe, ki o tem odloča (po svoji vesti ob upoštevanju namena in ciljev takšne zakonske ureditve, mora pa svojo odločitev ustrezno utemeljiti tako, da je iz obrazložitve razvidno, da je bil prosti preudarek uporabljen v skladu z namenom, za katerega je bil osebi dan. Eden takih primerov prostega preudarka (ki ne vsebuje niti besede "lahko", niti nedoločenega pravnega pojma, je policijska diskrecija ali policijski taktični preudarek iz 7. člena Zakona o nalogah in pooblastilih policije (Uradni list RS, št. 15/13, 23/15 – popr., 10/17, 46/19 – odl. US in 47/19): 'policisti pri opravljanju policijskih nalog ocenjujejo, katere odločitve, policijska pooblastila ali uradna dejanja bodo za učinkovito preprečevanje in odpravljanje nevarnosti izvedli, glede na dejstva in okoliščine, ki so jim bile znane v trenutku ocenjevanja'.

234 Sodba Upravnega sodišča št. U 2303/2004 z dne 20.12.2005 in sodba II U 308/2010 z dne 22. 2. 2012. Če bi šlo za opredeljevanje vsebine določene besede ali besedne zveze, ki sama po sebi ne bi zahtevala odločitve, bi šlo za za dopustno uporabo interpretacije oz. analogije v upravnem postopku.

ni organ, da *ob upoštevanju javnega interesa sam argumentirano*²³⁵ ugotovi vsebino pravne norme, ki jo je potrebno uporabiti v tem primeru.

Namen in obseg pooblastila za odločanje po prostem preudarku sta razvidna iz norme, ki tako pooblastilo določa, sicer pa ju je potrebno ugotoviti iz ciljev, ki jih zasleduje celoten predpis ali s pomočjo predzakonskih tekstov. Če organ s svojo odločitvijo preseže meje ali namen pooblastila, je potrebno šteti, da pooblastila ni pravilno uporabil in je zato taka odločba nezakonita iz razlogov nepravilne uporabe materialnega prava. Če namen pooblastila za odločanje po prostem preudarku ni določen in ga tudi ni mogoče ugotoviti iz zakonskega besedila z interpretacijo po pravilih pravne stroke, je takšna določba zakona v nasprotju z drugim odstavkom 120. člena ustave in s 25. členom ustave, ki vsakomur zagotavlja pravico do pravnega sredstva proti odločbam državnih organov, ki jo je treba razumeti kot pravico do učinkovitega pravnega sredstva (pravna sredstva zoper take odločbe ne morejo biti učinkovita, saj v upravnem sporu ni mogoče učinkovito izpodbijati zakonitosti upravne odločbe zaradi njene morebitne neskladnosti z namenom tovrstnega odločanja, ki iz zakona ni ugotovljiv). *OdlUS*, št. U-I-69/92-30 z dne 10.12.1992. Že v zadevi U-I-98/91 je ustavno sodišče ugotovilo, da je bila ta pravica kršena z zakonsko ureditvijo, po kateri upravnemu organu v odločbi, izdani po prostem preudarku, ni bilo treba navajati razlogov za zavrnitev prošnje.

Upravni organ je dolžan tudi v primeru, ko je upravičen odločati po prostem preudarku, postopati po pravilih ZUP, v skladu s katerimi mora obrazložitev odločbe med drugim vsebovati razloge za odločitev ter navedbo, kako je organ uporabil obseg in namen prostega preudarka. Ustrezna obrazložitev odločbe je zaradi zahteve po (učinkovitem) pravnem varstvu stranke še posebej pomembna v primeru, ko organ zahtevi stranke ne ugotovi oz. ji ne ugotovi v celoti.

14.6 Modifikacija zakonitosti – izredno stanje

Modifikacija zakonitosti so odstopanja od načela zakonitosti, ki so večkrat nujna zaradi nastopa političnega, gospodarskega oz. socialnega kriznega obdobja ali t. i. izjemnih razmer, ki lahko preidejo v nemire, demonstracije, vsedržavne stavke, upore in celo vojno oz. predstavljajo elementarni vzrok kot npr. naravne katastrofe oz.

²³⁵ Eno izmed del, ki bi ga moral prebrati vsak študent prava (in vsak, kdor uresničuje pravo) je Binghamovo delo *The Rule of Law*; ob že uveljavljenih nekaterih temeljnih načelih vladavine prava, ki se nahajajo v najvidnejših pravnih dokumentih (različnih narodov), izpostavi še dodatnih osem; njegovo drugo najpomembnejše načelo vladavine prava je: "Vprašanja zakonskih pravic in odgovornosti je treba reševati z uporabo zakona in ne z diskrecijo"; kot najpomembnejše izpostavi, da "morajo odločitve temeljiti na postavljenih kriterijih, ki bi morali biti podvrženi pravnemu varstvu; ta izziv verjetno ne bo uspel, ko bo odločitev temeljila na zakonu in bila razumno dostopna nosilcu odločitve" (Bingham, 2011). Nobena diskrecija ne sme biti neomejena, saj bi mejila na arbitrarnost. Uporaba oblasti predstavlja četrto načelo: "ministri in javni uslužbenci na vseh ravneh morajo izvajati uradna pooblastila v dobri veri, pošteno, za namene, za katere so bila pooblastila dodeljena, ne da bi prekorčili meja teh pooblastil in ne nerazumno".

potresi, poplave, plazovi, požari. Takšna stanja terjajo, da država odstopi od pravil regulacije po načelu zakonitosti, ki so običajne v normalnih razmerah zato pravimo, da se zgodi modifikacija zakonitosti uprave. V takih primerih se pristopi k urejanju zadev s pomočjo uredb z zakonsko močjo, ki lahko začasno suspendirajo tudi nekatere ustavne določbe o svoboščinah in pravicah človeka in državljana.

Ustava RS v 8. členu predvideva primat s strani zakonodajalca ratificiranih MP in splošno sprejetih pravnih načel mednarodnega javnega prava nad domačim nacionalnim zakonom. Mednarodni pakt ZN o državljanskih in političnih pravicah (4. člen): države podpisnice lahko po ustavni poti razglasijo izredno stanje v primeru, da je zaradi izredne javne nevarnosti ogrožen nacionalni obstoj. Država lahko v obsegu, ki ga tako stanje zahteva, odredi ukrepe s katerimi se omejujejo njene obveznosti iz mednarodnega pakta, ob tem da morajo biti ukrepi v skladu z obveznostmi, ki izhajajo iz mednarodnega prava ter da ukrepi ne smejo povzročati neenakopravnosti, ki bi temeljila na rasi, spolu, rojstvu, jeziku, veroizpovedi ali družinskemu poreklu. Evropska konvencija o človekovih pravicah predvideva odstopanja, ki jih terjajo izredne razmere, kjer so prav tako našete omejitve, ki se nanašajo na samovoljni odvzem življenja, razen v primerih, ki jih dovoljujejo vojaški postopki, medtem ko so ostale omejitve povsem identične tistim, ki so opredeljene v mednarodnem paktu.

V Ustavi RS je izjemoma dopustno določene pravice in temeljne svoboščine začasno razveljaviti ali omejiti v vojnem ali izrednem stanju. Te se smejo razveljaviti ali omejiti le začasno, le za čas trajanja vojnega ali izrednega stanja, vendar v obsegu, ki ga stanje zahteva in tako, da sprejeti ukrepi ne povzročajo neenakopravnosti, ki bi temeljila na rasi, narodni pripadnosti, spolu, jeziku, veri, političnem in drugem prepričanju, gmotnem stanju, rojstvu, izobrazbi, družbenem položaju ali katerikoli drugi osebni okoliščini. Dopustne niso nobenečasne razveljavitve ali omejitve pravic, ki se tičejo nedotakljivosti človekovega življenja, prepovedi mučenja, varstva človekove osebnosti in dostojanstva, domneve nedolžnosti in načela zakonitosti v kazenskem pravu in pravnih jamstev v kazenskem postopku, kakor tudi svobode vesti v smislu svobodnega izpovedovanja vere v zasebnem in javnem življenju.

14.7 Politični vladavinski akti ali akti vladanja

Takšne akte lahko izda šef države, zakonodajalec ali vlada, pri čemer mora akt zadovoljiti dva pogoja in sicer nek formalni pogoj, ki terja, da je akt izdan s strani te institucije v pravni obliki ukaza, odločbe, deklaracije oz. odloka ter materialni pogoj, ki je v tem, da gre za politični akt, ki odloča o posebnih in izrednih nalogah in dejavnostih najvišjih državnih organov, izdan v zvezi s temeljnimi interesi nacije (ustavnost, zunanje zadeve, ogroženost ustavnega reda v državi). Politične akte deli-

mo na splošne ter posamične, tj. splošne ukaze ter posamične kot npr. imenovanje. Akti vladanja v kolikor so izdani v obliki analognih konkretnih aktov se odlikujejo po tem, da jim je dopuščen veliko večji prosti preudarek (politična diskrecija) kot v primeru diskrecijskega akta, poleg tega pa tudi predstavljajo prototip t. i. svobodnih političnih aktov vrhovne eksekutive, ki niso podvrženi sodni presoji njihove zakonitosti. Med politične akte uvrščamo akte zunanjepolitične narave kot so diplomatski akti (akti akreditacije, akti notifikacije, akti akcesije) ter zahteve po varstvu lastnih državljanov v tujini, akti izdani neposredno na podlagi ustavnega pooblastila kot so akti sklica oz. razpustitve parlamenta, akt imenovanja mandatarja vlade, kakor tudi vojaški kot so objava vojne, itd. Zasebni akti šefa države so pa poslanice, (uradno stališče o kakšnem vprašanju), proklamacije (razglasi) in manifesti (javna slovesna izjava, razglas). S temi akti se nič ne zapoveduje. Značilnost političnih aktov je zelo omejena možnost uvedbe upravnega spora o njihovi zakonitosti (predvsem zaradi kršitve procesnih določb, ki bi se nanašale na človekove pravice). Fr. *acte de gouvernement*, ang. *non-justiciable areas*.²³⁶

Vprašanja za ponavljanje:

1. Kaj so nedoločeni pravni pojmi?
2. Kaj je interpretacija predpisa?
3. Kaj je pravna praznina?
4. Katere vrste pravnih praznin poznaš?
5. Kakšna je sodna praksa o zapolnjevanju pravnih praznin?
6. Kaj predstavlja odločanje po prostem preudarku?
7. Kaj je bistvenega pomena za (omejeno) diskrecijsko odločanje?
8. Kaj je modifikacija zakonitosti – izredno stanje?
9. Kaj so politični vladavinski akti ali akti vladanja?

236 Več o tem glej v okviru poglavja Sistemizacija upravnega prava: upravno pravo in politika.

15 POSEBNI PRAVNI INSTITUTI UPRAVNEGA PRAVA

V okvir posebnih pravnih institutov upravnega prava umeščamo pravne osebe javnega prava, javno pooblastilo, koncesijo in upravno pogodbo.

15.1 Pravna oseba javnega prava

V pravu ločimo dve vrsti pravnih subjektov: fizične in pravne osebe. Fizične osebe so posamezniki, pravne osebe pa so umetni, s pravnimi akti ustvarjeni pravni subjekti. Pravna oseba predstavlja statusno obliko, ki ji pravni red zaradi njenih specifičnih lastnosti priznava status pravne osebe in pravno sposobnost (pravna sposobnost pomeni sposobnosti biti nosilec pravic in obveznosti oziroma dolžnosti). Za status pravne osebe zakonodaja predpisuje pogoje oziroma elemente za njen nastanek, delovanje, obstoj in prenehanje. Temeljno razlikovanje pravnih oseb, ki v bistvu sledi razlikovanju med javnim (*ius publicum*) in zasebnim pravom (*ius privatum*), je razlikovanje na pravne osebe zasebnega prava in na pravne osebe javnega prava. Osnovni namen tega razlikovanja je v tem, da se v pravni ureditvi upošteva, da osebe zasebnega prava delujejo predvsem v osebno korist njenih ustanoviteljev, za razliko od tega pa je pri osebah javnega prava v ospredju uresničevanje javnega interesa. Glede na to, da je od tega, ali gre v nekem primeru za pravno osebo zasebnega ali pravno osebo javnega prava, odvisen njen pravni položaj in ureditev, je pojem osebe javnega prava eden izmed osrednjih pojmov upravnega prava (Grafenauer in Brezovnik, 2006, str. 243). Pravno osebo²³⁷ javnega prava razumemo kot enega izmed stebrov kontinentalnega pravnega sistema in hkrati tudi temelj sistema, katerega del je tudi slovenski pravni sistem. V angloameriškem sistemu je, glede na druge posebnosti tega sistema, pomen in vloga drugačnega oziroma manjšega pomena. V tuji pravni teoriji je pravna oseba deležna obsežnejše obravnave. V teoriji se pojavljajo različne vrste, ki pa so glede temeljnih značilnosti precej enotno obravnavane. Do spremembe gospodarske, pravne in družbene ureditve se je novejša slovenska teorija po letu 1990 aktivneje ukvarjala s pravno osebo. Pravnih oseb danes ne srečujemo le

237 Kot pravno osebo razumemo obliko, ki ji pravni red zaradi določenih značilnosti posredno ali neposredno priznava status pravne osebe. Pravna oseba je umetno, s pravnim aktom ustvarjen pravni subjekt, tako kot človek, le da njen nastanek ni povezan s spočetjem in rojstvom. Osnovno pojmovanje vidi pravno osebo v dveh osnovnih oblikah, kot združenje oziroma skupino oseb ali kot premoženje, ki mu je določen poseben namen. Zlasti v slovenski teoriji najdemo opredelitev, da je pravna oseba sposobna biti nosilka pravic in obveznosti civilnega prava. Ta opredelitev je preozka, saj pravna oseba lahko pridobiva tudi pravice in sprejema dolžnosti javnega prava (Trstenjak, 2003, str. 53).

v pravni teoriji, ampak vse večkrat tudi v zakonodaji. Pogosto za osebe javnega prava urejajo poseben režim zakoni (npr. davčni zakoni, zakon o računskem sodišču).

Pravni institut pravne osebe javnega prava je bil v slovensko pravo spet uveden šele po sprejetju Ustave RS. Do takrat je ureditev temeljila na pojmu družbena pravna oseba, ki je bil bolj širšega pomena od običajnega pojmovanja javnega prava, saj je obsegal tudi večino gospodarskih organizacij in tudi nedržavne organizacije (Bohinc, 2005, str. 25). Glavne značilnosti pravnih oseb javnega prava so v tem, da so ustanovljene z zakonom ali drugim oblastnim aktom (uredba, odlok... ustanovitelj je [navadno teritorialna] pravna oseba javnega prava – praviloma država ali občina, ki zagotavlja financiranje in si zagotavlja vpliv na delovanje ter nadzor); izvajajo javna pooblastila in/ vsaj javne naloge (npr. javne službe, UMAR, SURS); če gre za člansko obliko je le-ta navadno obvezna (zbornice–gospodarske, poklicne–npr. notarska, zdravniška); delujejo v javnem interesu; država ima večji vpliv (nadzira premoženje s strani Računskega sodišča).²³⁸

Pomen razlikovanja pravnih oseb javnega in zasebnega prava se kaže na številnih področjih. Najpomembnejše so razlike glede zaposlovanja (obseg in pogoji) in zagotavljanja sredstev za plače in določanje višine plač, plačevanja davkov, imenovanja in razreševanja organov, financiranja iz proračuna, vrst in obsega nadzora, pristojnosti ustanovitelja (države in lokalnih skupnosti) ob ustanovitvi in v primeru prenehanja, položaj lastnine idr. (Grafenauer in Brezovnik, 2006, str. 247). Razlike med pravnimi osebami javnega in zasebnega prava so: i) pravne osebe javnega prava²³⁹ praviloma ne plačujejo davkov; ii) pravne osebe javnega prava se praviloma financirajo iz javnih sredstev (državni, občinski proračun); organe imenuje in razrešuje država oz. ustanovitelj (lahko pa izda samo soglasje), razen pri univerzi, ki je avtonomna; nadzor je strožji, nadzira jih tudi računsko sodišče (lahko nadzira tudi osebe zasebnega prava, če le-te pridobijo sredstva iz proračuna); zaposlovanje je omejeno, plače so enotno urejene oz. primerljivo določene; plače so omejene in so za javni sektor usklajene, v zasebnem pravu jih določajo lastniki.

238 Za merila za opredelitev pravne osebe javnega prava lahko uporabimo merila, ki so oblikovana v drugih pravnih sistemih, in sicer:

- namen zakonodajalca, da neko pravno osebo ustanovi kot javnopravno - se uporabi v primeru, če v zakonu ni izrecno določeno, da je neka pravna oseba pravna oseba javnega prava;
- način ustanovitve – to je ugotovitev, ali je pravna oseba ustanovljena z zakonom ali drugim upravnim aktom (izjemoma je mogoče, da bi bila pravna oseba javnega prava ustanovljena z zasebnopravnim aktom);
- cilj pravne osebe, pri čemer ustanovitev s ciljem uresničevanje javnih, ne pa zasebnih interesov oziroma namenov, kaže na pravno osebo javnega prava;
- razmerje med pravno osebo in javnimi oblastmi - predvsem ali je bolj kot pravne osebe zasebnega prava podrejena javnemu pravu (kako oblastni organi posegajo v njeno upravljanje, jo nadzorujejo ipd.);
- ali ima pravna oseba prerogative, zaradi katerih ni v celoti podrejena zasebnemu pravu, ali ima javna pooblastila, torej ali zanjo velja pravna ureditev, različna od ureditve zasebnopravnih subjektov (ali je financirana iz javnih sredstev, ali ima pravno zagotovljen monopolni položaj, ali je članstvo v njej obvezno, ali lahko predpisuje obvezne prispevke članov ipd.) (Pirnat, 1999, št. 6-7).

239 Ustanove državne in javne uprave na internetu (seznam ni popoln!), <http://www.gov.si/abecedno.html>

15.1.1 Oblike oseb javnega prava

Oseb javnega prava je več vrst; za vse veljajo omenjeni ločitveni oz. razlikovalni kriteriji, ki pa jih ločujejo le od oseb zasebnega prava, ne pa medsebojno. V grobem bi lahko razlikovali med javnimi korporacijami, javnimi zavodi, javnimi skladi, javnimi agencijami in t. i. sui generis osebami javnega prava. Tako si pod pojmom korporacije (lat. *corpore*, telo) si razlagamo pravne osebe, ki temeljijo na združenju oseb oziroma imajo člansko strukturo; gre za skupnost oseb, ki so njeni člani.

Za *korporacije* javnega prava je značilno, da je članstvo praviloma obvezno oziroma je neodvisno od volje članov. Služijo javnim namenim, praviloma so nosilke javnih pooblastil. Praviloma se financirajo iz članarin, drugih prispevkov in pristojbin. Le nekatere, in sicer območne korporacije, imajo pravico pobiranja davkov⁷. Javne korporacije so območne ali teritorialne (v njih sodijo osebe z določenega območja. Tej korporaciji je podvržen vsak, ki prebiva oziroma ima sedež na tem ozemlju, saj imajo oblast na tem območju. To so večinoma država, občine, itd.), osebne korporacije (temeljijo na združenju oseb, ki jih povezujejo enaki poklici ali skupni cilji; sem spadajo razne zbornice kot so npr. zdravniška, odvetniška, lahko pa tudi študentska združenja, univerze in visoke šole, akademije), realne (tudi interesne) korporacije (korporacija, ki povezuje osebe glede na lastnino na nepremičnini ali določenih stvareh; tipični primeri so lovske in ribiške zveze, razna združenja, ki so odvisna od geografskih značilnosti in zgodovinskih posebnosti. Teorija take dejavnosti imenuje interesne skupnosti) ter druge vrste korporacij javnega prava (teorija v to skupino korporacij uvršča tudi cerkev oziroma nekatere verske skupnosti; prav tako teorija opozarja, da ta pravna oseba nima javnih pooblastil, ne izvaja državnih upravnih nalog in nima obveznega članstva (Trstenjak, 2003, str. 106).

Javni zavodi so po Zakonu o zavodih organizacije, ki se z namenom opravljanja javne službe ustanovijo za opravljanje dejavnosti vzgoje in izobraževanja, znanosti, kulture, športa, zdravstva, socialnega varstva, otroškega varstva, invalidskega varstva, socialnega zavarovanja ali drugih dejavnosti, če cilj opravljanja dejavnosti ni pridobivanje dobička. Javni zavodi se lahko ustanovijo tudi za opravljanje dejavnosti, ki niso opredeljene kot javne službe, če se opravljanje dejavnosti zagotavlja na način in pod pogoji, ki veljajo za javno službo. Prek javnega zavoda država ali samoupravna lokalna skupnost zagotavlja storitve v javnem interesu. Bistvo zavoda niso člani, temveč uporabniki.

Sklad javnega prava je namensko vezano premoženje, ki je kot pravna oseba organizirana z zakonom. To premoženje je namenjeno posebnim javnim nalogam. Te naloge mora država zagotoviti, da se izvajajo. Skladi so po strukturi primerljivi z ustanovami v zasebnem pravu. Bistvena razlika med skladom in zavodom v javnem pravu je predvsem v nalogah, delno v strukturi in največja razlika v premoženju.

Poleg skladov, ki imajo pravno osebnost obstajajo tudi nesamostojni skladi; gre za premoženje, ki je posebej upravljano premoženje in ga opravljajo teritorialne korporacije (država) ali osebne korporacije (univerza, rektorjev sklad). Bistvena razlika med ustanovami javnega prava in javnimi zavodi je v tem, da ustanova nima nujno vidnih institucij in nima članov, pač pa ima koristnike. Pri zavodih pa govorimo o uporabnikih. Pomembno je ustanove javnega prava razlikujemo od javnih ustanov. Opredelitev javne ustanove je le skupinska opredelitev za vse ustanove, ki so ustanovljene za javne, tj. splošnokoristne in dobrodelne namene. V Sloveniji so skladi javnega prava urejeni z zakonom o javnih skladih.

Javna agencija se glede na določbe Zakona o javnih agencijah ustanovi za opravljanje regulatornih,²⁴⁰ razvojnih²⁴¹ ali strokovnih²⁴² nalog v javnem interesu, če zanje z zakonom ni predvidena druga statusna oblika. Javna agencija se ustanovi:

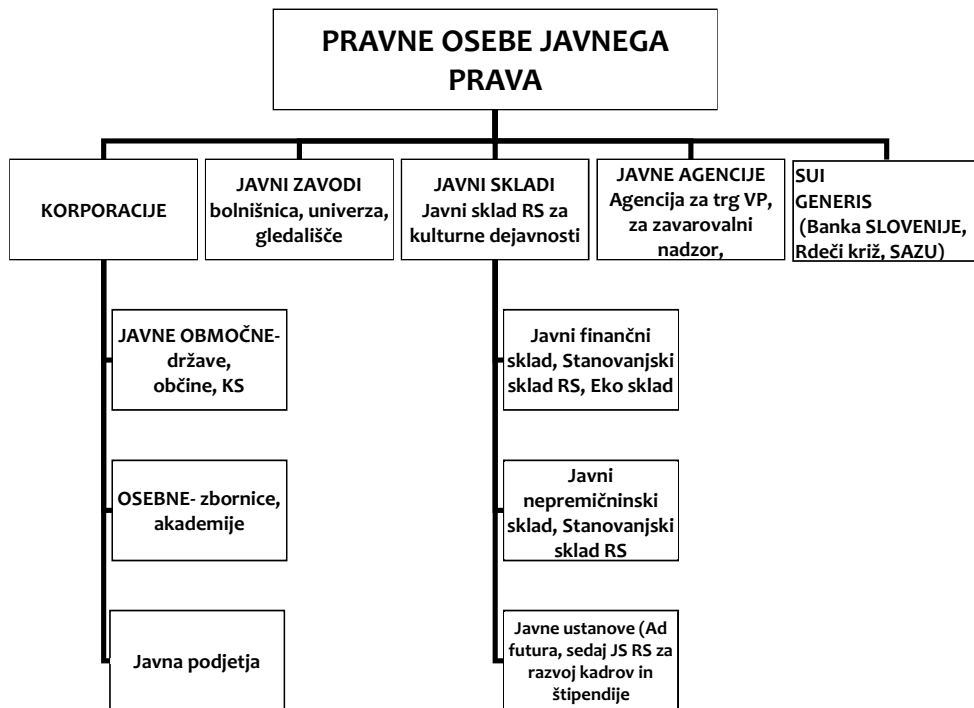
- če je s tem omogočeno učinkovitejše in smotrnejše opravljanje omenjenih nalog, kot bi bilo v primeru opravljanja nalog v upravnem organu, zlasti če se lahko opravljanje upravnih nalog v celoti ali pretežno financira z upravnimi taksami oziroma plačili uporabnikov, ali
- če glede na naravo oziroma vrsto nalog ni potreben ali ni primeren stalni neposredni politični nadzor nad opravljanjem nalog.

Javna agencija se lahko ustanovi le v primeru, ko z organizacijsko obliko organa v sestavi ministrstva ne bi bilo mogoče uresničiti cilja iz prve alineje prejšnjega odstavka. Ob glavnih omenjenih nalogah, odloča o javnopravnih stvareh v skladu z zakonom o splošnem upravnem postopku, nadzor, ki ga opravlja javna agencija, vključuje nadzor primernosti in strokovnosti dela pravnih ali fizičnih oseb, katerim dodeljuje finančna sredstva ali druge oblike spodbud, ter drugih oseb, za katere zakon tako določa. Javna agencija lahko poleg nalog določenih z zakonom opravlja dejavnosti, ki so povezane z njenim ustanovitvenim namenom oziroma nalogami, ki jih opravlja v javnem interesu, če je tako določeno z ustanovitvenim aktom skladno s posebnim zakonom.

240 Javna agencija lahko po javnem pooblastilu na podlagi zakona ureja pravna razmerja in odloča v posamičnih stvareh. Pri izvajanju teh nalog izdaja splošne akte za izvrševanje javnih pooblastil in upravne odločbe. Splošne akte sprejema svet javne agencije. Splošni akti javne agencije so predpisi, ki se objavijo v Uradnem listu Republike Slovenije. Javna agencija je dolžna posredovati splošni akt za objavo ustanovitelju (gl. 27. člen ZJA).

241 Javna agencija opravlja razvojne naloge v skladu z namenom, zaradi katerega je bila ustanovljena. Razvojne naloge javne agencije obsegajo predvsem svetovanje, opravljanje strokovnih razvojnih nalog za državne organe, lokalne skupnosti ter fizične ali pravne osebe, sprejemanje ukrepov iz lastne pristojnosti ter razporejanje in dodeljevanje finančnih spodbud in drugih sredstev (gl. 28. člen ZJA).

242 Javna agencija opravlja strokovne naloge skladno z namenom, zaradi katerega je bila ustanovljena. Državni organi, organi lokalnih skupnosti ter osebe javnega prava so dolžni za potrebe priprave strokovnih analiz ter drugih vrst obdelav podatkov javni agenciji proti plačilu dejanskih stroškov oziroma proti plačilu po tarifi posredovati podatke, ki jih za njihovo pripravo potrebuje (gl. 30. člen ZJA).



15.2 Javno pooblastilo

Državna uprava ima lahko v izhodišču dve glavni vlogi: z nastankom pravne države je postala upravičena za oblastno delovanje pod pogoji, ki jih določa pravni red, z nastankom socialne pa je postajala z neposrednim izvajanjem storitev tudi vse bolj servis družbe. Z javnim pooblastilom oziroma prek njega prevzema tudi tretjo vlogo, ki je v prepuščanju oblastnih nalog tistim, ki se jih je pred tem reguliralo; z nosilci javnih pooblastil se vzpostavijo samoregulatorni mehanizmi, ki ne regulirajo le delovanja svojih članov, temveč tudi drugih subjektov. Temeljno načelo v sodobni državi je, da naloge, ki pomenijo neposredno izvrševanje javne oblasti (naloge uprave), opravljajo organi države ali lokalne skupnosti. Kljub temu noben državnopravni aparat ne more v celoti izvrševati javne oblasti, zato nekatere upravne naloge izvajajo nedržavne organizacije. Javno pooblastilo je v RS ustavnopravni institut (za razliko od koncesije). Je zlasti instrument nedržavne uprave oziroma edina ustavna podlaga za njeno delovanje: je pravni institut, na podlagi katerega pravna ali fizična oseba, ki ni sestavni del države ali lokalnega aparata, opravlja javne naloge.

O nastanku javnega pooblastila govorimo konec 19. stoletja z nastankom javnih služb. Tako ugotovimo, da so javna pooblastila tesno povezana s javnimi službami. Javnim službam in javnim pooblastilom je skupno omogočiti nedržavnim organiza-

cijam avtoritativno izvrševanje javnih nalog v splošnem družbenem interesu. Prva javna pooblastila so bila podeljena zaradi izvrševanja javne službe, tako tu govorimo izdajanju avtoritativnih aktov, potrdil itd. Javne službe so dobile največji pomen v Franciji, kjer so se najprej pojavile in dolgo časa ostale kot prevladujoč temelj upravnega prava. Izmed različnih oblik javnih služb so bile za nastanek javnega pooblastila pomembne predvsem industrijske, komercialne in koncesionirane javne službe. Pri slednjih je morala država tem službam zaupati pravico do izvrševanja oblasti, vezano na to javno službo. Pri obsegu teh pravic gre izdajanje javnih listin, vodenje javnih evidenc (registrov), in celo izdajanje oblastnih aktov (Kovač, 2006).

15.2.1 Namen podelitve javnega pooblastila

Namen je zagotoviti smotrnost in učinkovitost izvajanja upravnih nalog. Pri tem mora zakon jasno definirati katere naloge se lahko prenesejo z javnim pooblastilom, komu se lahko podelijo javna pooblastila, kakšne pogoje morajo izpolnjevati nosilci javnih pooblastil, kateri organ podeli javno pooblastilo, po kakšnem postopku se podelijo javna pooblastila. Glavni razlogi za sistem podeljevanja javnih pooblastil so:²⁴³

❖ Racionalnost in ekonomičnost izvajanja nalog

Nesmiselno bi bilo, da bi državni organi sami opravili vse naloge, ker je bolj ekonomično prenesti izvajanje določene naloge in zagotoviti plačilo. Z drugimi besedami: upravne naloge, ki so v interesu uporabnikov in katere uporabniki neposredno plačajo (v obliki javne takse ali neposrednega plačila), lahko opravlja državni upravni aparat, a so druge institucije pri tem bolj učinkovite. Vidna je povezava med plačilom in storitvijo, ki ima oblastne značilnosti. Glavni razlog je povezava z dejavnostjo subjekta; subjekt naloge namreč lažje opravlja, kot bi jih država. Primer: organizacija že opravlja gospodarsko dejavnost (tehnični pregledi), ob tem pa lahko opravi še upravne naloge (registracija vozil), zato je pri izvajanju teh nalog učinkovitejša – gre za koneksiteto.

❖ Potreba po samoregulaciji

Gre za razlog interesne narave, potrebo po relativno samostojnem upravnem odločanju o nekaterih vprašanih ali na nekaterih področjih. Del odločanja država prepusti neki interesni skupini (npr. zbornice) - s tem se želi odločanje o zadevah čimbolj približati specifičnim interesom tistih, o katerih pravicah in obveznostih se odloča. Neka

²⁴³ Zakon o državni upravi nima nobene vsebinske omejitve glede vsebine javnega pooblastila, deloma govori o neodvisni regulaciji in deloma o racionalnosti, ne govori pa o samoregulaciji (opredeljuje dva od zgoraj omenjenih razlogov):

Javna agencija se lahko ustanovi za opravljanje upravnih nalog v skladu s posebnim zakonom, ki ureja javne agencije:

- če je s tem omogočeno učinkovitejše in smotrnejše opravljanje upravnih nalog, kot bi bilo v primeru opravljanja nalog v upravnem organu, zlasti če se lahko opravljanje upravnih nalog v celoti ali pretežno financira z upravnimi taksami oziroma plačili uporabnikov, ali
- če glede na naravo oziroma vrsto nalog ni potreben ali ni primeren stalni neposredni politični nadzor nad opravljanjem nalog.

vprišanja so torej taka, da o njih ne odloča upravni organ, ampak so prepuščena samoregulaciji (ponavadi gre za izdajanje splošnih aktov). Država to dejavnost le nadzira, mora pa imeti možnost te odločitve spremeniti. Navadno gre za pooblastila različnih interesnih društev in javnopravnih zbornic (npr. obrtno dovoljenje izdaja obrtna zbornica).

❖ Potreba po neodvisnem upravljanju (regulaciji)

Nosilec javnega pooblastila mora biti neodvisen od izvršilne veje oblasti; ta neodvisnost je vedno relativna, vendar pa se vlada ne more neposredno mešati v delo takega regulatorja; neke upravne odločitve se tako odmaknejo od upravnega aparata, odločanje je tu prepuščeno neodvisni instituciji (npr. javno pooblastilo različnih agencij: Agencija za trg vrednostnih papirjev (ATVP), Agencija za energijo, Agencija za telekomunikacije in pošto); interesenti nimajo in ne smejo imeti nobenega vpliva na to področje.

15.2.2 Postopek podelitve javnega pooblastila

Javno pooblastilo se lahko podeli z zakonom ali na podlagi zakona. V slednjem primeru to pomeni, da mora zakon določiti vse bistvene sestavine javnega pooblastila in kriterije izvire ter način postopka za samo podelitev oz. pridobitev ter odvzem javnega pooblastila. Natančnejše pogoje, kriterije, merila in postopek za podelitev javnega pooblastila pa se podrobneje določi s podzakonskim predpisom minister, pristojen za določen resor. Pravnim osebam javnega in zasebnega prava, ki delujejo na določenem področju, katerega delovanje je v javnem interesu, lahko minister, pristojen določen resor (ali druga oseba, določena z zakonom), v skladu z določbami zakona, ki ureja državno upravo, za določen čas z odločbo, na podlagi javnega natečaja podeli javno pooblastilo za izvajanje upravnih nalog na področju, za katerega se podeljuje.²⁴⁴ Če je kandidatov za pridobitev javnega pooblastila več, je potrebno izvesti tenderski, izbirni, postopek, sam postopek izbire pa mora določiti zakon. Akt podelitve je vedno oblastveni akt. Poleg samega zakona, ki podeli javno pooblastilo, je treba upoštevati tudi nekatere ustavne zahteve v postopku izbire: vsi kandidati morajo imeti enakopravni položaj (14. člen URS; prepoved diskriminacije), zagotovljena mora biti preglednost podeljevanja (2. člen), zagotovljeno mora biti sodno varstvo (23. člen) in pravica do pravnega sredstva (25. člen). Najpogosteje se javno pooblastilo podeli hkrati s podelitvijo koncesije, vendar ga ne smemo zamenjevati s koncesijo (čeprav gre za neke vrste koncesijo storitve).

²⁴⁴ Tako npr. Zakon o spodbujanju razvoja turizma predvideva podelitev javnega pooblastila za izvajanje upravnih nalog izvajanja postopkov javnih razpisov s področja spodbujanja razvoja turizma in vrednotenje njihovih učinkov, mednarodnega sodelovanja na področju turizma, spremljanja stanja in vrednotenje pomena turizma v narodnem gospodarstvu, vrednotenja učinkov strategije in turistične politike in vrednotenja in spodbujanja dviga kakovosti turistične ponudbe.

15.2.3 Nosilci javnega pooblastila

Nosilci so subjekt pooblastila. Ustava RS v 121. členu določa, da 'z zakonom ali na njegovi podlagi lahko pravne ali fizične osebe dobijo javno pooblastilo za opravljanje določenih nalog državne uprave'. Javno pooblastilo je pooblastilo subjektu, ki organizacijsko ni vključen v državno upravo, da lahko opravljanja določene naloge državne uprave, ta subjekt pa so lahko pravne ali fizične osebe. Ker ustava pravnih oseb ne omejuje na pravne osebe zasebnega ali javnega prava se lahko javno pooblastilo z zakonom podeli obema²⁴⁵ vrstama pravnih oseb, medtem ko neposredno omenja fizične osebe.²⁴⁶ Nosilci javnih pooblastil ne morejo biti država, lokalna skupnost (prenos pooblastil z države na lokalno skupnost je namreč urejen s posebnim institutom – prenesene naloge), organizacije, ki niso pravne osebe in politične stranke.²⁴⁷

15.2.4 Pravna narava in posledice javnega pooblastila

Naloge državne uprave se torej lahko izvajajo izven državne uprave, pri čemer je bistveno, da nosilci javnega pooblastila vstopajo v razmerje v odnosu do posameznih strank v postopku kot organi državne uprave. V načelu so nosilci javnih pooblastil izenačeni z upravnimi organi, velja pa nekaj posebnosti, saj zaposleni pri nosilcu javnih pooblastil nimajo statusa javnega uslužbenca (ta status imajo tiste organizacije, lahko tudi nosilci javnih pooblastil, ki so določeni v **zakonu o javnih uslužbencah**), praviloma nosilci javnih pooblastil ne morejo sami izvrševati svojih odločb, ampak morajo biti za to posebej pooblaščen z zakonom, sicer jih izvršujejo upravne enote,²⁴⁸ njihovi akti nimajo enake pravne veljave kot predpisi državnih organov, državni organi opravljajo nadzor nad nosilcem javnih pooblastil, opozarjajo na morebitne nezakonitosti in lahko izvedejo tudi postopek odvzema javnega pooblastila. Zoper odločbe nosilca javnega pooblastila je dovoljena pritožba, praviloma na mini-

245 Pravne osebe zasebnega prava so zlasti gospodarske družbe in društva; ustanovijo jih druge osebe zasebnega prava ali posamezniki, ki jim pravo priznava lastnost biti nosilec pravic in obveznosti. Zanje velja načelo numerus clausus: gospodarske družbe, gospodarske zbornice, društva, združenja društev, zavodi, sindikati, ustanove.

Pravne osebe javnega prava so najpogostejši nosilci javnih pooblastil (zlasti agencije in zbornice); ustanovi jih država, lokalna skupnost ali druga oseba javnega prava z aktom na podlagi zakona. Mnoge so ustanovljene kot unikum, npr. zdravniška, odvetniška, obrtna, kmetijska, gozdarska zbornica, Agencija za trg vrednostnih papirjev (ATVP), ali jih država določi kot vrsto, npr. javni zavod, javno podjetje. Nekatere pravne osebe javnega prava so posebej ustanovljene za to, da bodo izvajala javna pooblastila (regulatorne agencije). Njihov namen je zasledovanje javnega interesa.

246 Pri fizičnih osebah je treba ločiti položaj, ko fizična oseba izvaja javna pooblastila, ker je zaposlena v pravni osebi, ki ima javno pooblastilo (v tem primeru je nosilec javnega pooblastila še vedno pravna oseba). Fizične osebe z javnimi pooblastili so npr. notarji, samostojni podjetniki, ki so koncesionarji.

247 Glede političnih strank so mnenja deljena, večinsko pa je odklonilno, tj. da ne morejo biti nosilec javnih pooblastil, saj stranke tekmujejo za oblast z demokratičnimi postopki (volitve), ne pa z izvajanjem javnega pooblastila. Politične stranke so namenjene vplivanju na izvršilno oblast, ne bi pa smele izvrševati upravnih nalog.

248 Upravno izvršbo odločb, ki jih izdajo nosilci javnih pooblastil, ki nimajo pravice sami izvrševati svojih odločb, dovoljuje in opravlja krajevno pristojna upravna enota.

strstvo; včasih je pritožba izključena, dopusten pa je upravni spor, pri čemer je določitev upravnega spora brez možnosti pritožbe poseg v pravico, zato mora ustrezati kriterijem načela sorazmernosti.

15.2.5 Naloge, ki se izvajajo prek javnega pooblastila

Vsebina javnega pooblastila je oblastna naloga; ena od funkcij državne uprave je tudi izvršilna, kjer gre za izdajo splošnih upravnopravnih norm (vsebovanih v izvršilnih predpisih oz. podzakonskih aktih) in izdajo posamičnih upravnopravnih norm (vsebovanih v upravnih določbah kot posamičnih upravnopravnih aktih) ter opravljanje materialnih dejanj. Tudi pri javnem pooblastilu gre zato za upravno nalogo, ki pomeni izvrševanje oblasti in se podobno kaže v treh oblikah, ki so lahko predmet javnega pooblastila: a) izdaja splošnih aktov (b) izdaja posamičnih (konkretnih) aktov in c) opravljanje materialnih dejanj, realnih aktov. V primeru, ko gre za nalogi pod a in b, imenujemo pravne akte, kot splošen ali posamičen akt za izvrševanje javnih pooblastil. Narava norm, ki jih ti akti vsebujejo, je enaka kot če gre za splošen ali posamičen upravnopravni akt, ki bi ga - če ne bi bilo javnega pooblastila - izdal upravni organ (usklajenost pravnih aktov iz 153. člena se nanaša tudi na njih). Pooblastilo se največkrat podeli za izdajanje posamičnih aktov za izvrševanje javnih pooblastil (lahko tudi za izdajanje splošnih aktov za izvrševanje javnih pooblastil ali za opravljanje materialnih, realnih dejanj).

Splošni akti morajo biti skladni z Ustavo, zakoni in akti lokalne samouprave. Ustavnost in zakonitost presoja Ustavno sodišče. Splošne akte sprejme in izda nosilec javnih pooblastil; po pravni naravi so predpisi, a nižje veljave od predpisov države ali lokalnih skupnosti. So ustavna kategorija, saj jih Ustava loči od predpisov države in lokalne skupnosti (URS uporablja različna termina in sicer “predpisi države in lokalne skupnosti” ter “splošni akti nosilcev javnih pooblastil”). Splošni akti so abstraktni generalni pravni akti, ki vnaprej, na abstrakten način urejajo določena vprašanja za nedoločen krog oseb; splošne akte izdajajo nedržavne organizacije, teoretično tudi posamezniki, z njimi pa uredijo nekaj, kar je po bistvu upravna naloga. Za splošne akte morajo biti izpolnjeni vsi pogoji za veljavnost, ki veljajo za predpise; prav tako morajo biti v skladu z zakoni, kot tudi s podzakonskimi predpisi, kar lahko na koncu presoja Ustavno sodišče. Niti zakoni niti Ustava RS ne predpisujejo postopka sprejemanja takih aktov, pogosto pa se predpisuje soglasje.

Posamični akti za izvrševanje javnih pooblastil – predstavljajo najpogostejšo vsebino javnega pooblastila. Gre za primere, ko je nosilec javnega pooblastila pooblaščen za odločanje o pravicah in obveznostih, ima pravico opravljati upravni nadzor, izdajati javne listine, npr. prometna dovoljenja, ki jih izdaja AMZS. Ko odločajo o upravnih zadevah, odločajo po upravnem postopku. Gre za vodenje upravnih postopkov in

odločanje o upravnih zadevah (stvareh); ZUP določa, da morajo določbe upravnega postopka uporabljati nosilci javnih pooblastil, kadar odločajo o pravicah, obveznostih in pravnih koristih. Nosilci javnih pooblastil torej delujejo kot upravni organi. Tudi pri tej vrsti javnih pooblastil je včasih težko ugotoviti,²⁴⁹ ali gre za javno pooblastilo ali za interno odločanje organizacije (npr. interno odločanje o kršitvi pravil društva ni javno pooblastilo).

Materialna dejanja – sem se umeščajo vsa izvršilna dejanja, storitve varovanja objektov, prireditve. Način izvrševanja je enak kot pri upravnih organih (glede strank, načela zakonitosti). Težko pa je ugotoviti, kdaj gre za oblastno nalogo. Materialna dejanja so vsa tista, ki pomenijo neposredno izvrševanje (učinki v zunanjem svetu). Težko je ločiti, kdaj je neko materialno dejanje javno pooblastilo, saj jih je veliko, pri čemer je njihova “paleta” zelo raznolika. Materialno dejanja je predmet javnega pooblastila, če to izrecno določa zakon, če gre za dejanja upravne narave – kadar so taka, da so po svoji vsebini upravne narave (upravne naloge, npr. vodenje evidenc); **če vsebuje** kriteriji prisilnosti, obveznosti, nenadomestljivosti, ko materialno dejanje pomeni neko prisilo, ki se ji naslovnik ne more izogniti (pooblastila osebnih varnostnikov); vsa izvršilna dejanja, ki so oblastne narave; materialna dejanja, ki so sestavni del upravnega, inšpekcijskega postopka; dejanja, ki so povezana z drugimi postopki – npr. tesno povezana z upravno nalogo (tehnični pregled vozila – prometno dovoljenje). Te naloge so včasih sestavni del postopka, sporen pa je položaj tistih organizacij, ki npr. analizirajo vzorce v postopku inšpektorskega nadzorstva - imajo videz izvedenskega mnenja, ki sicer niso javna pooblastila.

15.2.6 Nadzor nad izvajanjem nosilcev javnih pooblastil

Državni aparat je politično odgovoren Vladi, ki nosilcev javnih pooblastil ne obvladuje tako, kot lastne organe, zaradi česar so potrebni posebni instrumenti nadzora. Nadzor nad splošnimi upravnimi akti ureja Zakon o državni upravi. Ob izdaji je tako običajno predpisano predhodno soglasje vlade oz. ministrstva. Splošni akt je treba pred objavo poslati pristojnemu ministrstvu, kot to določa zakon o državni upravi, po katerem ministrstvo opravlja nadzor nad zakonitostjo splošnih in posamičnih pravnih aktov, izdanih za izvrševanje javnih pooblastil. Če ugotovi, da je akt nezakonit, opozori nosilca javnega pooblastila. Če ta v določenem roku ne reagira, mora ministrstvo akt objaviti, vendar pa lahko vlada na predlog pristojnega ministrstva zadrži objavo splošnega akta, izdanega za izvrševanje javnih pooblastil, če meni, da je v nasprotju z ustavo ali zakonom, in predlaga nosilcu javnega pooblastila, da o njem

²⁴⁹ Če odločanje v upravnem postopku določi zakon oz. določi, da gre za upravno zadevo, če gre za elemente prisilnosti, obveznosti, nenadomestljivosti, če gre pri odločanju o pravici take narave za eksterno učinkovanje. To so na primer obrtna dovoljenja, prometno dovoljenje, licence, ki jih izdajajo zbornice, agencije, odobranje cen. Gre za izvrševanje javne oblasti, ne odločanje v okviru posloводства – gre za oblastno odločanje ex iure imperii o neki pravici.

ponovno odloči; pri tem mora vlada navesti razloge za zadržanje. Če nosilec javnega pooblastila vztraja pri svoji odločitvi, se splošni akt objavi, vlada pa lahko zadrži njegovo izvrševanje, če najkasneje v 15 dneh po objavi splošnega akta vloži pri ustavnem sodišču zahtevo za oceno njegove skladnosti z ustavo in zakonom. Nadzor nad posamičnimi upravnimi akti je enak, kot če bi akt izdal upravni organ. Upravna inšpekcija nadzira tako upravne organe kot nosilce javnih pooblastil. Glede materialnih ravnanj ima stranka prav tako enake možnosti, kot jih ima pri materialnih ravnanjih uprave.

15.3 Upravna pogodba

Upravna pogodba je pravni institut upravnega prava, ki ga je razvilo predvsem francosko upravno pravo (fr. *contract administratif*). So pogodbe, ki jih sklepajo osebe javnega prava in so v določenem delu pod javnopravnim režimom. V teh pogodbah pravna oseba javnega prava nastopa kot nosilec javnega interesa in pri uresničevanju le tega, ne more biti v celoti zavezana s pogodbami. Upravne pogodbe v francoskem pravu, kjer so jih najbolj razvili, niso vnaprej definirane, vendar jih sodišče priznava; gre torej za posebni pravni režim, v katerem sodišče odloča v vsakem konkretnem primeru. V sodni praksi so se razvili kriteriji, katere pogodbe šteti za upravne. Pravni režim izvira iz mešane narave akta, ki je rezultat soglasja volj, njeno vsebino pa predpiše javnopravna stran in jo lahko tudi enostransko spreminja. Regulativna vsebina je izražena v posebnem aktu (predpis, interni akt), ki je posamične ali splošne narave, v katerem pa ne gre za soglasje volj, ampak za enostransko javnopravno stvar.

15.3.1 Kriteriji upravnih pogodb

Sodna praksa je kot rečeno razvila določene kriterije, po katerih se presoja ali gre v določenih primerih za upravno pogodbo ali ne:

- kriterij *cilja*: upravne pogodbe so tiste pogodbe, ki imajo za cilj izvrševanje javne službe oz. izkoriščanje javnega dobra. Z upravno pogodbo stranka dobi pravico in obveznost deloma ali v celoti izvrševati javno službo oz. uporabljati naravne vire. Upravna pogodba nima običajnega pravnoposlovnega cilja ali kavze kot obligacijske pogodbe, saj je vedno sklenjena v javnem interesu (npr. koncesijska pogodba, ki je sklenjena za zagotavljanje javne službe, koristi).
- kriterij *posebnih določb*: upravne pogodbe so tiste, v katerih je mogoče najti določbe, ki ne spadajo v okvir zasebnega prava; poleg običajnih obligacijskih vsebin, so v upravni pogodbi še določbe, ki jih stranke sicer v okviru svobodne volje ne bi sprejele. Gre za določbe o nadzoru, nalaganju sankcij, o možnem enostranskem spreminjanju ali odstopu od pogodbe ipd. Zasebna stran se mora tem določbam podrediti.

- kriterij *strank*: praviloma mora biti vsaj ena stranka upravne pogodbe država, lokalna skupnost ali druga oseba javnega prava, ki izvršuje svoja pooblastila, da gre za upravno pogodbo. Če pa sta obe stranki osebi javnega prava, pa gre za upravno pogodbo ne glede na njeno vsebino.

Vsak od omenjenih kriterijev ima tudi izjeme in sicer pogodbe med uporabniki storitev javne službe in izvajalci javne službe niso upravne pogodbe, čeprav imajo posebne določbe (Pirnat, 2000, str. 143).

15.3.2 Pravni režim upravnih pogodb

Francoska teorija upravnega prava ugotavlja, da so upravne pogodbe mešani upravni akti (enostranski in dvostranski), saj vsebujejo na eni strani pogodbeno določila glede katerih se stranki sporazumeta in na drugi strani določila, ki so le izraz volje javne oblasti (npr. enostranska pravica do spremembe cen ali do pogojev delovanja). Režim upravnih pogodb ni določen na splošen in sistematičen način. Koncesijske pogodbe ureja Zakon o gospodarskih javnih službah, druge pogodbe pa so parcialno urejene v posebnih zakonih ali drugih predpisih. Za razsojanje o sporih glede teh pogodb je pristojno redno sodišče in ne upravno; v določenih primerih pride do izraza tudi možnost odstopa od pogodbe ter ostali posegi v vsebino, niso pa natančno določene posledice takšnega ravnanja. Upravne pogodbe niso gospodarske pogodbe, saj lahko javnopravna stran:

- izvaja in ima nadzor nad zasebnikom ali pravno osebo zasebnega prava (pregleduje, zahteva poročila, jemlje vzorce,...);
- izreka posebne sankcije, ki nimajo narave pogodbenih kazni, ampak naravo javnopravne sankcije prekrška;
- odloči, da bo odstopila od pogodbe in sama vzela v režijo. Za popoln odvzem oz. prevzem upravljanja obstajajo določene omejitve. V popolni meri se to lahko zgodi le zaradi določenih kršitev ali če je javni interes tak, da se ne izvršuje več koncesije, ampak se prenese v režijo (trajno ali začasno);
- enostransko odstopi od pogodbe, podobno kot prevzem v režijo, le da je odstop trajen, poleg tega pri odstopu ni potrebno, da je šlo za kakšno kršitev. Javna stran pa mora poravnati škodo in izgubljeni dobiček;
- enostransko spreminja pogodbo, tako, da spremeni akt, ki predpisuje regulativne vsebine pogodbe (ta akt je obvezno izhodišče za izvajanje pogodb). Tudi ta sprememba za seboj potegne finančne posledice; v francoskem pravu govorijo o tem, da je potrebno vzpostaviti finančno ravnotežje, kar pa še vedno ni popolna odškodnina (primer: koncesija za javni prevoz: določena cena vozovnice, koncesionar pa računa na določeno število potnikov; če se le-to zmanjša, ali pa država

zahteva nižjo ceno vozovnice ali bolj gost vozni red, je koncesionar na izgubi. Po obligacijskem pravu bi imel kar nekaj možnosti, tu pa ima roke zavezane).

Na upravičene razloge, ki se nanašajo na spremembo predpisa, se nanaša teorija dejanja s strani vladarja (*la théorie du fait du prince*), ki jo Pirnat uvršča v del finančnega ravnotežja upravne pogodbe.

To je eno temeljnih načel upravnih pogodb (finančno ravnotežje op.), ki nadomešča načelo *pacta sunt servanda* iz splošnega pogodbenega prava. V svojem bistvu je precej preprosto - zahteva, da se za drugo pogodbeno stranko ohrani ravnotežje med stroški in prihodki, na podlagi katerega je sprejela pogodbene obveznosti. Vendar načelo finančnega ravnotežja ne pomeni izločitve vsakršnega pogodbenega tveganja za drugo stranko, saj je omejeno na dva primera (dve teoriji, kot ju imenuje francoska upravnopravna doktrina), in sicer *la théorie du fait du prince* in *la théorie de l'imprevision*. Teorija *fait du prince* se nanaša na ukrepe javne oblasti, ki poslabšajo pogodbeni položaj druge strani v upravni pogodbi. Za to, da se teorija uporabi, morata biti izpolnjena dva pogoja: za ukrep se mora odločiti oseba javnega prava, ki je stranka upravne pogodbe; in, ukrep se mora neposredno in posebej nanašati na drugo pogodbeno stranko - splošni ukrepi, tudi če jih je sprejela javnopravna pogodbeno stranka, ne dajejo pravice do ohranitve finančnega ravnotežja. Praviloma mora ukrep sprejeti javnopravna pogodbeno stranka v svoji lastnosti pogodbene stranke, vendar sodišča včasih priznavajo tudi pravico do ohranitve finančnega ravnotežja v primeru, če je javnopravna pogodbeno stranka sprejela ukrep v drugi lastnosti kot pogodbeno stranka, če se specialno nanaša le na drago pogodbeno stranko. V nobenem primeru pa ne gre drugi pogodbeni stranki pravica do ohranitve finančnega ravnotežja, če je ukrep sprejela pravna oseba javnega prava, ki ni pogodbeno stranka. V primeru *fait du prince* gre praviloma prizadeti pogodbeni stranki polno nadomestilo, ki v celoti kompenzira finančni učinek ukrepov (2000, str. 99).

Pri upravni pogodbi je močno prisotno načelo kontinuitete opravljanja dejavnosti, saj se ta pogodba sklepa v javnem interesu. To načelo zavezuje državo, da redno, neprekinjeno skrbi za izvrševanje upravnih nalog v zvezi z javnimi službami kot za opravljanje javne službe s strani izvajalcev. Delovanje mora potekati brez prekinitve; le te so upravičene prenehati z izvajanjem storitev le v primeru upravičenih razlogov (sprememba predpisa, višja sila ali nepredvidljive okoliščine). Upravičene razloge, ki se nanašajo na višjo silo ali nepredvidljive, spremenjene objektivne okoliščine, francoska teorija imenuje *la théorie de l'imprevision* (teorija pomanjkljivega predvidevanja) kot rezultat jurisprudence, ki se je začela že leta 1916 in je aktualna še danes. Chapus jo opredeli na naslednji način: če nepredvidljive okoliščine pretresejo finančne učinke koncesijske pogodbe do stopnje, da koncesionar ne more več s svojimi sredstvi zagotavljati službe ne da bi pri tem propadel, mu je državna uprava zavezana (če pogodba ne predvideva kaj drugega ali teh okoliščin ni predvidela) priskočiti na

pomoč z odobritvijo dodatnih sredstev (povrnitev stroškov) v višini, ki mu omogočajo kontinuiteto opravljanja storitev (Chapus, 1996, str. 560).

Slovensko pravo instituta upravne pogodbe ne pozna, vendar tudi v slovenskem pravu nastajajo tovrstna pogodbeni razmerja. O sporih iz pogodb ne odločajo upravna sodišča, temveč sodišča splošne pristojnosti. Najbolj sistematično od vseh oblik upravnih pogodb je pri nas urejena koncesijska pogodba. Slovensko pravo pozna veliko koncesijskih razmerij, ki pa jih lahko razdelimo v dve skupini:

- koncesija za izvajanje neke dejavnosti
- koncesija za uporabo, izkoriščanje ali drugo posebno pravico na naravnem viru, na javnem dobru ali stvarih v javni lasti.

V prvo skupino spadajo predvsem koncesije za gospodarsko javno službo in koncesije za opravljanje različnih drugih javnih služb. V drugo skupino pa spadajo predvsem koncesije na naravni dobrini, ki jo ureja Zakon o varstvu okolja, in na nekaterih posebej urejenih naravnih dobrinah kot so rude, gozdovi in naravni rezervati. Pod upravne pogodbe bi pri nas lahko umestili pogodbe v zvezi z javnim dobrim in pogodbe v zvezi z izvajanjem javnih služb. Pri nekaterih je njihov pravni položaj manj jasen, vendar pa je javni interes močno prisoten in izražen. To so na primer pogodbe o dodelitvi državne pomoči, ki jo ureja Zakon o sprejemanju državnih pomoči.²⁵⁰ Upravna pogodba navadno preneha veljati z iztekom časa, za katerega je bila sklenjena, z odpovedjo, če je bila sklenjena za nedoločen čas, enostransko razvezo (t. i. oblikovalno upravičenje v civilnem pravu) ali z dogovorom pogodbenih strank. V primeru koncesijskih pogodb pa sta možna še dva načina za prenehanje pogodbe in sicer odvzem koncesije in odkup koncesije.

²⁵⁰ Med upravne pogodbe pa bi pri nas lahko uvrstili tudi pogodbe o zagotavljanju sredstev iz proračuna (contracting-in). Zakon o javnih financah določa, da za opravljanje javnih služb in dejavnosti v javnem interesu lahko država (občina) državno (občinsko) premoženje organizira v obliki javnih zavodov, javnih gospodarskih zavodov, javnih podjetij, javnih skladov in agencij. Upravnim pogodbam pa so blizu tudi pogodbe, ki nadomestijo upravne ali druge oblastne akte ali pa so sklenjene na podlagi takega akta. To pa so primeri pogodb iz 1. do 6. točke 91. člena Zakona o urejanju prostora (Uradni list RS, št. 110/02), katere se sklenejo namesto razlastitve (Dragar Milanovič, 2008, str. 83, 84, 87). Glede na kriterijev za določitev statusa upravne pogodbe lahko ugotovimo, da npr. pogodbe med uporabniki storitev javne službe in izvajalci javne službe niso upravne pogodbe, čeprav imajo nekatere posebne določbe (izvajalec javne službe ni nadrejen, upravni organ, pač pa izvaja določeno storitev); enako bi veljalo za pogodbe o izvedbi javnega naročila (odplačna pogodba med enim ali več ponudniki ter enim ali več naročniki, katere predmet je izvedba gradenj, dobav blaga ali opravljanje storitev), saj v primeru bistvenih sprememb ni dopustno enostransko spreminjanje, niti dvostransko spreminjanje pogodbe, pač pa je treba skleniti novo pogodbo (gl. primer iz Sodišča Evropske unije, t. i. *Pressetext, sodba Nachrichtenagentur v. Austria* (C-454/06), ki se nanaša na pogodbo, ki sta jo sklenili tiskovna agencija APA in Republika Avstrija: nov postopek javnega naročanja je potrebno izvesti pri vsaki spremembi pogodbe, ki je bistvena (vsebinska sprememba), in sicer tako, da jo lahko štejejo že za novo javno naročilo. Po drugi strani pa se lahko spremembe, ki niso bistvene, dogovorijo brez izvedbe novega postopka oddaje javnega naročila). Pri pogodbi o javnem naročilu nosi javni partner večino ali celotno poslovno tveganje izvajanja projekta (zasebnik lahko vztraja pri dobavi tistega in samo tistega, kar se je s pogodbo zavezal), medtem ko pri koncesiji nosi tveganje zasebni partner.

15.4 Koncesija

Koncesija²⁵¹ je širši pojem od upravne pogodbe; je poseben pravni institut starejšega izvora²⁵² in pomeni pooblastilo oz. dovoljenje, dano s strani države ali lokalne skupnosti, ki subjektu zasebnega prava omogoča izvajanje neke ekskluzivne pravice (npr. opravljanje neke dejavnosti, ki je monopolna, oz. gre za gospodarsko izkoriščanje državne lastnine). V zgodovini je bilo opravljanje vsake dejavnosti povezano s koncesijo oblasti. Izvor koncesije sega v zgodnji srednji vek, ko je morala biti vsaka dejavnost *izrecno dovoljena*. V srednjem veku so bile običajne dovolitve vladarja mestu za opravljanje dejavnosti, pobiranje dajatev ipd. Šlo je za element oblasti ter za neko pravico, ki jo prejemnik koncesije dobil, in ki je drugi v enakem položaju niso imeli (v 13. stoletju rudarske koncesije; koncesija za prevoz pošilk in potnikov; trgovske, bančne koncesije). V sodobni obliki se je razvila v Franciji kot oblika izvajanja javne službe (19. stoletje – doktrina javnih služb): mestna oblast je dovolila, da oseba zasebnega prava opravlja neko javno službo, praviloma kot monopol (element dovoljenja, soglasja javne oblasti); tudi danes koncesijo največkrat zasledimo v zvezi z opravljanjem javne službe. Pojem se je kasneje razširil v vsem kontinentalnem pravu (najbolj v romanskih pravnih sistemih); zaradi zahtev prava EU je danes postopek podeljevanja koncesij zelo zapleten.

Po pravu EU je koncesija enaka pogodba kot javno naročilo, pri čemer odmena za storitev oz. gradnjo ni denar, ampak pravica izkoriščati te storitve ali gradnje z razlogom poplačila koncesije. Pri tem ne gre za neposredno razmerje "daj-dam", ampak

251 Natančna definicija pojma koncesija ne obstaja, strokovnjaki različnih področij ga različno pojmujejo. Na splošno pomeni prenos, podelitev oz. pridobitev določene pravice ali izvajanje dejavnosti. Servisna funkcija države, ki ji pravimo tudi javna služba, se s koncesijo v javnem interesu prenese na koncesionarja – osebo civilnega prava. Tudi v različnih jezikih ima koncesija različni pomen. Francosko "concession" pomeni dovoljenje, dopustitev, pooblastilo. Angleški pojem "concession" pa ga opredeljuje kot popuščanje, dovoljenje, dodelitev, pooblastilo.

252 Pojem »concessio« se je pojavil že v starem Rimu; uporabljal se je pri zakupu državnega premoženja. Za začetek redne uporabe tega pojma navadno štejemo Francijo, ko je leta 1170 francoski kralj Ludvik VI. dovolil Parižanom transport blaga. Takrat je beseda "concedere" pomenila dovoliti, kasneje pa tudi ponudbo storitev, katere namen je bilo zadovoljevanje javnih potreb. V 13. stoletju pa se je začel pojem koncesija uporabljati za razvoj in gradnjo infrastrukture. Tudi avtorji splošno koristnih zamisli za razvoj države so od kralja dobivali koncesijo kot dovoljenje. To je zagotavljalo varstvo pred konkurenco, kralju pa ni bilo potrebno prevzemati finančnih in tehničnih tveganj. V srednjem veku pa so koncesijo dobili tudi osvajalci novih dežel. Na tak način so si države zagotovile ozemlje in si zgradile trgovske poti, oporišča in pristanišča. Primer sta Sueški in Panamski prekop ter pogodbe med državami. Danes koncesije v takem pomenu ne poznamo več. Pogodbena razmerja med državami opredeljujemo z institutom mednarodnega prava kot je pakt, sporazum ali konvencija. Prvo koncesijo kot gospodarsko javno službo pa so podelili v Franciji leta 1777 za zbiranje in distribucijo vode v Parizu. V 19. stoletju so zasebne družbe opravljele javne storitve z vladno licenco ali koncesijo. Lahko pa so jo dobile tudi od lokalnih oblasti. V začetku 20. stoletja z državnim intervencionizmom je država posegala v upravljanje infrastruktur in javnih služb. S tem pa prihajalo tudi do ustvarjanja državnih monopolov in nacionalizacije privatnih objektov. Nato je sledilo obdobje zastajanja koncesije, ponovno pa je oživel konec 20. stoletja. Razlog je velika zadolženost državnega proračuna in njegova omejitev. Začela se je tudi privatizacija javnega sektorja zaradi široke ponudbe zasebnih virov financiranja. Poenostavljeno zapisano so ponovni vzpon koncesij pogojevali strokovno – tehnični in finančno – proračunski razlogi, kot na splošno redefinirana vloga države. Na slovenskem območju je bila prva podeljena koncesija leta 1869 v Mariboru za "ureditev in gospodarsko izkoriščanje razsvetljave na plin (Mužina, 2004, str. 44).

javna oblast dovoli, da se nekaj zgradi, koncesionar se z uporabo poplača, na koncu pa vse skupaj dobi javna oblast. Danes je tako koncesija razmerje med javno oblastjo ali osebo, ki deluje v njenem imenu (koncedent) in osebo zasebnega prava ali drugo osebo, ki je v enakem položaju (koncesionar), ki je urejeno s pogodbo in v katerem koncedent prenese koncesionarju posebno ali izključno pravico opravljati dejavnost ali izkoriščati stvar na svoj račun. Ena od strank je še vedno javna oblast, vendar so možne izjeme, vsebina koncesije pa je opravljanje javne dejavnosti, kjer je vpleten javni interes. Lahko bi torej rekli, da je koncesijska pogodba, pogodba o dodelitvi 'pomoči' za izvajanje dejavnosti.

15.4.1 Stranke pri koncesiji

Stranki sta *koncedent in koncesionar*. Koncedent daje koncesijo. Je vsaka oseba javnega prava, ki ima pooblastilo za podeljevanje koncesij (država, lokalna skupnost in njihovi organi, redko katera druga pravna oseba javnega prava), praviloma pravna oseba. Sodna praksa je odločila, da je koncesija tudi, kjer ni bila zastopana javna oblast neposredno, ampak nek nosilec javnih pooblastil. Povezava koncedenta z javno oblastjo pa mora biti. Koncedentov je lahko tudi več, vendar v praksi do tega pride le, če se občina kot koncedent razcepi na dve občini. Koncedent kontrolira izvajalca preko upravnega prava. *Koncesionar* je praviloma²⁵³ zasebnopravna stran, pravna oseba zasebnega prava ali posameznik, izjemoma pravna oseba javnega prava ali lokalna skupnost, če je narava pravice taka, da jo lahko pridobi pod enakimi pogoji kot pravna oseba zasebnega prava ali posameznik (npr. postavitve žičnice; na razpis se lahko prijavi tudi občina – za žičnico potrebna koncesija, ker je ni možno postaviti kjerkoli!). Koncesionirano javno službo opravlja koncesionar v svojem imenu in za svoj račun na podlagi pooblastila koncedenta. Koncesionar je lahko fizična ali pravna oseba, če izpolnjuje pogoje za opravljanje dejavnosti, ki je predmet koncesionirane gospodarske javne službe (koncesionar je lahko tudi tuja oseba, če zakon ne določa drugače).

15.4.2 Razmerje z javnim naročilom

Pri javnem naročilu gre za kupoprodajno pogodbo. Za tako pogodbo je potrebno izvesti poseben postopek (bistvo tega je v zagotovitvi konkurenčnih ponudb), da lahko vsi iz držav članic EU pri tem sodelujejo. Javna oblast lahko naroči tudi storitve (npr. raziskovanje, vzdrževanje cest, gradnja objektov). Obstaja problem ločevanja, kdaj gre za oddajo javnega naročila in kdaj za podelitev koncesije (postopka sta različna). Po

²⁵³ Po zakonu o gospodarskih javnih službah je lahko le en koncesionar v specifičnem koncesijskem razmerju. V drugih koncesijah (ne po ZGJS) jih je lahko več, npr. konzorcij pravnih oseb (zakon o javno zasebnem partnerstvu določa, da gre lahko za konzorcij), vendar morajo biti njihova razmerja določena in obveznosti jasno razvidne. Konzorcij je lahko ustanovljen tudi samo z namenom izvajanja koncesije (one project company, single purpose vehicle); ko je namen izvajanja koncesije končan, se taka pravna oseba likvidira. Koncesionar pa ima lahko tudi podizvajalce.

pravu EU je razlika med koncesijo in javnim naročilom v razporeditvi tveganj. Kriterij ločevanja je razdelitev tveganja: če večino tveganja nosi izvajalec, gre za koncesijo, če pa večino tveganja nosi naročnik, gre za javno naročilo. Koncesionar nosi tveganje povpraševanja, saj ne ve zagotovo, ali bo dovolj tistih, ki bodo uporabljali njegovo storitev ali gradnjo. Če pa bi bilo njegovo plačilo fiksno in neodvisno od uporabnikov, bi šlo za javno naročilo. Če nosi tveganje²⁵⁴ posla pretežno koncesionar, gre torej za koncesijo (primer gradnje avtocest – tveganje je v tem, da se ne ve, ali bo cestnina stroške pokrila). Če pa se javna oblast zaveže, da bo iz proračuna krila primanjkljaj, je to javno naročilo (primer: javni potniški promet). Tveganje je lahko znotraj določenega razpona, vendar če ni nobenega tveganja, gre za javno naročilo. Razmejitvev je torej težavna, ampak ključna, saj je postopek podelitve bistveno drugačen.

15.4.3 Zakonska ureditev

Zakoni, ki urejajo koncesije so Zakon o nekaterih koncesijskih pogodbah (ZNKP), Zakon o gospodarskih javnih službah (podrobneje ureja koncesije; zahteva, da koncedent sprejme koncesijski akt (regulatorni), ki je po pravni naravi predpis), Zakon o javno-zasebnem partnerstvu (ZJZP) in Zakon o javnih naročilih. ZJZP loči dve obliki javno-zasebnega partnerstva in sicer statusnopravno (javni in zasebni partner skupaj ustanovita pravno osebo, vendar javni partner še vedno nadzoruje izvajanje službe. Partnerstvo urejajo notranji korporacijski akti) in pogodbeno (jedro posla je v pogodbenem razmerju med strankama; javno naročilo/koncesija). ZJZP loči tudi koncesije storitev, za katere predvideva le minimalne zahteve (objava, transparentni pogoji in merila, nediskriminatornost, merila morajo biti povezana s predmetom koncesije) in koncesije gradenj (predvidena so posebna pravila glede najkrajšega roka objave, objava v Uradnem listu EU, določeni so posebni pogoji glede podizva-

²⁵⁴ Na elementu tveganja temelji tudi Zakon o javno zasebnem partnerstvu:

27. člen (razmejitvev med javnonaročniškim in koncesijskim partnerstvom)

- (1) Če nosi javni partner večino ali celotno poslovno tveganje izvajanja projekta javno-zasebnega partnerstva, se javno-zasebno partnerstvo, ne glede na poimenovanje oziroma ureditev v posebnem zakonu, za namene tega zakona ne šteje za koncesijsko, temveč za javnonaročniško.
- (2) V primerih iz prejšnjega odstavka se namesto določb o javnem razpisu, neposredni podelitvi in pravnem oziroma/ter sodnem varstvu v postopku podelitve koncesije za izbiro izvajalca javno-zasebnega partnerstva in pravnega varstva v tem postopku uporabljajo predpisi o javnih naročilih. Tako razmerje se po tem zakonu šteje za javnonaročniško partnerstvo.
- (3) Po končanem postopku izbire zasebnega partnerja iz prejšnjega odstavka se, odvisno od narave in oblike razmerja, sklene koncesijska pogodba, skladno z zakonom, ki ureja gospodarske javne službe, v primeru, če ima razmerje obliko statusnega partnerstva, pa pogodba o statusnem partnerstvu.
- (4) Če je predmet koncesije izvajanje gospodarske javne službe ali druge dejavnosti, kjer zakon zaradi varovanja javnega interesa izrecno predpisuje izdajo upravne odločbe, mora koncedent izbranemu koncesionarju pred sklenitvijo pogodbe iz prejšnjega odstavka izdati odločbo, s katero mu podeli pravico izvajati to dejavnost. Drugih udeležencev (strank, stranskih udeležencev) v upravnem postopku izdaje odločbe ni.

28. člen

(odločanje v dvomu)

Če iz okoliščin javno-zasebnega partnerstva ni mogoče ugotoviti, kdo nosi večino poslovnega tveganja, se v dvomu šteje, da gre za javnonaročniško partnerstvo.

jalcev in soizvajalcev, pravno varstvo je revizija). V razmerju do ostalih zakonov imajo specialni zakoni prednost, razen v primeru koncesije gradenj in v primeru določb o objavi koncesije storitev. Razen teh omejitev se koncesije lahko uredi tudi drugače. Za druge javne službe ('socialne') ni posebne ureditve: zdravstvo, zagotavljanje socialne varnosti in socialno varstvo, lekarniška dejavnost itd. – gre za zagotavljanje javne koristi in ne dobrin kot pri gospodarskih.

15.4.4 Postopek in faze podelitve koncesije

Izhodišče postopka je v vključevanju tenderja, ki mora omogočati pristop več kandidatov, ki izpolnjujejo pogoje, preglednost in nediskriminatornost.²⁵⁵ Postopek koncesije je odvisen od vsebine: najprej je treba preveriti, ali gre sploh za koncesijo, ali pa gre za javno naročilo. Če gre za *javno naročilo*, se po Zakonu o javnih naročilih izpelje postopek javnega naročanja, ko začne veljati koncesijski akt. Nato pride do odločitve, ki mora biti v obliki odločbe, pri čemer je potrebno upoštevati Zakon o javno-zasebnem partnerstvu.²⁵⁶ Če pa gre za *koncesijo* po Zakonu o javno-zasebnem partnerstvu, se izvede postopek in izda odločba, ki jo terja Zakon o gospodarskih javnih službah. Na podlagi izdane odločbe pa se sklene koncesijska pogodba. Prva faza v postopku je *izdaja koncesijskega akta* – enostranski upravni akt; s koncesijskim aktom se določi predmet in pogoje opravljanja gospodarske javne službe za posamezno koncesijo.²⁵⁷ Koncesijski akt je tisti, ki štiti javni interes; je predpis Vlade

²⁵⁵ Evropsko pravo ureja koncesije ob javnih naročilih. Postopek javnega naročanja je urejen z Direktivo št. 17/18 iz leta 2004. Direktiva št. 18 poleg javnega naročanja ureja še koncesije (vendar le koncesije gradnje, tj. tiste, ki zajemajo gradbene storitve). Ostale koncesije v tej direktivi niso urejene, so pa poimenovane. Če se naročnik namesto plačila odloči za BOT sistem, se to šteje za koncesijo, za katero veljajo določbe direktive o javnih naročilih na področju gradnje (koncesija gradnje – *public works concession*; koncesija storitev – *public service concession*).

²⁵⁶ V primerih javnonaročniškega partnerstva se za javni razpis oziroma neposredno sklenitev in izbiro izvajalca javno-zasebnega partnerstva ter dodelitev del tretjim osebam uporablja, če ni s tem zakonom drugače določeno, Zakon o javnem naročanju. Po končanem postopku izbire zasebnega partnerja se, odvisno od narave in oblike razmerja, sklene pogodba s smiselno uporabo določb o koncesijski pogodbi, skladno z zakonom, ki ureja gospodarske javne službe, oziroma z uporabo pravil o pogodbi o statusnem partnerstvu, skladno s tem zakonom, če gre za statusno partnerstvo z naravo javnega naročila (gl. 43. člen ZJZP).

²⁵⁷ Koncesijski akt vsebuje:

- dejavnosti ali zadeve, ki so predmet gospodarske javne službe,
- območje izvajanja gospodarske javne službe, uporabnike ter razmerja do uporabnikov,
- pogoje, ki jih mora izpolnjevati koncesionar,
- morebitna javna pooblastila koncesionarju,
- splošne pogoje za izvajanje gospodarske javne službe in za uporabo javnih dobrin, ki se z njo zagotavljajo,
- vrsto in obseg monopola ali način njegovega preprečevanja,
- začetek in čas trajanja koncesije,
- vire financiranja gospodarske javne službe,
- način plačila koncesionarja ali način plačila odškodnine za izvrševanje gospodarske javne službe oziroma varščine,
- nadzor nad izvajanjem gospodarske javne službe,
- prenehanje koncesijskega razmerja,
- organ, ki opravi izbor koncesionarja,
- organ, pooblaščen za sklenitev koncesijske pogodbe,
- druge sestavine, potrebne za določitev in izvajanje gospodarske javne službe.

ali odlok lokalne skupnosti. S koncesijskim aktom se lahko da koncesionarju javno pooblastilo, če tako določa zakon. Bistvo koncesijskega akta je, da uredi koncesijo vnaprej na oblasten način (pri oddaji javnega naročila tega ni). Koncesijski akt se sprejme za vsako koncesijo posebej. V koncesijskem aktu se uredi vse, o čemer se koncedent noče pogajati. Koncesijski akt je mogoče izpodbijati le pred Ustavnim sodiščem (ocena ustavnosti in zakonitosti). Druga faza je *postopek izbire* – javni razpis; koncesionarje pridobiva koncedent na podlagi javnega razpisa; podlaga zanj je koncesijski akt, s katerim se določita tudi oblika in postopek javnega razpisa.²⁵⁸ Tretja faza je *akt o izbiri* – upravna odločba; o izbiri koncesionarja odloči koncedent z upravno “odločbo”. Akt izbire koncesionarja je oblastni akt, saj koncedent ni le naročnik, ampak nastopa kot javna oblast, koncesionar pa pridobi hkrati pravico in dolžnost opravljati javno službo.²⁵⁹ V postopku imajo vsi kandidati, ki so sodelovali v postopku javnega razpisa, položaj stranke. Končno odločitev je mogoče sprejeti tudi v upravnem sporu. Izbira poteka po zakonu o splošnem upravnem postopku, do izbire je postopek kompetitiven, čeprav upravni postopek čisto ni prilagojen javnemu razpisu, saj vpogled in dopolnitev vlog ni dopusten pri javnem razpisu. Akt ni upravna odločba, ampak sklep o izbiri. Vsebina akta je izbira, ne pa podelitev posebne ali izključne pravice. V nekaterih primerih se koncesija podeli z odločbo (npr. lekarniška dejavnost). Zakon o javnih naročilih ne ureja posebej akta o izbiri, pač pa posebno pravno sredstvo, tj. revizijo, ki je mogoča *med* postopkom (npr. zaradi diskriminatornih pogojev), ko pa je izdana odločba, revizija ni več mogoča, pač pa sta možna še pritožba in upravni spor. Četrta faza pa je *sklenitev koncesijske pogodbe*. S koncesijsko pogodbo se vzpostavi koncesijsko razmerje; v njej koncedent in koncesionar uredita medsebojna razmerja v zvezi z opravljanjem koncesionirane gospodarske javne službe.²⁶⁰ Koncesijska pogodba mora biti sklenjena v pisni obliki,

²⁵⁸ Po ZGJS javnega razpisa pri podelitvi koncesije ni mogoče izključiti s podzakonskim aktom. Pri javnem razpisu je potrebno sestaviti razpisno komisijo, pripraviti razpisno dokumentacijo, ki mora še podrobneje določiti vsebino koncesijskega razmerja kot koncesijski akt, sledi objava javnega razpisa, praviloma v Uradnem listu RS, v nekaterih primerih tudi v uradnem listu EU (po Zakonu o javnih naročilih je potreben v primeru koncesije gradnje vedno odprti postopek; če so dela vredna več kot 5 milijonov EUR, se objavi v glasilu Evropske skupnosti). Uporabljajo se trije možni postopki: 1) odprti postopek – javni razpis; 2) postopek s predhodno kvalifikacijo – dvostopenjski javni razpis (izbiranje usposobljenih kandidatov in izbira med ponudbami le-teh) ter 3) postopek s pogajanji z ali brez predhodne objave (brez predhodne objave lahko le, če je nedvomno ugotovljeno, da obstoji samo en možen izvajalec, kar je skrajno redko).

²⁵⁹ Potek pri javnem razpisu:

- javno odpiranje ponudb;
- njihova ocenitev v skladu z merili, ki morajo biti praviloma vsebovana v razpisni dokumentaciji;
- komisija pripravi predlog izbire;
- postopek izbire se uvede s trenutkom, ko koncedent dobi od komisije predlog in poročilo;
- koncedentov izbor z upravno odločbo – vsi kandidati imajo položaj stranke; 37/I. člen ZGJS: “O izbiri koncesionarja odloči koncedent z upravno odločbo.” ki mora biti jasno in podrobno obrazložena;
- odločba se vroči vsem sodelujočim na razpisu v enakem besedilu (včasih so poslali izbranemu odločbo, da je izbran, ostalim pa, da niso izbrani).

²⁶⁰ Koncesijska pogodba mora vsebovati naslednje vsebine:

- način in roke plačil in morebitne varščine,
- razmerja v zvezi s sredstvi, ki jih vloži koncedent,

sicer nima pravnega učinka. Vsebina pogodbe ima podobne sestavine kot koncesijski akt, vendar podrobneje, za spore iz koncesijske pogodbe so pristojna sodišča splošne pristojnosti, v splošnem se uporabljajo pravila obligacijskega prava. V razmerju med koncesijskim aktom in koncesijsko pogodbo se srečata javnopravna in zasebnopravna dimenzija. Koncesijski akt je predpis in ne sme veljati za nazaj (prepoved retroaktivnosti; neprava retroaktivnost pa je možna), medtem ko je koncesijska pogodba obligacijskopravnega značaja. V primeru neskladja med določbami koncesijskega akta in določbami koncesijske pogodbe veljajo določbe koncesijskega akta.²⁶¹ Koncesijska pogodba preneha po preteku časa, za katerega je bila sklenjena, z odpovedjo, če je sklenjena za nedoločen čas in z razdrtjem. Razlogi in pogoji za razdrtje, odpovedni rok in druge medsebojne pravice in obveznosti ob odpovedi ali razdrtju pogodbe se določijo v koncesijski pogodbi. *Tipi* koncesijskih pogodb so koncesija gradenj in storitev, koncesije storitev in koncesije izvajanja dejavnosti. Obstajajo pa tudi druge oblike koncesij: rudarske, vodne, žičniške, za naravna bogastva ...

Spremenjene okoliščine – javna oblast mora imeti možnost vplivati na koncesijo tudi potem, ko je pogodba že sklenjena. Koncesionar mora v okviru objektivnih možnosti zato opravljati koncesionirano gospodarsko javno službo tudi ob nepredvidljivih okoliščinah, nastalih zaradi višje sile. V takem primeru ima koncesionar pravico zahtevati od koncedenta povračilo stroškov, ki so nastali zaradi opravljanja koncesionirane gospodarske javne službe v nepredvidljivih okoliščinah. Koncesionar nima možnosti, da bi zahteval razvezo pogodbe, saj izvaja koncesijo v javnem interesu. Zakon zato določa, da mora nadaljevati s koncesijo tudi ob spremenjenih okoliščinah, vendar ima zato pravico do nadomestila (finančno ravnotežje). Tu ne gre za odškodninsko odgovornost koncedenta, saj gre za višjo silo, koncesionar pa ima pravico zahtevati le povrnitev nujnih stroškov (za dejansko škodo). Če bi slučajno take okoliščine povzročil koncesionar sam, bi koncedent vplival z ukrepi nadzora cen (ne dovoli povišanja cen ali spremeni pogoje izvajanja koncesije). Tem ukrepom koncedenta se koncesionar ne more izogniti, saj prihajajo iz oblastvenih prerogativ koncedenta.

-
- olžnost koncesionarja poročati koncedentu o vseh dejstvih in pojavih, ki utegnejo vplivati na izvajanje javne službe na način in pod pogoji, določenimi v koncesijskem aktu,
 - način finančnega in strokovnega nadzora s strani koncedenta,
 - pogodbene sankcije zaradi neizvajanja ali nepravilnega izvajanja javne službe,
 - medsebojna razmerja v zvezi z morebitno škodo, povzročeno z izvajanjem ali neizvajanjem javne službe,
 - razmerja ob spremenjenih in nepredvidljivih okoliščinah.
 - način spreminjanja koncesijske pogodbe,
 - prenehanje koncesijske pogodbe in njeno morebitno podaljšanje,
 - prenos objektov in naprav (odkup koncesije) in morebitno restitucijo po prenehanju koncesije.
- Koncesijsko razmerje nastane s sklenitvijo pogodbe (pogodbeni akt), pri nekaterih koncesijah pa razmerje nastane že prej z oblastnim aktom – upravno odločbo (primer: rudarske, zdravstvene koncesije). Značilnost slednjega je, da se pogodbe sploh ne sklene.

²⁶¹ Sprememba koncesijskega akta povzroči spremembo koncesijske pogodbe, vendar je koncesionar v tem primeru upravičen do finančne izravnave (načelo prepovedi retroaktivne veljave).

15.4.5 Vrste koncesijskega razmerja

Ločimo več vrst koncesijskih razmerij:

- ❖ koncesije za gospodarske javne službe so najpogostejše, podeli jih država ali lokalna skupnost; zagotavljanje dobrine, storitev na ekonomski način;
- ❖ koncesije za negospodarske javne službe se podelijo na področju, ki ni tržno; storitve se izvajajo iz socialnih razlogov;
- ❖ koncesije na naravni dobrini so za izkoriščanje naravnega vira, za posebno rabo naravnega javnega dobra ali za upravljanje naravne vrednote;
- A. koncesije na grajenem javnem dobru – za izkoriščanje grajenega javnega dobra; pravica zgraditi in uporabljati, ali samo uporabljati neko grajeno stvar za gospodarsko dejavnost; nekaj v splošni rabi, npr. raba avtoceste, luke ipd.;
- ❖ druge koncesije so koncesije, ki jih določajo razni drugi zakoni; niso splošno dovoljene dejavnosti, npr.: koncesija za prirejanje iger na srečo (niso javna služba ali javno dobro), koncesija za uvoz orožja in vojaške opreme, koncesija za promet z blagovnimi rezervami, koncesija za projekt, ki je v javnem interesu in se financira z zasebnimi finančnimi sredstvi (npr. gradnja garažne hiše (ni del javne ceste, lahko jo postavi kdor hoče, če pa jo hoče postaviti občina in nima denarja, lahko razpiše koncesijo).

15.4.6 Nadzor koncedenta nad koncesionarjem

Nadzor je večji kot to velja za splošno pogodbeno pravo. Predvsem mora biti določeno, kateri organ koncedenta izvaja ta nadzor, kar še posebej velja za javnopravni nadzor; v okviru slednjega koncedent izvaja nadzor na podlagi predpisov (skoraj vedno inšpekcijski, včasih tudi upravni nadzor) ter posebnih oblik nadzora kot javnopravnih aktov (finančni nadzor in nadzor nad izvrševanjem bistvenih obveznosti koncesionarja, zlasti do uporabnikov). Pri pogodbenem nadzoru le-ta omogoča podrobnejšo ureditev nadzora kot ga predvideva koncesijski akt.

15.4.7 Prenehanje koncesije

Razmerje med koncedentom in koncesionarjem preneha s prenehanjem koncesijske pogodbe, z odkupom in odvzemom koncesije ter s prevzemom koncesionirane gospodarske javne službe v režijo (ti načini predstavljajo javnopravno naravo prenehanja). Z odkupom koncesije preneha koncesijsko razmerje tako, da koncesionar preneha opravljati javno službo, ki je predmet koncesije, koncedent pa v določenem obsegu prevzame objekte in naprave, ki jih je koncesionar zgradil ali drugače pridobil za namen izvajanja koncesionirane javne službe. Odkup koncesije je možen samo, če je izrecno predviden v koncesijskem aktu ali v koncesijski pogodbi, s katero

se določijo tudi način, obseg in pogoji odkupa. Ne glede na navedeno, je odkup lahko tudi prisilen (tu se uporabljajo določbe predpisov, ki urejajo razlastitev; koncedent je dolžan plačati koncesionarju odškodnino, ki se določa po predpisih o razlastitvi). Odvzem koncesije je možen a) v javnem interesu, vendar mora biti odvzem utemeljen v zakonu ali drugem predpisu (npr. zakon na splošno, koncesijski akt podrobno), pri čemer mora predpis zdržati test neprave povratne veljave (če je interes pravne varnosti večji od javnega interesa, je potrebno pogodbo obdržati v veljavi). V primeru odvzema je treba potrebno koncesionarju povrniti škodo in izgubljeni dobiček. Odvzem je možen tudi zaradi b) kršitev koncesionarja – kršitev mora biti predvidena v predpisu. Za kršitve predpisov o izvajanju koncesijske dejavnosti je boljše predvideti odvzem koncesije (upravna pot), kot se zanašati na pogodbene sankcije odpovedi pogodbe (civilnopravna pot). Upravno se odvzem izvrši z upravno odločbo, ki ne pomeni pravnega sredstva proti dodelitvi koncesije, ampak pomeni novo upravno zadevo (nov postopek). Posledice odvzema nastopijo, ko postane upravna odločba pravnomočna. Koncedent lahko odvzame koncesijo koncesionarju če ne začne z opravljanjem koncesionirane gospodarske javne službe v za to določenem roku, če je v javnem interesu, da se dejavnost preneha izvajati kot javna služba ali kot koncesionirana gospodarska javna služba. Prevzem koncesije v režijo: pogoji in način prevzema se določijo v koncesijskem aktu ali v koncesijski pogodbi.

Koncesijska pogodba pa sicer preneha po preteku časa,²⁶² za katerega je bila sklenjena, z odpovedjo zaradi kršitve strank,²⁶³ če je sklenjena za nedoločen čas ali z razdrtjem, kar predstavlja pogodbene načine prenehanja, kot pri ostalih pogodbениh razmerjih (pogodbene oblike prenehanja pogodbe). Razlogi in pogoji za razdrtje, odpovedni rok in druge medsebojne pravice in obveznosti ob odpovedi ali razdrtju pogodbe se določijo v koncesijski pogodbi.

Prenehanje koncesionarja – koncesijsko razmerje je *intuitu personae*, zato s prenehanjem koncesionarja preneha tudi koncesija. Koncesijsko razmerje navadno preneha, razen kadar iz koncesijskega razmerja izhajajo premoženjske pravice, ki so po naravi stvari lahko predmet nasledstva. V tem primeru je treba vzpostaviti novo koncesijo, razen če zakon posebej ne določa, da te pravice prenehajo. Pri gozdarskih koncesijah se pravica prenese, pri prenehanju gosp. javnih služb pa ne.

Stečaj koncesionarja – ta precej pomembna okoliščina dolgo ni bila pravno urejena, sedaj pa to ureja Zakon o javno-zasebnem partnerstvu. Vsi objekti in naprave,

²⁶² Podaljšanje trajanja koncesije ni dovoljeno, saj bi bilo to v nasprotju z načelom konkurenčnosti. Kljub temu se pod določenimi pogoji lahko podaljša, in sicer ne za več kot polovico prvotnega trajanja, iz utemeljenih razlogov kot so višja sila, spremenjene okoliščine ali v primeru, če koncedent naloži dodatne obveznosti, ki jih ni mogoče izpolniti v času.

²⁶³ Koncesionar zaradi koncedentove kršitve ne more odpovedati pogodbe, saj se koncesija izvaja v javnem interesu (na voljo ima druge možnosti). Če pogodbo krši koncesionar, se koncedent odloči, ali je v javnem interesu, da ostane pogodba v veljavi (in v tem primeru naloži druge sankcije) ali ne.

izhajajoči iz koncesije, ne postanejo del stečajne mase; koncedent ima izločitveno pravico, a mora v stečajno maso vplačati njihovo ocenjeno vrednost. Če gre za koncesijo gradnje, postane koncedent lastnik, v stečajno maso pa vplača le tolikšen delež ocenjene vrednosti, kolikor je preostanek roka koncesije. Glede stavbne pravice je pravilo, naj projekt preide brezplačno.

Javno pooblastilo in koncesija se razlikujeta po vrsti aktivnosti, ki jo izvajata. Javno pooblastilo izvaja upravne (operativno-strokovne) naloge kot so izdajanje določb, vodenje evidenc, koncesija pa na drugi strani zagotavlja javne dobrine ali storitve ter predstavlja eno od oblik izvajanja javnih služb ali dovoljenje za opravljanje monopolne gospodarske dejavnosti, ki bi bila sicer dopustna le organom oblasti (npr. koncesija za igre na srečo, za izkoriščanje skupnega naravnega bogastva in virov, tj. vode, mineralnih snovi, mivka, pesek, gramoz, gozdovi).

15.5 Javno naročilo

Potreba po javnih naročilih izhaja iz preprostega dejstva, da je javna oblast tista, ki s sklepanjem pogodb posega v gospodarstvo. Države in pristojne osebe znotraj njih, pri tem rade prikrito dajejo državne pomoči ali favorizirajo določena podjetja. Država mora pri sklepanju pogodb delovati konkurenčno in pregledno, saj ne sme izkrivljati konkurence; omogočiti mora dostop večjemu številu ponudnikov. Država članica EU mora upoštevati načelo prostega pretoka blaga, načelo svobode ustanavljanja in načelo svobode opravljanja storitev ter načela, ki iz teh izhajajo, kot so načelo enakopravnosti, načelo nediskriminacije, načelo vzajemnega priznavanja, načelo sorazmernosti in načelo preglednosti. Pravila javnega naročanja naj torej zagotovijo tako raven javnega načina naročanja, da se prepreči kakršnokoli neenakopravnost, klientelizem in korupcijo.

Javni organi sklepajo pogodbe o izvajanju del in zagotavljanju storitev. Take pogodbe, sklenjene z enim ali več gospodarskimi subjekti v zameno za plačilo, imenujemo javna naročila gradenj, storitev ali blaga. Po Direktivi 2004/18/ES o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (v naš pravni red prenesena z Zakonom o javnem naročanju²⁶⁴) so 'javna naročila so proti plačilu pisno sklenjene pogodbe med enim ali več gospodarskimi subjekti ter enim ali več naročniki, katerih predmet je izvedba gradenj, dobav blaga ali opravljanje storitev v skladu s pomenom iz te direktive'.

²⁶⁴ Ta zakon določa obvezna ravnanja naročnikov, ponudnikov in podizvajalcev pri javnem naročanju blaga, storitev in gradenj (1. člen). Velja tudi Zakon o javnem naročanju na vodnem, energetske, transportnem področju in področju poštne storitve (Uradni list RS, št. 72/11 – uradno prečiščeno besedilo, 43/12 – odl. US, 90/12 in 19/14), ki določa obvezna ravnanja naročnikov, ponudnikov in podizvajalcev pri javnem naročanju blaga, gradenj in storitev na vodnem, energetske, transportnem področju in področju poštne storitve (t. i. infrastrukturne dejavnosti).

15.5.1 Razlika med javnim naročilom in koncesijo

Naročilo je odplačna pogodba med javnim naročnikom in izvajalcem, ki je plačan iz proračuna. Koncesija je prav tako odplačna pogodba, pri čemer pa je plačilo deloma ali v celoti zagotovljeno z uporabo, izkoriščanjem gradenj ali storitev. Za koncesijo pravila javnega naročanja ne veljajo, razen za koncesije gradenj, kar pa ureja Zakon o javno-zasebnem partnerstvu. Ločnica med obema pogodbama je v *tveganju* poplačila, ki ga pri koncesiji nosi izvajalec: 'javna koncesija je v Direktivi 2004/18/ES opredeljena kot vsaka javna pogodba, pri kateri je odmena (consideration) dana s pravico izkoriščati gradnjo ali storitve, lahko tudi v kombinaciji s plačilom. Javno naročilo je a contrario tista javna pogodba, kjer je dano plačilo praviloma neposredno iz javnih sredstev. Vendar vprašanje nikakor ni odvisno od tega, kdo je plačnik. Bistveno za ločitev javnih naročil od javnih koncesij je tveganje. Če večino tveganja v zvezi z izvedbo posla nosi izvajalec del, gre za javno koncesijo, če pa tveganje pretežno nosi naročnik, pa gre za javno naročilo'.²⁶⁵

15.5.2 Naročnik in postopek izvedbe javnega naročila

Naročniki po Zakonu o javnih naročilih so:

- organi Republike Slovenije in samoupravnih lokalnih skupnosti,
- javni skladi, javne agencije, javni zavodi,
- javni gospodarski zavodi in
- druge osebe javnega prava.²⁶⁶

Javno naročilo ne predstavlja posebnega tipa pravnega razmerja, pač pa postopek oziroma način nastajanja določenega pogodbenega razmerja, ki gre čez tri glavne faze:

²⁶⁵ European Commission Interpretive Communication on Concessions Under Community Law (2000/C 121/02); (Pirnat, 2008, str. 54). Pirnat meni, da v pravu ES obstajata dve vrsti javnih pogodb: javna naročila in javne koncesije – tertium non datur. To pomeni, da je vsako javno pogodbo z gledišča postopka njene sklenitve mogoče razvrstiti v eno od obeh kategorij. Javne pogodbe so drugačne od pojma upravnih ali javnopravnih pogodb, ki se sklepajo v javnem interesu in s posebnimi enostranskimi pravicami organa oblasti. Javna pogodba je vsaka odplačna pogodba, ki jo sklene eden ali več naročnikov v smislu Direktive 2004/18/ES ali 2004/17/ES, katere predmet je dobava blaga, izvedba storitev in/ali gradenj. Opredelilni elementi javne pogodbe so: 1. Vsaj ena od strank pogodbe je javni naročnik (organi države ali lokalne skupnosti in pravne osebe javnega prava); 2. gre za pogodbo (tudi enostranski akt javne oblasti predstavlja pogodbo, če s tem v bistvu pride do soglasja volje glede vsebine posla (predmet in cena); 3. odplačnost; 4. predmet pogodbe je blago, storitve in/ali gradnje (prav tam).

²⁶⁶ »Oseba javnega prava« je po tem zakonu vsaka oseba:

- a) ki je ustanovljena za opravljanje dejavnosti, ki so v splošnem interesu in ki nimajo industrijskega ali poslovnega značaja,
- b) ki je pravna oseba in
- c) je v višini več kot 50% financirana iz sredstev organov Republike Slovenije in samoupravnih lokalnih skupnosti ali drugih oseb javnega prava ali ti organi opravljajo nadzor nad poslovanjem take osebe ali ki imajo upravljaljski ali nadzorni odbor, katerega več kakor polovico članov imenujejo organi Republike Slovenije in samoupravnih lokalnih skupnosti ali druge osebe javnega prava.

- predrazpisna faza – država se npr. odloči, da bo gradila cesto – gre za politično odločanje in področje stroke;
- razpisna faza – tu gre za posebnosti, ki jih določa zakon, saj tisti, ki odločajo, tj. izbirajo pogodbene partnerje, pri tem ne uporabljajo svojega denarja, pač pa gre za javni denar, denar davkoplačevalcev; država zato predpiše poseben postopek, da ne bi prišlo do skušnjav (zlorab);
- porazpisna faza – če se država odloči, da bo zgradila cesto, je to določen pogodbeni tip; ta faza nima nikakršnih posebnosti oziroma razlik med klasičnimi pogodbenimi razmerji in javnimi naročili.

Temeljna načela, na katerih temelji javno naročanje – ureditev, razvoj sistema javnega naročanja in njegovo izvajanje mora temeljiti na načelu prostega pretoka blaga, načelu svobode ustanavljanja, načelu prostega pretoka storitev, ki izhajajo iz Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti in na načelih gospodarnosti, učinkovitosti in uspešnosti, zagotavljanja konkurence med ponudniki, transparentnosti javnega naročanja, enakopravne obravnave ponudnikov in sorazmernosti. Naročnik izvede javno naročanje skladno s 24. členom ZJN-2 po enem izmed naslednjih postopkov:

1. odprti postopek,
2. postopek s predhodnim ugotavljanjem sposobnosti,
3. konkurenčni dialog,
4. postopek s pogajanji brez predhodne objave,
5. postopek s pogajanji po predhodni objavi,
6. postopek oddaje naročila male vrednosti.

Odprti postopek oddaje javnega naročila je postopek, pri katerem lahko vsi, ki imajo interes pridobiti javno naročilo, predložijo svoje ponudbe, pripravljene skladno z vnaprej določenimi zahtevami naročnika iz razpisne dokumentacije.

Postopek s predhodnim ugotavljanjem sposobnosti je postopek, katerega namen je oddaja javnega naročila in v katerem naročnik v prvi fazi na podlagi vnaprej predloženih prijav prizna sposobnost ponudnikom in v drugi fazi povabi k oddaji ponudb kandidate, ki jim je priznal sposobnost.

Konkurenčni dialog je postopek, ki se lahko uporablja kadar uporaba odprtega ali postopka s predhodnim ugotavljanjem sposobnosti zaradi zahtevnosti javnega naročila ni mogoča in pod pogojem, da je merilo za izbiro najugodnejšega ponudnika ekonomsko najugodnejša ponudba. Naročnik lahko izvaja dialog vse do pridobitve končne rešitve oziroma rešitev, ki ustrezajo njegovim potrebam. Pri tem po potrebi med sabo primerja predložene rešitve. Po zaključku dialoga naročnik o tem obvesti udeležence

in jih pozove k predložitvi končne ponudbe, na podlagi sprejete rešitve oziroma rešitev iz zaključenega dialoga. Ponudbe morajo izpolnjevati vse zahteve iz razpisne dokumentacije. Naročnik oceni ponudbe in izbere najugodnejšo ob uporabi merila ekonomsko najugodnejše ponudbe, kot je opredeljeno v objavi ali razpisni dokumentaciji.

Naročnik sme oddati svoje javno naročilo po *postopku s pogajanjem po predhodni objavi*: 1. če v postopku oddaje naročila male vrednosti, odprtem postopku, postopku s predhodnim ugotavljanjem sposobnosti ali v konkurenčnem dialogu ne dobi nobene pravilne ali sprejemljive ponudbe, pri čemer pa se prvotno določene zahteve iz razpisne dokumentacije ne smejo bistveno spremeniti; 2. v izjemnih primerih oddaje javnega naročila, ko narava naročila in z naročilom povezana tveganja ne dopuščajo naročniku, da bi predhodno v celoti ocenil vrednost naročila; 3. v primeru storitev, med drugim za storitve kategorije 6 iz Seznama storitev A in intelektualnih storitev, kot so na primer storitve, ki vključujejo izdelavo načrtov za gradnje, če so značilnosti teh storitev take, da predmeta naročila ni mogoče določiti tako natančno, da bi bilo mogoče naročilo oddati z izbiro najugodnejšega ponudnika v skladu s pravili, ki veljajo za odprti postopek ali postopek s predhodnim ugotavljanjem sposobnosti; 4. v primerih javnih naročil gradenj, za gradnje, ki se izvajajo izključno zaradi raziskovanja, preskusov ali razvoja in ne zaradi ustvarjanja dobička iz te gradnje ali povrnitve stroškov raziskav in razvoja; 5. v primerih javnih naročil, katerih vrednost je nižja od vrednosti iz prvega odstavka 12. člena tega zakona. V omenjenih primerih se naročnik pogaja s ponudniki o ponudbah, ki so jih slednji predložili v tem postopku, da bi jih prilagodili zahtevam, ki jih je naročnik navedel že v objavi oziroma v razpisni dokumentaciji, z namenom izbire najugodnejšega ponudnika, ob uporabi vnaprej določenih meril. Pred pogajanjem mora naročnik ponudnike, ki jih namerava povabiti k pogajanjem, seznaniti s pravili, po katerih bodo pogajanja potekala. Naročnik mora med pogajanjem vnaprej pisno napovedati zadnji krog pogajanj, razen če je število krogov napovedal v razpisni dokumentaciji ali obvestilu o naročilu ali če se pogaja le z enim kandidatom. V primeru elektronske dražbe lahko namesto števila krogov draženja v povabilu k sodelovanju napove datum in čas zaključka dražbe.

Postopek s pogajanjem brez predhodne objave se lahko uporabi za javna naročila gradenj, javna naročila blaga in javna naročila storitev: 1. če v postopku oddaje javnega naročila v postopku oddaje naročila male vrednosti ali odprtem postopku ali postopku s predhodnim ugotavljanjem sposobnosti ne pridobi nobene ponudbe ali nobene primerne ponudbe oziroma nobene prijave in pod pogojem, da se prvotno določen predmet javnega naročila in vsebina razpisne dokumentacije bistveno ne spremenita in pod pogojem, da se Komisiji pošlje poročilo, če slednja to zahteva; 2. če lahko zaradi tehničnih oziroma umetniških zahtev predmeta javnega naročila ali iz razlogov, ki so povezani z varovanjem izključnih pravic, naročilo izpolni le

določen ponudnik. Naročnik ne sme uporabiti postopka s pogajanja brez predhodne objave na podlagi te točke, če je predmet javnega naročanja izvedba projekta, ki ga je projektant projektiral v predhodnem postopku javnega naročanja, in namerava v pogajanja vključiti le tega projektanta; 3. samo če je to nujno potrebno, kadar je iz razlogov, ki jih ni bilo mogoče predvideti in jih v nobenem primeru ni mogoče pripisati naročnikovemu ravnanju, javno naročilo neizogibno potrebno oddati in ni mogoče spoštovati niti skrajšanih rokov, ki so predpisani za odprti postopek ali postopek s predhodnim ugotavljanjem sposobnosti ali postopek s pogajanja po predhodni objavi; 4. če vrednost javnega naročila ne presega vrednosti, od katere dalje je treba objaviti javni razpis v Uradnem listu Evropske unije, če lahko naročilo izpolni vnaprej znano končno število sposobnih ponudnikov in pod pogojem, da enakovrno obravnava vse ponudnike; 5. v primeru, če naročnik v že začetem postopku javnega naročanja zaradi vloženega zahtevka za revizijo ne more pravočasno oddati javnega naročila, izvedba naročila pa je nujna tudi v tem obdobju, pod pogojem, da vrednost naročila ne presega vrednosti iz prvega odstavka 12. člena tega zakona in na podlagi predhodnega soglasja ministrstva, pristojnega za finance. Naročnik lahko v takem primeru odda naročilo le za čas do sklenitve pogodbe na podlagi že začetega ali ponovljenega postopka. Naročnik mora med pogajanja vnaprej pisno napovedati zadnji krog pogajanj, razen če je število krogov napovedal v razpisni dokumentaciji ali obvestilu o naročilu ali če se pogaja le z enim kandidatom.

Pred spremembo pogodbe, ki pomeni spremembo predmeta pogodbe, vključno s spremembo obsega predmeta naročanja, ali povečanje cene ali vrednosti pogodbe, mora naročnik obvestiti svoj nadzorni organ, če tega nima, pa vlado.

*Postopek oddaje naročila male vrednosti*²⁶⁷ – naročnik lahko omeji sodelovanje ponudnikov v postopku oddaje naročila male vrednosti zgolj na podlagi vnaprej opredeljenih pogojev. Naročnik lahko v postopek oddaje naročila male vrednosti vključi tudi pogajanja, če je le-to ali možnost vključitve pogajanj v postopek oddaje naročila male vrednosti napovedal v objavi obvestila o naročilu male vrednosti ali razpisni dokumentaciji.

*Objava*²⁶⁸ – bistvena značilnost postopkov oddaje javnih naročil je objava javnega razpisa (vsak postopek izbire pogodbenega partnerja je potrebno objaviti v Uradnem

²⁶⁷ Naročnik izvede javno naročanje:

- a) po postopku oddaje naročila male vrednosti ali kateremkoli drugem postopku iz 1. do 5. točke prejšnjega odstavka, če je vrednost predmeta javnega naročila brez DDV:
 - pri naročanju blaga ali storitev enaka ali višja od 20.000 evrov in nižja od 134.000 evrov ter
 - pri naročanju gradenj enaka ali višja od 40.000 evrov in nižja od 274.000 evrov;
- b) po postopkih iz 1. do 5. točke prejšnjega odstavka, če je vrednost predmeta javnega naročila brez DDV:
 - pri naročanju blaga ali storitev enaka ali višja od 134.000 evrov in
 - pri naročanju gradenj enaka ali višja od 274.000 evrov.

²⁶⁸ Vrste objav so: 1. predhodno informativno obvestilo, 2. obvestilo o javnem naročilu, 3. obvestilo o oddaji naročila, 4. obvestilo o naročilu male vrednosti, 5. obvestilo o oddaji naročila male vrednosti, 6. obvestilo o natečaju, 7. rezultati natečaja, 8. obvestilo o dodatnih informacijah, informacijah o nedokončanem

listu, v rubriki javne objave). Vsak naročnik, ki želi izbrati pogodbenega partnerja in mora ravnati po zakonu, mora postopek objaviti v Uradnem listu RS, vendar to ne velja za vsak primer, ampak je določen vrednostni prag: nad določeno vrednostjo je javni razpis obvezen, pod to vrednostjo, pa gre za javna naročila male vrednosti.

Poleg bistvene značilnosti javnih naročil, ki se nanaša na javnost in objavo, so ena izmed značilnosti tudi pogoji za sodelovanje in merila: ko država izbira pogodbenega partnerja, izvede javni razpis (vabilo k stavljenju ponudb), ponudniki pa podajo ponudbe, če izpolnjujejo pogoje za ugotavljanje sposobnosti in merila za izbor.

15.5.3 Postopki pravnega varstva

Pravno varstvo zoper kršitve v postopkih javnega naročanja je zagotovljeno v predrevizijskem postopku, ki poteka pred naročnikom, revizijskem postopku, ki poteka pred Državno revizijsko komisijo za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (v nadaljnjem besedilu: Državna revizijska komisija), in sodnem postopku, ki na prvi stopnji poteka pred okrožnim sodiščem, ki ga kot izključno pristojnega določa zakon, ki ureja sodišča.²⁶⁹ Aktivna legitimacija se prizna vsaki osebi, ki ima ali je imela interes za dodelitev javnega naročila, sklenitev okvirnega sporazuma ali vključitev v dinamični nabavni sistem ali sistem ugotavljanja sposobnosti in ji je ali bi ji lahko z domnevno kršitvijo nastala škoda, zagovorniku javnega interesa. Šteje se, da je interes za dodelitev javnega naročila izkazala tista oseba, ki je oddala pravočasno ponudbo, če rok za oddajo ponudb še ni potekel, pa vsaka oseba, ki lahko opravlja dejavnost, potrebno za izvedbo predmeta javnega naročanja.²⁷⁰ *Pravno varstvo javnega interesa* v postopku oddaje javnega naročila lahko uveljavljajo zagovorniki javnega interesa (tj. ministristvo, pristojno za finance, Računsko sodišče Republike Slovenije, organ, pristojen za varstvo konkurence, in organ, pristojen za preprečevanje korupcije). Zahteva za pravno varstvo javnega interesa v predrevizijskem in revizijskem postopku se lahko vložijo v skladu s 25. členom ZPVPJN, zahteva za pravno varstvo javnega interesa v sodnem postopku (nastanek škode) pa se lahko vložijo v skladu z 42. členom ZPVPJN.²⁷¹

Revizija je pravno sredstvo v postopku javnega naročanja. Ponudniki, ki niso izbrani, lahko uveljavljajo to pravno sredstvo, vendar tu ne gre za pritožbo v upravnem postopku (izbira pogodbenega partnerja ni upravni postopek), pač pa gre za postopek *sui generis* (ki ni niti pravični postopek). Postopek revizije nima nič skupnega z revizi-

postopku ali popravku, 9. prostovoljno obvestilo za predhodno transparentnost, 10. poenostavljeno obvestilo o naročilu po dinamičnem nabavnem sistemu, in 11. obvestilo o oddaji posameznih naročil na podlagi okvirnega sporazuma.

(2) Naročnik vse vrste objav v zvezi z javnimi naročili pošlje v objavo portalu javnih naročil, upošteva njihovo vrednost pa predhodno tudi Uradu za uradne objave Evropskih skupnosti.

269 2. člen Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja.

270 ZPVPJN, 14. člen.

271 ZPVPJN, 6. člen.

zijo v pravnem postopku in tudi ne z drugimi revizijami: gre za revizijo postopka kot pravno sredstvo. Zoper odločitev Državne revizijske komisije ni pritožbe, je pa (po noveli ZPVPJN iz leta 2019) dovoljen upravni spor. Ne glede na določbe zakona, ki ureja upravni spor, se s tožbo lahko zahteva le ugotovitev nezakonitosti odločitve (ugotovitvena tožba). Rok za vložitev tožbe je 30 dni od vročitve odločitve Državne revizijske komisije. Ne glede na navedeno, upravni spor ni dovoljen zoper odločitve DRK, če se javno naročilo, ki je predmet odločitve, oddaja po postopku naročila male vrednosti ali postopku zbiranja ponudb po predhodni objavi ali če je bil zahtev za revizijo vložen zoper vsebino objave, povabilo k oddaji ponudb ali razpisno dokumentacijo. Zoper sodbo Upravnega sodišča pritožba ni dovoljena. Če je tožnik v tem upravnem sporu postavil zahtev za povrnitev škode, sodišče ne glede na določbe zakona, ki ureja upravni spor, o zahtevku ne odloči, tožnika pa napoti, naj uveljavlja svoj zahtev v pravdi. Za namen izvajanja zakona, ki ureja javno naročanje, in zakona, ki ureja nekatere koncesijske pogodbe, se ne glede na sprožen upravni spor šteje, da je odločitev o oddaji javnega naročila postala pravnomočna z dnem sprejema odločitve Državne revizijske komisije.

15.5.4 Narava aktov v postopku javnega naročanja

Narava aktov v postopku javnega naročanja²⁷² se razlikuje od upravnih aktov uprave. Oddaja javnega naročila "spominja" na upravni akt (tudi odločitev se vroči v skladu z zakonom, ki ureja upravni postopek), vendar temu ni tako. 'Ko upravni organ kot naročnik javnega razpisa nastopa kot gospodarski subjekt, oddaja javnega naročila ni upravni akt, ampak akt poslovanja. Ta akt ne pridobi lastnosti upravnega akta niti tedaj, kadar o zakonitosti postopka javnega naročila odloča revizijska komisija. Gre za kontrolni postopek, v katerem se ne odloča o pravici, obveznosti ali koristi organa, katerega akt je predmet revizije. Zato zoper odločitev revizijske komisije ni možen upravni spor'.²⁷³

Postopek izbire koncesionarja in podelitev koncesije se vodi po določbah ZUP in je zoper odločbe o izbiri koncesionarja zagotovljeno sodno varstvo v upravnem sporu. Postopek oddajanja javnih naročil pa je po svoji vsebini premoženjskopravne narave, razmerje med naročnikom in ponudnikom pa je primerljivo z ureditvijo ponudbe po 24. členu Obligacijskega zakonika – OZ. Zato ponudniki – država in drugi uporabniki proračunskih sredstev v teh razmerjih ne izvajajo oblastne funkci-

272 Predhodno informativno obvestilo, sklep o začetku postopka, razpisna dokumentacija (povabilo k oddaji ponudbe, navodila ponudnikom za izdelavo ponudbe, pogoji za ugotavljanje sposobnosti in navodila o načinu dokazovanja sposobnosti ponudnika, splošni in posebni pogoji, ki bodo sestavni del pogodbe, elementi za pripravo predračuna z navodilom o izpolnitvi, morebitna finančna ali druga zavarovanja), če je to primerno, objava obvestila o javnem naročilu, odpiranje ponudb, pregled in ocenjevanje ponudb, odločitev o oddaji javnega naročila, in objava obvestila o oddaji javnega naročila, če je to primerno.

273 Sklep Vrhovnega sodišča I Up 656/99 z dne 26. 9. 2001; podobno sklep Sklep I Up 655/2001 z dne 14. 7. 2004.

je, temveč nastopajo kot stranke v premoženjskopравnih razmerjih, za katera veljajo temeljna načela premoženjskega, zlasti obligacijskega prava.²⁷⁴ Ponudnikom je v postopku javnega naročanja pravno varstvo njihovih pravic zagotovljeno v revizijskem postopku po Zakonu o reviziji postopkov javnega naročanja – ZRPJN (Ur. l. RS, št. 95/2005-UPB3) in v nadaljevanju sodno varstvo pred sodiščem splošne pristojnosti. Odločbe, izdane v revizijskem postopku, in odločbe naročnika v postopku oddaje javnega naročila zato nimajo narave posamičnega upravnega akta, s katerim bi se odločalo o pravicah ali pravnih koristih ponudnikov (57. tč. odločbe Ustavnega sodišča U-I-238/07 z dne 2. 4. 2009) in je zoper te odločbe sodno varstvo v upravnem sporu izključeno.²⁷⁵

Ko državni organi kot naročniki kupujejo blago in storitve na trgu, ne nastopajo kot nosilci oblasti ali v izvrševanju javnih pooblastil, temveč stopajo v civilnopravna razmerja z ostalimi subjekti. Zato oddaja javnega naročila ni upravni akt, temveč akt poslovanja, ki ne pridobi lastnosti upravnega akta niti tedaj, kadar o zakonitosti postopka javnega naročila odloča revizijska komisija. Ne glede na to, da je zakonsko urejen poseben postopek revizije za oceno ravnanja naročnika pri oddaji javnega naročila, se v tem kontrolnem postopku ne odloča o pravici, obveznosti ali pravni koristi organa, katerega akt je predmet revizije, ampak poseben organ – revizijska komisija kot neodvisno strokovno telo pri odločanju o zahtevi za revizijo preverja, ali je naročnik upošteval določbe zakona, ki ureja javna naročila. Zoper odločitve revizijske komisije se ne predvideva pravnega sredstva, ponudnik, ki pa se ne strinja z odločitvijo revizijske komisije, lahko uveljavlja le odškodnino pri sodišču splošne pristojnosti. Tako kot je oddaja javnega naročila akt poslovanja, je tovrsten akt tudi pogodba o oddaji javnega naročila.

274 Enako odločbe Ustavnega sodišča U-I-169/00 z dne 14. 11. 2002, U-I-368/02 z dne 21. 10. 2004, Up-668/06 in U-I90/07 z dne 22. 3. 2007.

275 Sklep Vrhovnega sodišča, Sklep I Up 74/2009 z dne 18. 11. 2009.

Vprašanja za ponavljanje:

1. Kaj je pravna oseba javnega prava?
2. Katere kriterije za določanje statusa pravne osebe javnega prava poznaš?
3. Katere so oblike oseb javnega prava?
4. Kaj je javno pooblastilo?
5. Kaj je namen podelitve javnega pooblastila?
6. Kakšen je postopek podelitve javnega pooblastila?
7. Kdo so lahko nosilci javnega pooblastila?
8. Kakšna je pravna narava in posledice javnega pooblastila?
9. Katere naloge se lahko izvajajo prek javnega pooblastila?
10. Kdo izvaja nadzor nad nosilci javnih pooblastil?
11. Kaj je upravna pogodba?
12. Kriteriji upravnih pogodb?
13. Kakšen pravni režim velja za upravne pogodbe?
14. Kaj je koncesija?
15. Kakšno je razmerje med koncesijo in javnim naročilom?
16. Postopek in faze podelitve koncesije?
17. Vrste koncesijskega razmerja?
18. Prenehanje koncesije?
19. Kaj je javno naročilo?
20. Kakšna je razlika med javnim naročilom in koncesijo?
21. Kdo je naročnik in kakšen je postopek izvedbe javnega naročila?
22. Kakšna je narava aktov v postopku javnega naročanja?

16 UPRAVNI POSEGI DRŽAVE V LASTNINSKO PRAVICO

Pri zasebni v razmerju do javne lastnine gre za izključitev proti preobremenitvi = ko je vzdrževanje oz. izključitev cenejša od izgub zaradi pretirane rabe naj bi šlo za privatizacijo in obratno (ko je izključitev dražja od izgub zaradi pretirane rabe) za javno lastnino, kar je izhodišče tako za JD kot za posege države v lastninsko pravico. Pri upravnih posegih²⁷⁶ države v lastninsko pravico poznamo tri (štiri) oblike: 1. Razlastitev; 2. Rekvizicija; 3. Nacionalizacija (denacionalizacija).

16.1 Razlastitev

Lastnina kot človekova temeljna pravica je v tesni povezanosti z varstvom osebne svobode. Funkcija lastnine je v varovanju svobodnega ravnanja posameznika na premoženjskem področju. Razlastitev pomeni poseg, odvzem lastninske pravice v javno korist proti odškodnini ali nadomestilu v naravi (gl. 69. čl. URS).²⁷⁷ Omejitev s pravico uporabe za določen čas, kakor tudi obremenitev z začasno ali trajno služnostjo tako ne sodi v okvir razlastitve. Razlastitev in omejitev ali obremenitev lastninske pravice je dopustna le v javno korist, če je za dosego javne koristi nujno potrebna, pri čemer mora biti javna korist razlastitvenega namena v sorazmerju s posegom v zasebno lastnino. Razlastitev in omejitev ali obremenitev lastninske pravice ni dopustna, če država/občina razpolaga z drugo ustrezno nepremičnino za dosego istega namena.

Pri gradnji javne infrastrukture, npr. ceste, bi bila lastninska pravica posamezniku lahko tako omejena, da nepremičnine ne bi mogel več uporabljati – v tem primeru je lastnika smiselno razlastiti. ZUreP-2 (Ur. l. RS, št. 61/17) kot splošni zakon določa pogoje za razlastitev (odločba ali sklep o začetku postopka, pritožba, zaznamba, plačilo), pri čemer posamezni področni zakoni (Zakon o javnih cestah, Zakon o prostorskem načrtovanju, Zakon o umeščanju prostorskih ureditev državnega pomena v prostor) urejajo specifikke. V tem primeru se za postopek razlastitve in omejitve lastninske pravice ter za odškodnino uporabljajo določbe posebnih zakonov, če zakon ne določa drugače. Namen razlastitve je *javna korist*: i) za gradnjo in prevzem

²⁷⁶ Za posredne posege države se šteje npr. Natura 2000, varstvo naravne, kulturne dediščine, režim v gozdovih ipd., tj. povsod tam, kjer pride do izraza gospodarska, ekološka in socialna funkcija lastnine iz 67. člena URS.

²⁷⁷ 67. člen URS (lastnina)

Zakon določa način pridobivanja in uživanja lastnine tako, da je zagotovljena njena gospodarska, socialna in ekološka funkcija.

Zakon določa način in pogoje dedovanja.

69. člen URS (razlastitev)

Lastninska pravica na nepremičnini se lahko v javno korist odvzame ali omeji proti nadomestilu v naravi ali proti odškodnini pod pogoji, ki jih določa zakon.

objektov in omrežij gospodarske javne infrastrukture ter grajenega javnega dobra; ii) za gradnjo in prevzem objektov za potrebe obrambe države, državnih rezerv, varnosti državljanov in njihovega premoženja ter varstva pred naravnimi in drugimi nesrečami; iii) za gradnjo in prevzem objektov družbene infrastrukture; iv) za gradnjo neprofitnih in socialnih stanovanj.

Javna korist za nepremičnine je izkazana, če so le-te predvidene v občinskem (podrobnem) ali državnem prostorskem načrtu. oz. če vlada ali občinski svet za konkretno nepremičnino sprejeme sklep, s katerim ugotovi, da je gradnja objekta nujno potrebna in v javno korist. Razlastitveni upravičenec je država ali občina, razlastitveni zavezanec pa je fizična ali pravna oseba, ki ima v lasti nepremičnino, ki je predmet razlastitve. V okviru razlastitvenega postopka o razlastitvah prednostno odločajo v upravnem postopku na prvi stopnji upravne enote in na drugi stopnji ministrstvo, razen če je z zakonom določeno drugače. Ponudbo za odkup pripravi razlastitveni upravičenec ali investitor izvedbe načrtovane prostorske ureditve na podlagi ocenjene vrednosti nepremičnine ter ocenjenih nadomestil za škodo in drugih stroškov v skladu z določbami tega zakona, ki urejajo odškodnino za razlastitev. Če razlastitveni upravičenec ali investitor izvedbe načrtovane prostorske ureditve v 30 dneh po vročitvi ponudbe za odkup z lastnikom nepremičnine ne uspe skleniti pogodbe o prodaji nepremičnine, sme razlastitveni upravičenec vložiti zahtevo za razlastitev, s čimer se začne razlastitveni postopek. Postopek se začne z vložitvijo zahteve²⁷⁸ razlastitvenega upravičenca na podlagi prostorskega akta, ki določa razlog za razlastitev. Lastninska pravica (LP) se pridobi s pravnomočno (*ne dokončno*) odločbo o razlastitvi ali na podlagi pravnomočne odločbe oziroma sporazuma, sklenjenega v obliki notarsko overjene listine.

Razlastitveni upravičenec lahko prevzame posest na razlaščenih nepremičninah šele tedaj, ko plača odškodnino ali zagotovi razlaščenca posest na nadomestni nepremičnini. Pravica do nadomestila v naravi ali do odškodnine je določena že v ustavi v 69. členu. Obseg le-te mora biti tolikšen, da je razlaščenčevo premoženjsko stanje po razlastitvi enako tistemu pred njo; odškodnina za razlastitev naj bi razlastitvenemu zavezancu omogočila, da si pridobi stvar iste vrednosti, kot mu je bila ob razlastitvi odvzeta. Obseg odškodnine zajema vrednost nepremičnine glede na njeno dejansko rabo in stranske stroške povezane z razlastitvijo (selitveni stroški, izgubljeni dobiček za čas selitve in morebitno zmanjšano vrednost preostale nepremičnine). Plačilo

²⁷⁸ Zahtevi za razlastitev je potrebno priložiti:

- seznam nepremičnin, predlaganih za razlastitev, z njihovimi podatki iz zemljiškega katastra oziroma katastra stavb in zemljiške knjige;
- izvleček iz ustreznega prostorskega akta iz prvega odstavka 194. člena tega zakona, ki je podlaga razlastitvi, v primerih iz drugega odstavka 194. člena tega zakona pa še sklep vlade ali občinskega sveta;
- razlastitveni elaborat z utemeljitvijo javne koristi in obrazložitvijo njene pravne podlage;
- roke izvajanja del, zaradi katerih je predlagana razlastitev;
- ponudbo za odkup nepremičnine.

odškodnine je kot rečeno pogoj za izročitev nepremičnine razlastitvenemu upravičencu. Vrednost nepremičnine ocenjujejo pooblaščen ocenjevalci, sodno zapriseženi cenilci gradbene in kmetijske stroke in cenilci nepremičnin, ki imajo certifikat Agencije Republike Slovenije za pospeševanje prestrukturiranja gospodarstva in spodbujanje prenove podjetij. Vse stroške, ki nastanejo ob razlastitvenem postopku, plača razlastitveni upravičenec. V primeru, da razlaščenec odškodnine noče sprejeti, lahko upravičenec svojo obveznost poravna s položitvijo odškodnine na sodišču. Odškodnina obsega vrednost razlaščenih nepremičnin, nadomestila za škodo²⁷⁹ in druge stroške, povezane z razlastitvijo. V zvezi s plačilom odškodnine se omenja tudi paradoks kompenzacije: če država lastnikom plača (pre)visoka nadomestila, imajo lastniki spodbudo za pretirano investiranje, če pa država ne plačuje dovolj ima spodbudo, da pretirano ureja (omejuje) LP (ki ne zahteva nadomestila per se); če bodo lastniki pretirano investirali v izboljšave, ima država interes po omejitvi LP, če pa se bo država – ker bo menila, da urejanja ni mogoče nadomestiti – odzvala s pretiranim urejanjem, se stanje lahko izboljša z razlastitvijo.

Razlastitev ter omejitev ali obremenitev LP je dopustna le v javno korist (nadomestilo za ekonomski strošek predstavlja korist v zagotavljanju javnih dobrin po nižjih stroških) in pod pogojem, da je za doseg javne koristi nujno potrebna in da je javna korist razlastitvenega namena v sorazmerju s posegom v zasebno lastnino. Omejitev lastninske pravice pomeni začasno uporabo, služnost v javno korist,²⁸⁰ monitoring naravnih pojavov ali stanja okolja, po Zakonu o divjadi in lovstvu tudi npr. posebni začasni ukrepi za varstvo divjadi oziroma določitev območij mirnih con, habitatov in biokoridorjev na površinah. S služnostjo se LP na nepremičnini lahko omeji, če je to

279 Nadomestila za škodo so:

- nadomestilo za škodo za spremljajoče objekte na nepremičnini;
- nadomestilo za škodo zaradi uničenja ali zmanjšanja obstoječega pridelka na kmetijskih oziroma gozdnih zemljiščih;
- nadomestilo za škodo zaradi zmanjšanja prihodkov iz naslova poslovanja poslovnega subjekta na nepremičnini in
- nadomestilo za drugo škodo, ki je povezana s poslovanjem poslovnega subjekta, za tiste dejavnosti, ki so ustrezno priglašene pristojni finančni upravi in če so pridobljena vsa potrebna dovoljenja za opravljanje teh dejavnosti poslovnega subjekta.

Upravičenci do nadomestila za škodo so lastniki nepremičnin oziroma nosilci pravic na nepremičninah. Odškodnina se določi z uporabo metodologije ocenjevanja vrednosti nepremičnin, škod na njih in drugih stroškov za namen umeščanja prostorskih ureditev državnega pomena.

280 S služnostjo se lastninska pravica na nepremičnini lahko omeji, če je to nujno potrebno za gradnjo omrežij in objektov gospodarske javne infrastrukture ali njihovo nemoteno delovanje. Ustanovitev služnosti lahko predlaga država, občina oziroma izvajalec javne službe. Če tako določa poseben zakon, se lahko služnost ustanovi tudi za gradnjo ali nemoteno delovanje omrežij in objektov druge javne infrastrukture. V tem primeru je upravičenec investitor javne infrastrukture. Pred vložitvijo zahteve za ustanovitev služnosti mora upravičenec ponuditi lastniku sklenitev pogodbe o ustanovitvi služnosti. Zahtevi za obremenitev nepremičnine s služnostjo v javno korist je treba priložiti seznam nepremičnin, predlaganih za obremenitev, izvleček iz prostorskega načrta ali uredbe o varovanem območju, opredelitev trajanja in načina služnosti in ponudbo za sklenitev pogodbe o služnosti ali začasni uporabi iz prejšnjega odstavka. V primeru ustanovitve služnosti lastniku nepremičnine pripada odškodnina, ki obsega zmanjšano vrednost nepremičnine ali dejansko škodo in izgubljeni dobiček. O tem odloča sodišče na predlog lastnika nepremičnine. Če ni v tem členu določeno drugače, se glede drugih vprašanj, ki niso posebej urejena, uporabljajo določbe tega zakona o razlastitvi.

nujno potrebno za postavitev omrežij in objektov gospodarske javne infrastrukture in njihovo nemoteno delovanje. Ustanovitev služnosti lahko predlaga država, občina oziroma izvajalec javne službe. Če tako določa poseben zakon, se lahko služnost ustanovi tudi za postavitev in nemoteno delovanje omrežij in objektov druge javne infrastrukture. Upravičenec je investitor javne infrastrukture.

16.2 Rekvizicija

Rekvizicija je upravno-pravna oblika odvzema LP na premičnih stvareh namenjenih navadno za vojne potrebe. Rekvizicija se navadno ne sme izvršiti v mirnem stanju. Odredi jo vojaški poveljnik proti nadomestilu. Le-to se lahko delno izplača v denarju, delno pa kasneje na podlagi posebnega potrdila, ki ga izda vojaška enota ali ustanova.²⁸¹

16.3 Materialna dolžnost

Državljeni, gospodarske družbe, zavodi in druge organizacije so dolžne dajati za potrebe Slovenske vojske, enot za zveze, enotne kurirske službe ministrstva, pristojnega za obrambo, policije, ministrstev, vladnih služb in upravnih enot, organov lokalnih skupnosti, Banke Slovenije, gospodarskih družb, zavodov in drugih organizacij, katerih dejavnost je po odločitvi Vlade RS posebnega pomena za obrambo, ter štabov, enot in služb Civilne zaščite, dol. sredstva (motorna vozila, delovni stroji, oprema, viri el. energije, zemljišče, objekti). Gre za začasno uporabo proti nadomestilu v času izrednega ali vojnega stanja, ob ogrožanju notranje varnosti oziroma ob naravni ali drugi nesreči, v miru pa le zaradi pregledov in vaj.

16.4 Nacionalizacija

Nacionalizacija je kolektivni ukrep na podlagi splošnega akta, s katerim se podržavi nepremično in premično premoženje določene skupine ljudi. Značilna (ni pa nujno) je za čas po vojni. Načelno je odplačna. Za primere neodplačnosti in neupravičenosti je bil npr. v RS z Zakonom o denacionalizaciji, vzpostavljen upravni sistem vračanja neupravičeno podržavljenega premoženja.

²⁸¹ Primer: Zpol (48. člen): 'če morajo prijeti storilca kaznivega dejanja ali prepeljati v najbližji zdravstveni zavod osebo, ki potrebuje nujno zdravniško pomoč, ali opraviti drugo nujno nalogo, imajo policisti, ki tega ne morejo storiti drugače, pravico uporabiti najbližje dosegljivo prevozno sredstvo ali sredstvo za zvezo, razen sredstev Slovenske vojske' (prim. s skrajno silo v kaz. pravu)

Vprašanja za ponavljanje:

1. Kaj je razlastitev?
2. Kaj so posredni posegi države v lastninsko pravico?
3. Kaj je rekvizicija?
4. Kaj je materialna dolžnost?
5. Kaj je nacionalizacija?

17 ODŠKODNINSKA ODGOVORNOST JAVNIH OBLASTI

Odgovornost pomeni predvsem pravno odgovornost; sprva je bila negativna zaradi suverene imunitete kralja (lat. *rex non potest peccare*; ang. *the King can do no wrong*), kar je pomenilo, da kralj, niti njegovi podrejeni niso odgovarjali za škodo, nakar je sčasoma začela veljati le za ministre in javne uslužbence. Odgovornost se je tekom obdobja od popolne suverenosti in neodgovornosti začela prenašati neposredno na tiste, ki so jo povzročili (lahko tudi po dovoljenju države), sedaj je prvotna odgovornost na državi (lat. *respondeat superior* – naj odgovarja nadrejeni) zaradi 1. načela enakosti bremen – oškodovani bi prispevali k skupnemu dobru več kot ostali, če mu ne bi bila škoda povrnjena; 2. v prid oškodovanca, ki ne more ločiti osebnih dejanj od dejanj v zvezi z delom zaposlenih v javnem sektorju), subsidiarna na zaposlenemu – če je bila storjena naklepno ali iz hude malomarnosti.

Oblast je prisotna skorajda povsod, zato je možnost nastanka škode velika. Odškodninska odgovornost mora biti tako jasno opredeljena. Izogibati se treba povzročitvi škode, če pa do nje pride, je povzročitelj lahko odškodninsko odgovoren. Za državo velja načelo sorazmernosti, ne velja pa splošno pravilo *neminem laedere* (nikomur škoditi). Javna oblast včasih namreč mora povzročiti škodo posamezniku, da zagotovi korist ostali skupnosti. Odškodninska odgovornost oblasti mora biti posebej urejena, ker se ji država včasih ne more izogniti in ker je odškodninsko odgovornost državnega aparata zelo težko ugotoviti, locirati in uveljavljati. Javne oblasti odgovarjajo po splošnih načelih odškodninskega prava, vendar je odškodninska odgovornost urejena tudi posebej v 26. členu URS. V tem primeru pomeni to posebno ureditev odškodninske odgovornosti. Sama povzročitev škode še ne pomeni, da je do nje prišlo protipravno, vendar pa tudi odškodninska odgovornost oblasti ne obstoji samo, če gre za protipravno delovanje, pač pa odgovarja v določenih primerih tudi za pravno dopustno ravnanje.

Odgovornost države za škodo je razpršena v več zakonih. Zavezanci so država, lokalne skupnosti in nosilci javnih pooblastil (javni zavodi, javne agencije, javne zbornice, javni skladi, društva, pa tudi koncesionarji), upravičenci – oškodovanci pa so lahko pravne in fizične osebe, ki jim je bila škoda povzročena. Ločimo tri vrste odgovornosti: I. splošno civilno odškodninsko odgovornost, II. odškodninsko odgovornost za protipravno dejanje oblastne narave in III. odškodninsko odgovornost za pravno pravilno ravnanje (povzročitev škode nekemu v javnem interesu).

17.1 Splošna odškodninska odgovornost

Splošna odškodninska odgovornost je v Obligacijskem zakoniku (OZ)²⁸² urejena na enak način kot odgovornost fizičnih oseb. Potrebni elementi oziroma splošni pogoji so:

1. nastanek škode – nastanek škode je pogoj za odškodninsko odgovornost. Škoda, ki še bo ali bi nastala ob normalnem teku dogodkov, ne zadošča. Lahko gre za materialno ali nematerialno škodo;
2. vzročna zveza med ravnanjem države/zaposlenega in škodo – obstajati mora veriga vzrokov in posledic, ki pripelje do škode, ki je nastala oškodovancu (od ravnanja do škode);
3. protipravnost ravnanja – lahko je izrecno nasprotovanje predpisu ali drugemu pravnemu pravilu. Za splošno odškodninsko odgovornost zadošča že nastanek škode, protipravnost se domneva, zato velja obrnjeno dokazno breme; in
4. krivda – razen v primerih, ko zakon določa, da ne gre za krivdno, ampak za objektivno odgovornost, mora biti vedno podana krivda. Posebnost je, da organi pogosto podelijo izvajanje nalog komu drugemu. V tem primeru se uporabijo pravila o koncesiji – država odgovarja subsidiarno poleg koncesionarja! Za odškodninsko odgovornost ima OZ nekaj posebnih določb (147. in 148. člen OZ). Za škodo, ki nastane v zvezi z ravnanjem delavca v zvezi z delom ali pri delu, odgovarja oseba, ki je odgovorna za delavca (krivdna odgovornost). Povzročitelj škode je lahko organ ali oseba. Nedvomno je to javni uslužbenec, zaposlen pri organu, in vsak drug, ki je na podlagi tega razmerja imel pravico izvrševati ta pooblastila – gre za posamezne nepoklicne člane različnih organov ali nepoklicno izvrševanje upravnih nalog (npr. nepoklicni varstveniki narave). Ni odškodninsko odgovoren *organ*, ker ni pravna oseba (samo pravne osebe so odgovorne) – organ je lahko samo nosilec pristojnosti.

Če pride do spora, se terja po sodni poti – veljajo pravila obligacijskega prava. Terja se lahko tudi neposredno od tistega, ki je škodo povzročil, če je to storil namenoma (147. člen OZ). Ključen element ugotovitve temelja škode je “pri delu ali v zvezi z delom” – sodna praksa interpretira to določbo tako, da je ta pogoj izpolnjen vedno, kadar gre za opravljanje delovnih nalog, pa je iz dejanja očitno, da je nastopal kot zaposleni pri tej pravni osebi. Ni dovolj, da je škoda povzročena na delovnem mestu, ampak mora biti v zvezi z delom. Pomembno je, da je oškodovanec razumel, da ta

²⁸² Podlage za odgovornost (131. člen OZ):

- (1) Kdor povzroči drugemu škodo, jo je dolžan povrniti, če ne dokaže, da je škoda nastala brez njegove krivde (obrnjeno dokazno breme).
- (2) Za škodo od stvari ali dejavnosti, iz katerih izvira večja škodna nevarnost za okolico, se odgovarja ne glede na krivdo (teorija rizika – več dobička, več, tj. objektivna odgovornost).
- (3) Za škodo ne glede na krivdo se odgovarja tudi v drugih z zakonom določenih primerih (socialna država – v veliko večji meri na upravnem kot civilnem področju).

oseba nastopa kot pravna oseba. Ta vzročna povezava velja tudi za pravne osebe, ki so nosilci javnih pooblastil. Odškodninska odgovornost nastopi torej, če gre za dejanje v službenem času, izrecno v okviru izvajanja nalog oz. pooblastil, ki jih ima, zadošča pa tudi, da je dejanje storjeno zunaj časa in nalog, a je dajal videz, da deluje pri izvrševanju oblasti.

17.2 Odškodninska odgovornost za protipravno ravnanje

Ta vrsta odgovornosti ima temelj v 26. členu Ustave RS.²⁸³ Odškodninska odgovornost javnega uslužbenca je opredeljena v ZJU (odgovoren je za škodo, ki jo protipravno povzroči delodajalcu pri delu ali v zvezi z delom naklepno ali iz hude malomarnosti. Proti tretji osebi je odškodninsko odgovoren delodajalec, tretja oseba pa lahko kot oškodovanec zahteva povračilo škode tudi od JU, ki ji je protipravno povzročil škodo, če je bila škoda povzročena naklepno). Gre za posebno odškodninsko varstvo v razmerju do javne oblasti, pri čemer gre za drugačno naravo dejavnosti kot pri splošni odškodninski odgovornosti: v URS so naštetih trije subjekti, ki lahko izvršujejo upravno oblast (tri kategorije entitet, ki so pravne osebe in hkrati izvrševalci javne oblasti – država, lokalne skupnosti in nosilci javnih pooblastil) – gre za delovanje v zvezi z opravljanjem službe ali kakšne druge oblasti. Določba je namenjena varovanju pred oblastnim ravnanjem (gre samo za izvrševanje oblasti ali javne službe), ko omenjeni subjekti ravna *ex iure imperii*. Vprašanje je, ali se v ta del umešča tudi izvrševanje javne službe, saj izrecno ni omenjena. OZ ima posebno določbo o odgovornosti v zvezi z opravljanjem poslov splošnega pomena,²⁸⁴ ki v veliki meri približuje to odgovornost 26. členu URS. Če omenjeni *organi opravljajo le akte poslovanj, odgovarjajo samo po splošnih pravilih o odškodninski odgovornosti*. Bistvena razlika med 26. členom URS in 147. členom OZ je v tem, da se krivda v URS *ne* zahteva; prevladujoče mnenje je, da gre za objektivno odgovornost. Pri 26. členu URS ni omejitve, razen če organ dokaže, da je ravnal pravilno. Država, lokalna skupnost ali nosilec javnega pooblastila odgovarjajo torej za protipravno ravnanje brez krivde – ugotavljanje katerekoli stopnje krivde torej ni potrebno. Protipravnost se tu ne predpostavlja, ampak jo je potrebno dokazovati, kar ni tako lahko. Predpostavke za odškodninsko odgovornost za protipravno ravnanje so:

- a) škoda (dejanska škoda, nepremoženjska škoda, neposredna / posredna škoda, neobičajna škoda, posebna škoda);

²⁸³ Vsakdo ima pravico do povračila škode, ki mu jo v zvezi z opravljanjem službe ali kakšne druge dejavnosti državnega organa, organa lokalne skupnosti ali nosilca javnih pooblastil s svojim protipravnim ravnanjem stori oseba ali organ, ki tako službo ali dejavnost opravlja. Oškodovanec ima pravico, da v skladu z zakonom zahteva povračilo tudi neposredno od tistega, ki mu je škodo povzročil.

²⁸⁴ 163. člen OZ (odgovornost v zvezi z opravljanjem poslov splošnega pomena):

Tisti, ki opravlja komunalno ali drugo podobno dejavnost splošnega pomena, odgovarja za škodo, če brez utemeljenega razloga neha opravljati ali neredno opravlja svoje storitve.

- b) vzročna zveza med ravnanjem oblasti in škodo: škoda mora biti povzročena v zvezi z opravljanjem službe. Vzročnost se presoja po pravilih o adekvatni vzročnosti, enako kot pri običajni odškodninski odgovornosti;
- c) škodo povzroči državni organ, lokalna skupnost ali nosilec javnih pooblastil – odškodninska odgovornost velja za splošne in individualne akte ter materialna dejanja kakor tudi za opustitev dejanja. Protipravnost opustitvenih ravnanj lahko dokažemo le, če zakon izrecno zapoveduje neko dolžnostno ravnanje. Pri tem nastane problem, saj pri splošnih aktih običajno ni rokov za izdajo predpisov in težko dokažemo škodo zaradi neobstoja predpisov. Problem pravnih praznin je, da sicer niso protipravne same po sebi, je pa opustitev izdaje določenega predpisa v nasprotju z načelom pravne države. Velja torej objektivna odgovornost za organ in podrejeno – uveljavlja jo organ, ki je povrnil škodo nato od svojega podrejenega – subjektivna za povzročitelja (če je slednji povzročil škodo naklepno ali iz hude malomarnosti). Izključitev odgovornosti je možna zaradi škode, ki je nastala zaradi višje sile (“vis maior”), zaradi dejanja oškodovanca, sprejetega rizika ali koga tretjega.
- d) protipravnost (izdaja nezakonitega predpisa, pravnega akta, izvršitev nezakonitega materialnega, internega akta), problem ugotovitve protipravnosti je, v tem, da se je ne predvideva vnaprej (velja namreč domneva pravilnosti), ampak le, če je nastala škoda. Načeloma je protipravno vsako neskladje s pravnim redom. Problem pri protipravnosti je tudi presoja stopnje protipravnosti ravnanja državnega uslužbenca. Država bo odgovarjala do osebe, ki ji je bila povzročena škoda objektivno, ne glede na krivdo, medtem ko bo lahko ali oseba ali država kot delodajalec od javnega uslužbenca terjala škodo le na podlagi subjektivne odgovornosti: oseba le, če je uslužbenec ravnal naklepno, država kot delodajalec pa poleg naklepnega tudi, če je uslužbenec ravnal iz hude malomarnosti. Oba sistema (krivdne ali objektivne odgovornosti) pa privedeta do istega vprašanja, tj. vprašanja stopnje protipravnosti – ali država odgovarja za vsako protipravnost, ali mora biti protipravnost *jasna in očitna*.²⁸⁵ Teorija trdi, da mora biti protipravnost jasna in očitna; tudi evropsko

²⁸⁵ Splošno je, da mora biti podana izrecna neskladnost s pravom in splošno dejstvo škodovanja. Vprašanje je, kakšna mora biti stopnja protipravnosti:

- najpogostejše je odločanje v sodnem ali upravnem postopku, po katerem pride po pravnem sredstvu do drugačne odločitve. Protipravno je v načelu vsako odločanje na I. stopnji, glede katerega je bilo na višji instanci odločeno drugače – lahko bi rekli, da se povsod tu skriva odškodninska odgovornost, vendar sodna praksa ni šla tako daleč.
- če je mogoče dokazati, da gre za pravilno ravnanje upravnih organov, in da ni šlo bistveno za odstopanje od ustaljene prakse, ne gre za odškodninsko odgovornost, tudi če višji organ kasneje odloči drugače. Sicer pa zadošča že samo dejstvo odstopanja od uveljavljene sodne prakse.
- temelj odškodninske odgovornosti je lahko tudi zavlačevanje (pri odločanju) – drugače pri upravnem, kot pri sodnem odločanju:
 - pri upravnem odločanju je zaradi ‚molka organa‘ manj verjetno, da bo prišlo do povzročitve škode zaradi zavlačevanja pri odločanju;
 - pri sodnem odločanju: sodišča nimajo roka za odločitev, obstaja pa pravica do sojenja v razumnem roku (bogata sodna praksa US in ESČP – po notranjem pravu je podlaga za kršenje te pravice 26. člen URS neposredno), ki je vključena v pravico do sodnega varstva.

pravo sprejme stališče o objektivni odgovornosti države, a le za jasne in očitne protipravnosti. Problem se pojavi tudi pri ugotavljanju protipravnosti. Vprašanje, ki se pojavi je, ali je treba protipravnost ugotavljati v postopkih s pravnimi sredstvi; torej akt najprej napasti pred sodiščem, nato zahtevati odškodnino. Pri tem se pojavljajo različna mnenja: protipravnost je mogoče dokazovati v postopku določanja odškodnine, kriteriji za presojo protipravnosti pa morajo biti isti, kot če bi protipravnost ugotavljali v posebnem postopku; nekateri menijo, da je postopek s pravnimi sredstvi nujen, pri tem pa moramo biti previdni. Včasih nastane škoda osebi, ki ni bila stranka v postopku in zato ne more uveljavljati pravnih sredstev. Rešitev je torej odvisna od primera do primera, sodišče pa mora vedno tehtati, ali obstaja verjetnost, da bo pristojen organ rešil vprašanje drugače, tj. odločil drugače, če ta možnost sploh obstaja kot sodišče (predhodno vprašanje).

Odškodninska odgovornost (škodni dogodek) je mogoča šele, ko je o stvari pravomočno odločeno. V določenih okoliščinah pa je mogoče šteti, da škodo povzroči že dokončni akt. Ta akt je izvršljiv in če je izvršen, že lahko povzroči škodo (stranka lahko v postopku izvršbe predlaga ustavitve izvršitve). Šteje se, da je škodni dogodek izvršitev tistega akta, ne glede na poznejše odločanje – praviloma pa je škodni dogodek pravomočen akt.

Razmerje med pravno osebo, ki odgovarja (organom) in posameznikom, ki je škodno dejanje storil, ureja Zakon o javnih uslužbencih (ZJU). ZJU ureja regresno²⁸⁶ odgovornost javnega uslužbenca, ki je povzročil škodo z naklepnim ravnanjem, če je škodo poravnala država, lokalna skupnost ali nosilec javnih pooblastil. Oškodovanec pa lahko v tem primeru odškodnino zahteva tudi direktno od uslužbenca (vendar le ob naklepnem ravnanju). O tem lahko skleneta tudi poravnavo, ki je tudi izvršilni naslov. ZJU ima poseben postopek za povrnitev škode – mogoči sta dve možnosti: ali pisni dogovor med delodajalcem (predstojnikom) in javnim uslužbencem za škodo, povzročeno delodajalcu (pisni dogovor je izvršilni naslov, gre za splošno, ne upravno izvršbo. V tem primeru uvedba posebnega postopka ni potrebna) ali pa postopek, ki je enak disciplinskemu postopku (če ne pride do dogovora). Odloči se s sklepom (sklep o ugotovitvi odškodninske odgovornosti), ki je akt delodajalca – sklep o ugotovitvi odškodninske odgovornosti ni izvršilni naslov, kar se izrecno zapiše v sklep;

- temeljni element je protipravnost, ki mora biti jasno in natančno ugotovljena, ugotavlja pa se po enakih merilih, kot za posamične akte ali materialna dejanja;
- problem je, ali mora oškodovanec protipravnost dokazati v posebnem postopku – ali mora najprej doseči odpravo, razveljavitev, ugotovitev ničnosti akta, s katerim je bila škoda povzročena. Praviloma da, vendar to praviloma ne velja za predpise (sodišče v pravdi ne more ugotavljati nezakonitosti ali neustavnosti predpisa – če meni, da je predpis nezakonit, ga lahko spregleda, ne sme pa samo tega ugotavljat (sodišče praviloma ustavi postopek).
- če je škoda povzročena s posamičnimi akti ali materialnimi dejanji, pa ni ovire, da ne bi šlo za predhodno vprašanje, je mogoče v pravdi izkazovati, da je obstajala protipravnost in zahtevati odškodnino.

286 Za izplačano odškodnino za škodo, ki jo je javni uslužbenec na delu ali v zvezi z delom povzročil tretji osebi, uveljavlja delodajalec, ki je škodo izplačal, regresni zahtevek za poplačilo celotne izplačane odškodnine.

gre le za odločitev delodajalca o tem, kaj bo zahteval. Če javni uslužbenec ne ravna prostovoljno, je mogoča samo tožba pred sodiščem za odškodninski zahtevek. Javni uslužbenec, ki je pisno zahteval izrecno pisno navodilo, ni odškodninsko odgovoren, ampak nadrejeni, ki je tako navodilo dal, kar ga pa ne ekskulpira morebitne kazenske odgovornosti, razen zaposlenih v oboroženih silah.

17.3 Odškodninska odgovornost za pravno dopustno ravnanje

Ta vrsta odgovornosti je posebnost upravnega prava, saj pri običajni osebi ob izkazani neprotipravnosti ni odškodninske odgovornosti. Država velikokrat ravna pravilno in v korist večine, a se ne more izogniti škodi, ki nastane za posameznika ali celo sama ni ničesar storila. Postavlja se vprašanje, kdaj država odgovarja za škodo, povzročeno s pravno pravilnim ravnanjem, torej kdaj ima oseba zaradi tega pravico do odškodnine? Temelji na teoriji rizika, kršenju načela enakosti javnih bremen oz. kršenju načela enakosti. Pri tej vrsti odgovornosti, nastali brez krivde, gre lahko za profesionalni riziko (delovne nesreče zaposlenih, drugih ljudi pri pomoči državi – pokojnina, renta), za nevarne dejavnosti, nevarne oblike dela (prevzgoja delikventnih mladoletnikov, osebe na pogojnem odpustu, prostem izhodu iz prehodnega doma za tujce), hudo poslabšanje zdravja po bolnišničnem zdravljenju brez odkrite zdravniške napake, po cepljenju, ekonomski in socialni ukrepi, azbest, okužba z boleznimi pri dajanju ali prejemanju krvi itd... Za razliko od protipravnega ravnanja (generalno urejeno v Obligacijskem zakoniku), mora odgovornost brez krivde neposredno določiti zakon. V Sloveniji ni generalnega zakona, ki bi to urejal, zato je odgovornost brez krivde urejena v različnih določbah.²⁸⁷

Če gre v vseh tovrstnih primerih za pravno pravilno ravnanje, država odgovarja do višine, ali po kriterijih, ki jo ali jih vnaprej določi. Če pa je tak dopusten ukrep prekomeren, velja vse prej navedeno o odškodninski odgovornosti. Zagotovljena je torej odškodnina tudi za pravno pravilno ravnanje, vendar le, kadar obstaja izrecna določ-

²⁸⁷ 1. Odškodnina za razlastitev je urejena v 69. členu Ustave RS;

2. Po ZUP ima zasebni oškodovanec pravico zahtevati povračilo zaradi izredne razveljavitve posamičnega akta;
3. Po Zakonu o varstvu okolja je država (oz. občina) subsidiarno odgovorna za škodo, ki jo utрпи okolje (ko povzročitelj ni znan ali posledic ni mogoče drugače odpraviti);
4. Po Zakonu o odpravi posledic naravnih nesreč je odgovorna država (sem se uvršča tudi škoda v kmetijstvu)
5. Po Zakonu o veterinarstvu in Zakonu o zdravstvenem varstvu rastlin je država odgovorna za škodo, ki jo je povzročila z uničenjem obolele živali ali rastline.
6. Po Zakonu o divjadi in lovstvu je za škodo, ki jo povzroči divjad odgovoren upravljalec lovišča oz. država, če gre škodo, ki presega 50 % letnega prihodka od prodane divjačine ali za škodo, ki jo povzročijo zaščitene živali
7. Za škodo, nastalo s smrtjo ali telesno poškodbo kot posledico terorističnih dejanj, ter ob javnih demonstracijah ali manifestacijah, odgovarja država oziroma tisti, ki bi jo po veljavnih predpisih moral preprečiti (Obligacijski zakonik).
8. Zakon o odškodnini žrtvam kaznivih dejanj ureja pravico do odškodnine žrtvam nasilnih naklepnih dejanj in njihovim svojcem.

ba, tj. kadar predpisi to izrecno dopuščajo. Kadar izrecne določbe ni, je vprašanje, ali je mogoče govoriti o splošni odgovornosti – pri nas to ni natančno urejeno.

Če država, lokalna skupnost ali nosilec javnega pooblastila povzroči škodo v javnem interesu, vendar tako, da določeni subjekti nosijo večji del te škode (torej ni sorazmerja), je odškodninsko odgovorna. Nemško ustavno sodišče je to pravilo izvedlo iz pravil o razlastitvi (t. i. kvazi-razlastitev, vsakršen odvzem premoženja v splošno korist), v Franciji pa je podlaga načelo enakosti. Ni ovir, da se ne bi to uporabilo tudi pri nas. Upoštevati je treba, da je tudi oškodovanec imel posebno korist od te javne koristi (npr. vzpostavitev statusa naravne znamenitosti – skozi pravilo o razlastitvi bi lahko ustavno prišli do odškodnine). Smisel je torej v tem, da mora javna oblast javna bremena enakomerno porazdeliti, če pa to ni mogoče, mora biti zagotovljeno posebno nadomestilo. Povrne se le dejanska škoda, ne pa tudi izgubljeni dobiček.

Vprašanja za ponavljanje:

1. Kaj je splošna civilna odškodninska odgovornost?
2. Kaj je odškodninska odgovornost za protipravno dejanje oblastne narave?
3. Kaj je odškodninska odgovornost za pravno pravilno ravnanje?

18 LASTNINA OSEB JAVNEGA PRAVA

Razmerja med ljudmi, ki se nanašajo na stvari, razdelimo na zasebno in s tem civilnopravno razmerje (uporablja se stvarno in obligacijsko pravo in s tem zasebnopravni, stvarnopravni režim za pridobitev lastninske pravice, lastninska pravica, druge stvarne in obligacijske pravice) ter javnopravno razmerje; tu je bolj intenziven javni interes, zato so potrebna posebna javnopravna pravila za "javne" stvari (cesta, avtocesta, vodna zemljišča), ki sodijo v sfero javnega prava. Temeljna ideja ločitve je v tem, da gre za posebne kategorije stvari, ki jih posamezniki ne "najdemo" v zasebnem življenju (npr. reke, jezera, avtoceste, distribucijska omrežja plinovodov, električna omrežja...); namenjene so vsem ljudem (ki imajo do njih "bolj ali manj" prost dostop, pravico do uporabe), zato imajo atribut javnega. Javna korist je bolj prisotna kot pri stvareh v sferi zasebnega; zaradi prisotnosti javnega interesa so potrebna torej posebna pravila. Delitev na javne in zasebne stvari je posledica delitve na javno in zasebno sfero. V okviru prve se je vzpostavil pojem "javne domene" (ki mu lahko sledimo nazaj do rimskega prava, ki ga je vključeval v sistem lastninskih pravic²⁸⁸), v drugi pa t. i. civilna lastninska pravica (*dominium ex iure Quiritum* – lastnina po kviritskem pravu, tj. pravu rimskih državljanov).

Rimljani so imeli zelo razvejan sistem lastninskih pravic, kjer je bilo opredeljenih tudi "veliko stvari, ki jih ni bilo mogoče imeti v zasebni lasti", kot so bili *res communes*, *res publicae* in *res universitatis*. Pojem *res communes* je bil določen za "stvari, ki jih lahko človeštvo prosto in navadno uživa, kot so zrak, svetloba in morje". Izraz *res publicae* se je nanašal na stvari, ki so si jih delili vsi državljani, pojem *res universitatis* pa je pomenil stvari, ki so bile v lasti rimskih občin. V anglosaški svet se je pojem "public domain" prenesel predvsem kot pojem, ki domuje v avtorskem pravu in se nanaša na prosto rabo informacij (Huang, 2009).²⁸⁹

V francoski *Deklaraciji o pravicah človeka in državljana* (1789) je lastninska pravica določena kot človekova pravica. V 17. členu je določena lastnina kot nedotakljiva in sveta pravica, ki je ni mogoče nikomur odvzeti, razen če obstoji očitna, z zakonom določena javna potreba, in to ob predhodni in pravični odškodnini. Lastnina je nuj-

288 Etimološko pojem "domêna" izvira iz lat. *dominium*, 'posestvo, lastništvo, gospostvo' iz *dominus* 'gospod'. Glej tudi dominirati (Snoj, 1997, str. 98). Z besedo *dominium* označujejo v zadnjih stoletjih republike lastnino, medtem ko je drugi izraz *proprietas* še nekoliko poznejši (Korošec, 1980, str. 126). Znano opredelitev, po kateri je lastninska pravica "pravica stvar uporabljati in jo porabiti, kolikor to dopušča smisel prava" (*Dominium est ius utendi et abutendi re sea quatenus iuris ratio patitur*), naj bi oblikoval šele Franciscus Hotomanus (Kranjc, 2008, str. 462).

289 Tudi SSKJ razume doméno v prvem pomenu kot 'področje ustvarjanja, delovanja', v drugem pa jo razume 'v zgodovinskem smislu kot državno ali vladarsko posest, zlasti v starem in srednjem veku. Doménski v slednjem pomenu se je nanašal na domeno, tj. domensko upravo, domensko posestvo'.

no potrebna za razvoj individualnosti, ekonomski obstoj in razvoj ter nujno potrebna v demokratični ureditvi (to je namreč pomenilo preskok od fevdalne miselnosti, ko je bila vsa zemlja v lasti vladarja). Javna lastnina ne služi zasebnim interesom in zagotavljanju individualnosti, ampak je namenjena javnim namenom. Posebne omejitve glede uporabe oz. upravljanja izhajajo iz tega javnega interesa. Posebni režim je lahko tako različen od siceršnjega urejanja lastninske pravice, da govorimo o posebnem institutu; pri javni lastnini je poudarjeno upravljanje in uporaba, v manjši meri pa tudi razpolaganje. Znotraj javne lastnine je precej različnih kategorij. Ključno vprašanje je, ali je javna lastnina (zgolj) lastnina države in njenih organov ali pa gre za posebno obliko lastnine, ki je druge osebe zasebnega prava ne morejo doseči. Glede na to ločimo dva koncepta javne lastnine:

- javna lastnina je zgolj *običajna* lastnina pravnih oseb javnega prava in zaradi tega, ker služi nekemu javnemu namenu, mora biti posebej pravno regulirana, sicer pa je varovana kot zasebna lastnina. Težava tega koncepta je v tem, da se problema loteva na lastninski in ne na funkcionalni strani, zato izpusti koncept tistih stvari, ki so v javnem interesu, vendar so v zasebni lasti pravnih oseb JP;
- javna lastnina je *poseben* pravni institut, ločen od lastninske pravice.

18.1 Javna lastnina in javna stvar

Za urejanje lastnine pravnih oseb javnega prava načeloma oz. v izhodišču velja režim zasebnih stvari (civilno – stvarno pravo); so pa določene stvari takšne, da so za državo oz. skupnost zelo pomembne, zaradi česar veljajo zanje drugačna pravila. Podveja upravnega prava, ki se ukvarja s temi pravili, je upravno stvarno pravo: pravila upravnega prava, ki veljajo za določene kategorije stvari in za določena vprašanja. Javne lastnine ni mogoče razumeti in temu posledično tretirati kot navadno lastninsko pravico, ampak kot neko premoženje z *namenom*. Glede na ta vidik, jo lahko razdelimo na dva dela, in sicer na javno lastnino, ki je vezana na nek namen oz. javno funkcijo in na lastnino oseb javnega prava, ki je podobna vsakršni drugi lastnini fizičnih ali pravnih oseb zasebnega prava.

Nemško pravo izhaja iz civilnopravnega modela lastninske pravice; uporablja izraz *javne stvari*. Gre za stvari v lasti države, ki so vezane na javni namen ali za stvari, ki so v lasti države in so namenjene zasebnemu namenu oziroma rabi. *Nemško* pravo izhaja iz funkcije in ne iz posebnega instituta javne lastnine. Javne stvari so namenjene javnemu namenu (imajo javni namen), ne glede na to, kdo je njihov lastnik. Tako je možna "gola" pravica, *nudum ius*.²⁹⁰ Javna lastnina mora biti nujno namenjena

²⁹⁰ V nemškem modelu obstaja na javnem dobrem »klasična« civilnopravna lastninska pravica, ki pa je v javnem interesu omejena z javnim namenom stvari. Lastnik s stvarjo ne more prosto razpolagati, temveč mora spoštovati njen javni namen. Takšna lastnina se lahko spremeni v »golo pravico« (*nudum ius*), ki nima

namenu, zaradi katerega je ustanovljena. Pravni promet z njo je omejen. Možni, a omejeni, so prisilni načini pridobivanja. Javne stvari obsegajo tudi pojem javnega dobra (v smislu francoskega prava). Nemško pravo ugotavlja, da lastnina pravnih oseb javnega prava ni isto kot zasebna lastnina. Ni pomembno lastništvo, temveč namen: javne stvari v upravni rabi – stvari, ki jih uporabljajo državni organi (tudi vojaške stvari); javne stvari v rabi cerkve; javne stvari v zasebni rabi. Javne stvari imajo civilno ali upravno rabo. Pomemben je torej predvsem namen, raba teh stvari.

Francosko pravo izhaja iz javnolastninskega modela *javne lastnine* kot posebnega instituta. Loči med *domain privé* in *domain publique*.²⁹¹ Pri slednji (ki ni enaka javni lastnini) gre za zasebno in javno lastnino države. Država mora imeti na nekih stvareh lastninsko pravico, ki je varovana kot zasebna lastnina, a hkrati ima tudi stvari, ki zahtevajo poseben pravni režim zaradi javnega interesa oz. posebnega namena teh stvari. Znotraj javne lastnine loči javno dobro (stvari, ki so namenjene splošno koristnemu namenu, tako da lahko to splošno javno dobro uporabljajo vsi pod enakimi pogoji. Francoska posebnost je v tem, da nujno terja, da je javno dobro v javni lasti. Spore v zvezi z javnim dobrom rešuje upravno sodstvo) in zasebno dobro (lastnina javnopravnih oseb, ki imajo s to lastnino zasebne namene – gre za vse tisto premoženje države ali lokalne skupnosti, ki ni javno dobro. Je v pravnem prometu, vendar pod določenimi pogoji, omejitvami. Spore v zvezi z zasebnim dobrom rešujejo redna sodišča, razen nekaterih izjem kot so javna naročila).

Po slovenskem pravu je javna lastnina lastnina države, lokalne skupnosti in drugih oseb javnega prava. Gre za poseben pravni režim, ki se naslanja na režim lastninske pravice, a jo nekoliko spreminja z omejitvami pri pridobivanju in razpolaganju. Urejajo jo Zakon o javnih financah, Zakon o stvarnem premoženju države in Zakon o računskem sodišču (nadzor). V našem pravu je torej treba sprejeti javno lastnino kot poseben institut, čeprav koncept javne lastnine v Sloveniji ni jasno določen²⁹² in se prepleta z drugimi pojmi, kot so javna stvar, javno dobro, javna infrastruktura.

nobene vsebine več. Če ima npr. zasebnik v lasti javno cesto, mora dovoliti njeno splošno (javno) rabo in od lastnine nima praktično ničesar (razen tega, da je lastnik) (Wolff v Virant, 2009, str. 169).

291 Osebe javnega prava upravljajo s svojo zasebno lastnino (premoženje, ki ni namenjeno javni rabi) tako kot vsak posameznik upravlja s svojim premoženjem. Oznako zasebnega premoženja pa izgubi premoženje npr. v primerih uporabe prostorov za delovanje sindikata, ozemlja za namene varščine, vzpostavitev decentralizacije, javnih del, ki so nujno povezana z nekim ozemljem oziroma v primerih, ko gre za izvajanje javne službe na ali s takim premoženjem (Chapus, 1996, str. 492, 493). Pogodbe, ki se nanašajo na zasebno premoženje države, so pogodbe zasebnega prava, pogodbe, ki zadevajo *domain publique*, tj. premoženje za javni cilj, pa so upravne pogodbe. Razlogov za javni cilj je več: eni se nanašajo na odstop prostorov ali ozemlja (tako naravo ima npr. teritorij cementarne, javnega sprehajališča, ki ga uporablja gostinski lokal za svojo dejavnost, avtobusne ali železniške postaje, sodne palače za delovanje lokala, prostorov muzeja, namenjenih za prodajo knjig), drugi na okolico, od katere je odvisna neka dejavnost, npr. prostor za plažo, za pritrjevanje plakatov, prostor grobišča (prav tam, str. 514).

292 V zemljiško knjigo se javna lastnina ne vpisuje kot poseben institut, ampak kot lastnina pravnih oseb javnega prava.

Konceptu javne lastnine “sledijo” npr. Zakon o javnih financah in podzakonski predpisi na njegovi podlagi, Zakon o zavodih,²⁹³ Zakon o javnih skladih,²⁹⁴ Zakon o financiranju občin, medtem ko koncept javne stvari najdemo v Zakonu o graditvi objektov, Zakonu o cestah,²⁹⁵ Zakonu o vodah in Pomorskem zakoniku. Vsi ti zakoni urejajo stvari, ki so namenjene javnemu namenu. V Zakonu o varstvu okolja najdemo “navadno” lastnino, ki se nanaša na stečaj povzročitelja obremenitve okolja in sicer se nanaša na odpadke oziroma onesnažene stvari. Navadno lastnino najdemo tudi v Zakonu o stvarnem premoženju države in samoupravnih lokalnih skupnosti, kjer ravnanje s stvarnim premoženjem pomeni pridobivanje, razpolaganje, upravljanje in najemanje tega premoženja (pridobivanje pomeni vsak prenos lastninske pravice na določenem stvarnem premoženju na državo, samoupravno lokalno skupnost ali drugo osebo javnega prava, razpolaganje pa vsak prenos lastninske pravice na drugo fizično ali pravno osebo, zlasti pa to pomeni prodajo, odsvojitvev na podlagi menjave ali drug način odplačne ali neodplačne odsvojitve stvarnega premoženja ter vlaganje stvarnih vložkov v pravne osebe zasebnega in javnega prava).

Naša ureditev je blizu nemški ureditvi, vendar imamo tudi velik del institutov iz francoskega prava, vključno z javnim dobrom, ki je posebej urejen. Vse kar je v povezavi z javnim financiranjem in upravljanjem, se nanaša na lastnino pravnih oseb javnega prava, zato bi lahko rekli, da izhajamo iz koncepta javne lastnine, medtem ko po drugi strani govorimo o javnih stvareh, ne glede na lastnika. V RS imamo torej mešanico obeh sistemov. V okviru lastnine oseb javnega prava ločimo med sicer podobnimi temami: *razlastitev* je odvzem lastninske pravice v javno korist; *javna stvar* je vsaka stvar namenjena javnosti za njeno uporabo, ker je namen te stvari določen za javno korist (javne ceste, pločniki, parki, muzeji, parkirišča, obalni pas reke,²⁹⁶ morja, bolnišnice, šole, vrtci); *javno dobro* je javna stvar, posebej označena s posebnim

293 V prehodnih določbah tega zakona je določeno, da „[d]okler ne bodo s posebnimi zakoni opredeljene javne službe in urejena vprašanja glede razpolaganja s premoženjem, ki je kot javna lastnina namenjeno za opravljanje javnih služb, ni dovoljena odtujitev ali sprememba namembnosti nepremičnin, ki postanejo javna lastnina v upravljanju javnih zavodov.

294 Javni sklad ima posebno, tj. namensko premoženje premoženje, ki ga je ustanovitelj namenil za doseganje namena javnega sklada. Ustanovitelj lahko ob ustanovitvi zagotovi javnemu skladu tudi prostore, opremo in druga sredstva za delo javnega sklada, ki jih ustanovitelj obdrži v svoji lasti in da v uporabo javnemu skladu. Medsebojne pravice in obveznosti glede premoženja v uporabi uredita ustanovitelj in javni sklad s pogodbo o prenosu premoženja v uporabo. Premoženje, ki ga ima javni sklad v uporabi, se ne šteje za kapital javnega sklada in se ne vpiše v sodni register. Javni sklad lahko od ustanovitelja ali od drugih oseb sprejme v upravljanje ali v last za izvajanje skupnih projektov tudi drugo premoženje. Prevzem tega premoženja javni sklad in oseba iz prejšnjega odstavka uredita s pogodbo. Če druga oseba ni ustanovitelj javnega sklada, pogodba stopi v veljavo, ko da k pogodbi pisno soglasje ustanovitelj. Premoženje, ki ga javni sklad sprejme na podlagi tega člena, se ne šteje za kapital javnega sklada in se ne vpiše v sodni register.

295 Zakon o cestah določa, da so *javne ceste javno dobro* in so izven pravnega prometa. Na njih ni moč pridobiti lastninske pravice s priposestovanjem ali drugih stvarnih pravic. V okvir koncepta javne stvari lahko umestimo t. i. nekategorizirano cesto, ki se uporablja za javni cestni promet (vsaka prometna površina, na kateri se opravlja promet na način in pod pogoji, kot jih v skladu s tem zakonom in predpisom, ki ureja pravila cestnega prometa) v lastni zasebnega lastnika.

296 Ustavno sodišče je npr. odločilo, da Zakon o vodah ne določa načina uživanja lastninske pravice na morskih priobalnih zemljiščih tako, da bi zagotavljal uresničevanje pravice prostega dostopa in gibanja do morja vsem in tudi ne ureja uresničevanja morebitnih posebnih pravic uporabe, zato je v neskladju s 67. in s 70. členom Ustave (od/US, št. U-I-319/96 z dne 7. 12. 2000).

režimom nastanka, rabe, upravljanja, izkoriščanja in razpolaganja; javna infrastruktura je pojem, ki se uporablja za naprave in objekte, ki so namenjeni izvajanju javnih služb s področja energetike, prometa in zvez, komunalnega in vodnega gospodarstva in gospodarjenja z drugimi vrstami naravnega bogastva, varstva okolja ter drugih zakonov, ki urejajo druga področja gospodarske infrastrukture.²⁹⁷ Zanimivo je, da večina del upravnega prava iz anglosaškega dela sveta, sploh ne omenja posebnega režima, ki bi se nanašal na nepremičnine, čeprav posebna ureditev seveda obstaja. Lastnina v lasti države se imenuje “state property”, lastnina, razumljena kot njen derivativ, za uporabo celotne skupnosti, pa je “public property”. Prva je namenjena izključni rabi državnega organa ali osebam zaposlenim v njem (npr. laboratorij), druga pa ima pomen javne stvari.

18.2 Premoženje države

Premoženje države predstavljajo javnofinančni odhodki in javnofinančni prihodki. Le-ti pa se “kažejo” v proračunu države. Proračun je akt države oziroma občine, s katerim so predvideni prihodki in drugi prejemki ter odhodki in drugi izdatki države oziroma občine za eno leto. Finančno pravo je povezano z pravnim redom države, finančna suverenost pa je del suverenosti države. Nastanek denarja in gospodarjenje z njim je temeljni razlog, ki je povzročil pojav finančnega razmerja. Da pa je finančno razmerje pravno, ga je morala država predpisati s svojim aktom. Država opredeljuje pravni režim denarja preko centralne banke oz. pri nas v Sloveniji preko Banke Slovenije. Državni proračun je le ena od štirih blagajn, kamor se stekajo javne finance RS. Poleg državnega proračuna poznamo še občinski proračun, blagajno Zavoda za zdravstveno zavarovanje in blagajno Zavoda za pokojninsko in invalidsko zavarovanje. Proračun sestavljajo trije deli: splošni in posebni del ter načrt razvojnih programov.²⁹⁸

Vrste premoženja – državno premoženje je finančno in stvarno premoženje v lasti države. Finančno premoženje so denarna sredstva, terjatve, dolžniški vrednostni pa-

²⁹⁷ Javna infrastruktura se nanaša na gospodarsko javno infrastrukturo (GJI), ki združuje objekte gospodarske infrastrukture vpisane v Zbirni kataster GJI in ostalo javno infrastrukturo. Osnovni namen je prikaz zasedenosti prostora s posameznimi objekti, ki nam omogoča bolj smotrno urejanje prostora in varnejše izvajanje posegov v prostor. Objekti gospodarske infrastrukture so razdeljeni na: prometno infrastrukturo (ceste, železnice, letališča, pristanišča), energetska infrastrukturo (plinovod, toplovod, elektrovod, javna razsvetljava), komunalno infrastrukturo (vodovod, kanalizacija, odlagališče odpadkov), elektronske komunikacije, vodno infrastrukturo, infrastrukturo za gospodarjenje z drugimi vrstami naravnega bogastva ali varstva okolja in drugo javno infrastrukturo (zelene in javne površine, pokopališča, urbana oprema, ekološki otoki, prometna signalizacija ...). http://www.geoprostor.net/PisoPortal/vsebine_gji.aspx

²⁹⁸ V splošnem delu proračuna so prikazani prejemki in izdatki po ekonomski klasifikaciji do ravnih konta. V bilanci prihodkov in odhodkov se, poleg navedenih v zakonu o javnih financah, izkazujejo tudi prihodki, ki obsegajo namenska sredstva EU, in odhodki, ki obsegajo plačila sredstev v proračun EU. V posebnem delu proračuna so finančni načrti neposrednih uporabnikov prikazani po politikah, glavnih programih in podprogramih. V načrtu razvojnih programov se prikazujejo načrtovani izdatki po skupinah projektov, projektih in ukrepih ter virih financiranja po posameznih letih za celovito izvedbo projektov oziroma ukrepov (gl. Zakon o izvrševanju proračunov Republike Slovenije).

pirji ter delnice in deleži na kapitalu pravnih oseb in druge naložbe v pravne osebe (kapitalske naložbe). Stvarno premoženje so premičnine in nepremičnine. Za opravljanje javnih služb in dejavnosti v javnem interesu lahko država oziroma občina državno oziroma občinsko premoženje organizirata v obliki javnih zavodov, javnih gospodarskih zavodov, javnih podjetij, javnih skladov in agencij. Javni zavodi in agencije, katerih ustanovitelj je država oziroma občina, ne smejo odplačno pridobivati kapitalskih naložb.

Upravljavci nepremičnega premoženja države so državni organi, pravosodni organi in osebe javnega prava, ki jih kot upravljavce določi Vlada Republike Slovenije s sklepom ali jim je pravica upravljanja nepremičnega premoženja države podeljena z zakonom, podzakonskim predpisom ali aktom o ustanovitvi, ki ga sprejme vlada. Upravljavci premičnega premoženja države so državni organi, pravosodni organi in osebe javnega prava, ki so to premoženje pridobili v uporabo na podlagi kupoprodajne pogodbe, menjalne pogodbe, pogodbe o neodplačni pridobitvi ali na podlagi drugega pravnega posla. Podlaga za določitev novega upravljavca premičnega premoženja je dogovor o prenosu med starim in novim upravljavcem, kar se evidentira v skladu s predpisi, ki urejajo materialno in finančno poslovanje upravljavcev premičnega premoženja države. Upravljavci stvarnega premoženja samoupravnih lokalnih skupnosti so uprava samoupravne lokalne skupnosti in osebe javnega prava, ki jih za upravljavce določi organ, pristojen za izvrševanje proračuna samoupravne lokalne skupnosti, s svojim aktom. Drugi državni organi so upravljavci stvarnega premoženja države, ki ga uporabljajo.

Pravni režim lastnine pravnih oseb javnega prava – določa Zakon o javnih financah za javnofinančno premoženje in Zakon o stvarnem premoženju države in lokalnih skupnosti za stvarno premoženje. Za porabo javnih finančnih sredstev organov oblasti se večinoma uporablja režim javnih naročil (kar zajema tudi izjeme od javnega naročanja). V okviru aktov ravnanja s stvarnem premoženjem je najpomembnejši načrt ravnanja s stvarnim premoženjem države in samoupravnih lokalnih skupnosti,²⁹⁹ sledi mu pa načrt ravnanja s premičnim premoženjem ter evidenca premoženja dr-

²⁹⁹ Načrt ravnanja z nepremičnim premoženjem vsebuje načrt pridobivanja nepremičnega premoženja in načrt razpolaganja z nepremičnim premoženjem države oziroma samoupravne lokalne skupnosti. Načrt ravnanja z nepremičnim premoženjem za organe državne uprave, pravosodne organe, javne zavode, javne gospodarske zavode, javne agencije in javne sklade, ki jih je ustanovila država predloži vlada v sprejem Državnemu zboru Republike Slovenije. Načrt ravnanja z nepremičnim premoženjem za druge državne organe pošlje vlada na njihov predlog v sprejem državnemu zboru. Načrt ravnanja z nepremičnim premoženjem sprejme za samoupravne lokalne skupnosti svet samoupravne lokalne skupnosti na predlog organa, pristojnega za izvrševanje proračuna samoupravnih lokalnih skupnosti. Svet samoupravne lokalne skupnosti lahko določi, da načrt ravnanja z nepremičnim premoženjem pod določeno vrednostjo sprejme organ, pristojen za izvrševanje proračuna samoupravnih lokalnih skupnosti. Načrt ravnanja z nepremičnim premoženjem se predloži v sprejem državnemu zboru oziroma svetu samoupravne lokalne skupnosti skupaj s predlogom proračuna. Vsebinsko in podrobnejši postopek sprejemanja načrta ravnanja z nepremičnim premoženjem predpiše vlada z uredbo.

žave in samoupravnih lokalnih skupnosti.³⁰⁰ Odločanje o pravnem poslu – o neodplačnih prenosih lastninske pravice na nepremičnem premoženju države odloča vlada, o drugih pravnih poslih ravnanja s stvarnim premoženjem države pa odloči in sklene pravni posel predstojnik upravljavca ali oseba, ki jo predstojnik za to pooblasti. O pravnem poslu ravnanja s stvarnim premoženjem države, ki ga upravljajo drugi državni organi, odloči in sklene pravni posel predstojnik upravljavca ali oseba, ki jo predstojnik za to pooblasti, glede stvarnega premoženja samoupravnih lokalnih skupnosti odloči in sklene pravni posel organ, pristojen za izvrševanje proračuna samoupravne lokalne skupnosti, ali oseba, ki jo ta organ za to pooblasti. Premoženje, ki je predmet razpolaganja, mora biti – z nekaj izjemami – pred izvedbo postopka ocenjeno. Metode razpolaganja z nepremičnim premoženjem so: 1. javna dražba; 2. javno zbiranje ponudb in 3. neposredna pogodba. Postopek razpolaganja z nepremičnim premoženjem se praviloma izvede z javno dražbo, razen če se z javnim zbiranjem ponudb pričakuje ugodnejši učinek razpolaganja, pri čemer je prvi cilj prodaje čim višja kupnina.

Nadzor nad upravljanjem državnega premoženja – poznamo dve obliki nadzora nad upravljanjem državnega premoženja in sicer 1) notranji nadzor, ki mora skrbeti, da sistem finančnega poslovanja in kontrol deluje z načeli zakonitosti, preglednosti, učinkovitosti in uspešnosti. Predlagatelji finančnih načrtov (to so ministrstva) imajo notranje revizijske službe. Pristojnosti Ministrstva za finance so v tem delu takšne, da izvaja inšpekcijski nadzor nad izvajanjem zakona o javnih financah, izvaja nadzor nad zakonitostjo in namenskostjo uporabe sredstev iz javnih financ in upravljanem z državnim premoženjem in predpisuje skupne usmeritve za notranji nadzor javnih financ; 2) zunanji nadzor izvajata Računsko sodišče ter Komisija za nadzor proračuna in drugih javnih financ. Računsko sodišče je najvišji organ kontrole državnih računov, državnega proračuna in celotne državne porabe. Preverja pravilnost in smotrnost poslovanja uporabnikov javnih sredstev. Ko opravi revizijo, o tem napiše revizijsko poročilo, ki je javni dokument. Subjekt, pri katerem so bile odkrite nepravilnosti, mora v odzivnem poročilu pojasniti odprave razkritih nepravilnosti. Računsko sodišče mora stanje poročati državnemu zboru. Če pride do hude kršitve obveznosti dobrega poslovanja, Računsko sodišče izda obvestilo Državnemu zboru RS, poziv za razrešitev odgovorne osebe in sporočilo za javnost.

³⁰⁰ Upravljavci morajo voditi evidenco državnega nepremičnega premoženja, ki ga upravljajo. Ministrstvo, pristojno za pravosodje vzpostavi in vodi centralno evidenco nepremičnega premoženja v lasti države in nepremičnega premoženja v lasti drugih oseb javnega prava, katerih ustanoviteljica je Republika Slovenija, razen nepremičnin v lasti Republike Slovenije, ki so v upravljanju Slovenske obveščevalno-varnostne agencije. Samoupravne lokalne skupnosti vzpostavijo evidenco nepremičnega premoženja v lasti samoupravnih lokalnih skupnosti in oseb javnega prava, katerih ustanoviteljice so samoupravne lokalne skupnosti. Evidence iz tega člena se povežejo z zemljiško knjigo, zemljiškim katastrom in katastrom stavb ter z drugimi evidencami.

18.3 Javno dobro

Izvore javnega dobra sledimo lahko že v rimskem pravu. Rimsko pravo je nekatere stvari izvzelo iz pravnega prometa (*res extra commercium* – velja še danes) po državnem in verskem pravu (stvari skupne vsem in javne stvari). Stari izraz: “dobrine v splošni rabi”. Ne velja rimska, zasebna pravica rabe, uživanja in razpolaganja (*ius utendi, et fruendi, et abutendi res sua*). Ko govorimo o javnem dobru, govorimo o javnih dobrinah kot izhodišču za določitev javnega dobra, ki ima “v jedru nek *fizični* moment, pod (gospodarska infrastruktura), na (ceste, parki, voda) in nad zemljiščem (zrak, gore, radiofrekvenčni spekter) ali tesno povezan z zemljiščem (naravna bogastva, tj. rude, energenti)”. Za določitev javnih dobrin uproabljammo dva glavna opredelilna elementa, tj. ne-izključljivost in ne-tekmovalnost. Posameznikom ni mogoče učinkovito preprečiti uporabe javnih dobrin, medtem ko uporaba s strani enega posameznika prav tako ne zmanjšuje dostopnosti teh dobrin s strani drugih. Paul A. Samuelson je razvil teorijo o javnih dobrinah (kasneje jih je imenoval kot dobrine kolektivne potrošnje), kjer ‘uporaba take dobrine s strani kateregakoli posameznika ne vodi do zmanjšanja njene uporabe s strani katere koli druge osebe’ (1954, str. 387). Medtem ko je Samuelson dal poudarek na ne-tekmovalnosti, jo Seldon daje na ne-izključljivosti. Zanj je bistvena značilnost javnih dobrin v tem, da ‘jih ni mogoče zavrniti ljudem, ki jih *ne bi želeli plačati*, in so sicer “prosti jezdec”, če jih ne bi plačali. Javne dobrine, da bi se sploh proizvajale za vse, zato ne morejo biti odgovor na posamezno ravnanje na trgu: treba jih je financirati na kolektiven način z metodo, znano kot obdavčitev’ (2005, str. 108).

Od zasebnih dobrin se javne dobrine torej razlikujejo po enaki razpoložljivosti vsem v enakem obsegu, ker potrošnja kogarkoli ne zmanjšuje potrošnje drugih (**nerivalstvo v potrošnji**) + od uživanja javne dobrine je potrošnika težko (nemogoče) izključiti (**nemožnost izključitve**), tudi če ne prispeva k pokrivanju stroškov (relativne javne dobrine – javne ceste, parkirišča; absolutne ali čiste javne dobrine - zrak, obramba, javni red in mir, varovanje okolja, čiščenje javnih površin). Odločitev za možne izključitve od uporabe je odvisna od stroškov izključevanja (transakcijski stroški).

	Izključljive	Ne-izključljive
Rivalstvo	Privatne dobrine Hrana, obleka, avto, akustika, hišni aparati	Skupne dobrine državne zaloge blaga, lesa, premoga, zdravstveno in pokojninsko zavarovanje
Ne-rivalstvo	Klubske dobrine Kinoteke, zasebni parki, satelitska televizija	Javne dobrine javna razsvetljava, zrak, obalni pas, nacionalna obramba, javni red in mir

Javne dobrine so stvari, namenjene splošni (obči) rabi, izvajanju javnih služb in delovanju javne uprave. Kot rečeno, imajo nekatere javne dobrine formalni status javnega dobra, ki kot rečeno, izraža "fizični element".³⁰¹

18.3.1 Vrste javnega dobra

V upravnem pravu se navadno javno dobro opredeljuje le glede na javno dobro, povezano z *naravo, prostorom ali javno infrastrukturo*, kar *ne* pomeni, da javnega dobra (javnih dobrin) ni moč najti tudi na drugih področjih, za katere mora skrbeti država – povsod, kjer bi lahko našli zgoraj omenjena temeljna opredelilna elementa javnega dobra (ne-izključljivost in ne-tekmovalnost), se pojavi vprašanje opredelitve javnega dobra. Tako je tudi pravo javna dobrina: velja za vse, ne enak način, ga ni moč ne-uporabljati, posamezniki zanj prav tako ne tekmujejo. Podobno velja za javno zdravje, javno šolstvo, javno radio-televizijo, javno varnost, temeljne raziskave, varstvo pred požari, poplavami, za javne informacije, pravice otrok itd. Javno dobro se deli glede na:

- I. **objekt:** a) zemljiško dobro (javne ceste, parki, parkirišča, trgi, pokopališča, mostovi ipd.), b) vodno dobro (celinske vode, vodna zemljišča, zemljišče presihajočega jezera, priobalno zemljišče celinskih voda), c) pomorsko dobro (morje, vodno zemljišče morja, priobalno zemljišče morja);
- II. **način nastanka:** 1. po naravni poti (radiofrekvenčni spekter, delovanje narave – reke, morja, jezera, zrak, nastanek otoka, sprememba toka reke, dvig meje morske plime ipd.), 2. z ljudskim delovanjem (*ex lege* z uveljavitvijo zakona, če stvar že obstaja, oz. na temelju drugega pravnega akta; gre za *grajeno* javno dobro kot poseg človeka v prostor (npr. vodovodna omrežja, plinska omrežja, kanalizacija, most, hidroelektrarna);³⁰²

301 Gl. npr. URS, 70. člen (javno dobro in naravna bogastva): Na javnem dobru se lahko pridobi posebna pravica uporabe pod pogoji, ki jih določa zakon. Zakon določa pogoje, pod katerimi se smejo izkoriščati **naravna bogastva**. Zakon lahko določi, da smejo naravna bogastva izkoriščati tudi tuje osebe, in določi pogoje za izkoriščanje. Stvarnopravni zakonik (19. čl. SPZ) določa, da je javno dobro **stvar**, ki jo v skladu z njenim namenom ob enakih pogojih lahko uporablja vsakdo (splošna raba). Zakon določa, katera stvar je javno dobro in kakšni so pogoji za njegovo uporabo. Na javnem dobru se lahko pridobi tudi posebna pravica uporabe pod pogoji, ki jih določa zakon. Zakon o gospodarskih javnih službah (9. člen ZGJS) določa, da se lahko **objekti in naprave, namenjeni za izvajanje obveznih gospodarskih javnih služb**, ki so določeni kot javno dobro, uporabljajo samo na način in pod pogoji, določenimi z zakonom. Lokalna skupnost lahko predpiše pogoje in način javne, posebne in podrejene rabe objektov in naprav, namenjenih za izvrševanje lokalnih gospodarskih javnih služb. Z uporabo objektov in naprav, namenjenih za izvajanje gospodarskih javnih služb, ali s pogoji za njihovo rabo se ne sme omejevati osnovni namen objekta ali naprave, razen če to zahteva ohranitev njegove substance.

302 Zakon o vodah (ZV-1) definira naravno in grajeno javno dobro. Naravno javno dobro so celinske vode in vodna zemljišča ter morje in vodna zemljišča morja. Grajeno vodno javno dobro opredeljuje kot vodno zemljišče, ki je nastalo zaradi prestavitve ali ureditve naravnega vodotoka, zajezitve tekočih voda, zaradi odvzema ali izkoriščanja mineralnih surovin ali drugega podobnega posega v prostor, in se ga lahko nameni splošni rabi. Grajeno morsko javno dobro je tudi objekt na vodnem ali priobalnem zemljišču, če se ga nameni splošni rabi (grajena morska obala, valolom in podobno). Zakon o urejanju prostora (ZUreP-2) Ur. l. RS, št. 61/17 določa, da so grajeno javno dobro zemljišča, objekti in deli objektov, namenjeni takšni splošni

III. **namen:** splošna uporaba ali uporaba namenjena posebnim skupinam (infrastruktura gospodarskih javnih služb, vojaška pristanišča, letališča)

IV. **kriterij lastništva:** 1) absolutna prepoved zasebne lastninske pravice (morje, reke, javne ceste ipd.), 2) relativna (muzejski predmeti, relikvije, objekti) – odvisno od države (germanski v. francoski sistem).

18.3.1.1 Postopek za pridobitev statusa grajenega javnega dobra

Že pri razlastitvi je bilo navedeno, da je eden od razlogov za razlastitev nepremičnine tudi gradnja in prevzem objektov in omrežij gospodarske javne infrastrukture ter grajenega javnega dobra. Temeljni element javnega dobra je splošna raba ali posebna raba, če bistveno ne zmanjšuje ali posega v splošno rabo javne površine.³⁰³ Status grajenega javnega dobra državnega pomena se skladno z 245. členom ZUreP-2 pridobi z ugotovitveno odločbo, ki jo na podlagi sklepa vlade oz. občinskega sveta po uradni dolžnosti izda tisto pristojno ministrstvo oz. občinska uprava, v katerega področje ali območje spada takšen objekt. Vlada ali občinski svet izda sklep iz prejšnjega odstavka na zahtevo, ki jo lahko vloži pristojni resorni minister oziroma župan. Pred izdajo odločbe država ali občina na zemljišču, objektu ali njegovem delu pridobi lastninsko ali drugo ustrezno pravico, ki omogoča takšno splošno rabo, ki ustreza namenu pridobitve statusa grajenega javnega dobra in kot jo za pridobitev statusa

rabi, kot jo glede na namen njihove uporabe določa zakon ali predpis, izdan na podlagi zakona. Grajeno javno dobro je državnega in lokalnega pomena.

303 ZUreP-2 v 244. določa, da je splošna raba javnih površin raba, ki je namenjena prostemu gibanju oseb, predvsem za namene prehoda in dostopa do drugih javnih površin, zelenega sistema, bivališč, poslovnih objektov ter gospodarske javne infrastrukture in družbene infrastrukture, ter rekreaciji, igri in drugim prostočasnim aktivnostim na prostem. Občina lahko z odlokom predpiše pogoje za posebno rabo javnih površin. Posebna raba javnih površin je raba, ki glede na vrsto javne površine bistveno ne zmanjšuje ali posega v splošno rabo le-te, in s katero se na njej omogoča trajno ali začasno izvajanje gospodarskih in družbenih dejavnosti, izvajanje posegov na objektih, ki mejijo na javno površino, in druge posege in aktivnosti, kot na primer postavitev gostinskih vrtov; postavitev objektov, opreme in naprav za prodajo in oglaševanje izdelkov in storitev; postavitev polnilnih točk ter odjemnih in oddajnih mest za vozila; postavitev gradbenih odrov in gradbišč; izvedbo javnih prireditev; izvedbo snemanj; prirejanje razstav. Obrazložitev k temu členu v predlogu zakona navaja, da pojem "javne površine", predstavlja lahko tako javno kot zasebno lastnino, saj "pomeni predvsem javno rabo in namen, ne pa lastništva. Javne površine v zasebni lasti v tem smislu so vseprisotne, medtem ko si v bolj urbanih območjih funkcioniranja naselij sicer sploh ne da predstavljati. Pri tem gre za sobivanje javnega in zasebnega, pri čemer slednje na račun prvega ni omejeno ali izvotljeno do mere, da bi lahko govorili o razlaščujoči rabi ali namenu, vendarle pa gre za nemejitve zasebne lastnine, ki jo je treba ustrezno pravno urediti v kontekstu grajenega javnega dobra. Zakon zato določa, da je tovrstna raba možna na površinah, ki jih kot take določi občina in da se lahko izvršuje pod določenimi pogoji oziroma pravili. Lastnik ali upravljavec nepremičnine, ki je grajeno javno dobro, mora le-to vzdrževati v stanju, ki omogoča ustrezno rabo, taka nepremičnina pa ne more biti predmet izvršbe, niti ne more biti priposestvovana, kar določajo stvarnopravni predpisi. Pač pa zakon izrecno določa, da lahko država ali občina s takim lastnikom skleneta dogovor glede vzdrževanja takega stanja in opravljanja določenih storitev ali služb, ki so sicer pridržane javnim površinam (zimski služba, košnja, čiščenje) in tako prispevata oziroma lajšata breme, ki ga je zaradi statusa grajenega javnega dobra dolžan nositi lastnik take nepremičnine, z dogovorom pa se lahko uredijo tudi druga vprašanja, kot npr. odgovornost. Lastnik take površine mora biti tudi seznanjen s prostorsko regulacijo teh nepremičnin, da ne bi npr. izvajal posegov v prostor, ki bi zmanjševali možnost splošne rabe. Člen izrecno ureja tudi vprašanje odstopa od dogovora'.

grajenega javnega dobra določajo področni predpisi.³⁰⁴ Če za pridobitev statusa grajenega javnega dobra ni potrebna lastninska pravica države ali občine, se v aktu, s katerim se pridobi druga ustrezna pravica, opredeli splošno rabo grajenega javnega dobra, pogoje in omejitve, ki jih iz tega naslova trpi lastnik, odškodnino zaradi omejitve lastninske pravice in vprašanje odgovornosti za škodo, nastalo pri splošni rabi grajenega javnega dobra (če lastnik nepremičnine ostane lastnik, se vlada ali občina z njim dogovori tudi o vzdrževanju njenega primerne stanja). Pristojno resorno ministrstvo oziroma občinska uprava pošlje pravnomočno ugotovitveno odločbo o pridobitvi statusa grajenega javnega dobra pristojnemu sodišču, ki po uradni dolžnosti vpiše v zemljiško knjigo zaznambo o javnem dobrem.

18.3.2 Uporaba javnega dobra

Javno dobro je ustavni pojem. URS ga ureja v 70. členu kot posebno pravico rabe. Ustava zahteva, da se pravica posebne rabe uredi z zakonom; zakon mora torej določiti pogoje, pod katerimi lahko nekdo pridobi pravico posebne rabe javnega dobra. Glavna značilnost režima javnega dobra (JD) je splošna raba. Slednja pomeni splošno in enako rabo vseh ljudi glede na njihove potrebe; za njeno izvrševanje zato niso pomembne subjektivne ali pravne lastnosti uporabnika (poslovna sposobnost, državljanstvo itd.). Gre za anonimno, individualno, nedoločeno, nesubjektivno upravičenje vsakogar, zaradi česar je antipod izključne pravice. Poglavitni opredelilni element javnega dobra v domačem pravnem redu je možnost vsakogar, da ga uporablja v skladu z njegovim namenom (splošna raba). Bistveno za splošno rabo je, da je anonimna. Njenega družbenega namena drugače niti ni mogoče udejanjiti. Anonimnost abstraktnega upravičenja splošne rabe (npr. javne ceste) izključuje obstoj subjektivne pravice posameznika do uporabe (npr. javne ceste).

Javno dobro kot splošno rabo je treba ločiti od prostega dostopa in gibanja v gozdu, čebelarjenja, lova, rekreativnega nabiranja plodov ali rastlin – gre za omejitve zasebne lastnine skladno z njeno gospodarsko, socialno in ekološko funkcijo, gl. 67. člen Ustave RS.). Elementi splošne rabe so: **inkluzivnost** (uporablja ga lahko vsakdo pod enakimi pogoji); za uporabo **ni potrebno posebno dovoljenje**; uporaba je načeloma **neodplačna** (izjeme so cestnine in posebne pristojbine npr. vstop v Logarsko dolino); uporaba je **začasna, ne ovira enake uporabe drugega**. JD ni v pravnem prometu; možna je pravica uporabe za določene subjekte: možno je pridobiti služnost (v javno korist - napeljevanje vodovoda, kanalizacije, električnih, telefonskih in drugih

³⁰⁴ Pridobitev statusa javnega dobra se lahko vzpostavi tudi za zasebnem zemljišču ali objektu, če poseg ni tako velik, da bi lastniku ostala le gola lastninska pravica. Omejitev ali obremenitev zasebne lastninske pravice (sklenitev pogodbe o ustanovitvi služnosti) je dopustna le v javno korist, če je za dosego javne koristi nujno potrebna, če je javna korist v sorazmerju s posegom v zasebno lastnino in če to določajo področni predpisi. Če se lastnik ne bi strinjal s takšno omejitvijo, je treba začeti postopek razlastitve ali drugačne omejitve lastninske pravice (obremenitev s služnostjo v javno korist).

naprav javnega pomena) ali posebno (individualno) pravico rabe (vodna pravica kot vodno dovoljenje ali koncesija, dovoljenje za športni ribolov, uporaba prometnih površin zunaj vozišča javne ceste).

Z uporabo temeljnih kriterijev za javno dobro, se da pojasniti razliko med javnimi stvarmi, javnimi dobrim in javno infrastrukturo: npr. stvari oz. objekti negospodarskih javnih služb kot so šole, vrtci, zdravstveni domovi in muzeji se ne štejejo za javno dobro, ker ne zadošča zgolj javna dostopnost, pač pa mora biti s tem dostopom zvezana splošna raba. V primeru izpolnitve obeh kriterijev, gre za javno dobro, same naprave, ki so namenjene zagotavljanju javnega dobra so javna infrastruktura, medtem ko se (le) zemljišče pod temi napravami šteje za javno dobro. JD za namene *evidentiranja: vodna knjiga* (evidenca o podeljenih vodnih pravicah in izdanih vodnih soglasjih ter zbirka listin) in *vodni kataster* (popis voda, vodnih objektov in naprav), *zbirni kataster gospodarske javne infrastrukture* (prometna, energetska, komunalna, vodna, za gospodarjenje z drugimi vrstami naravnega bogastva ali varstva okolja, drugi objekti v javno korist (elektronske komunikacije)), *zemljiška knjiga* (nepremično JD). Register nepremičnin: za namene evidentiranja podatkov o nepremičninah v register nepremičnin se v skladu s stvarnim pravom podatek o JD evidentira le za nepremičnine, za katere velja, da so namenjene splošni rabi vseh pod enakimi pogoji.³⁰⁵

18.3.2.1 Posebna pravica uporabe javnega dobra

Iz besedila prvega odstavka 70. člena Ustave sledi, da je poleg splošne rabe javnega dobra, kar je bistvena prvina javnega dobra, dopustna tudi posebna pravica uporabe javnega dobra. Posebna pravica uporabe na javnem dobru se lahko pridobi, če tako določa zakon (npr. Zakon o javnih cestah poleg splošnega rabe ceste za cestni promet določa tudi posebno pravico uporabe glavne ali regionalne ceste za izvedbo športne ali druge prireditve) in pod pogoji, ki jih določa zakon. Posebne pravice uporabe javnega dobra opredeljujejo uporabo, ki je izven osnovnega namena stvari. Vsebina te pravice je v posebnem načinu rabe javnega dobra, ki pripada samo upravičenemu posamezniku in ki lahko omejuje splošno rabo drugih. V postopku podeljevanja posebne pravice uporabe javnega dobra pa tretja oseba lahko – *ne glede* na status javnega dobra – varuje svoje pravne koristi (npr. do uporabe javne ceste v času posebne pravice uporabe). Nasprotno razumevanje bi kršilo pravico iz 22. člena Ustave (enako varstvo pravic). Javno dobro *ni* v celoti prepuščeno klasični individualni

³⁰⁵ Kot taka se štejejo zemljišča oz. deli zemljišč, na katerih so zgrajene javne ceste in so po dejanski rabi javne ceste po podatkih Banke cestnih podatkov, ki jih vodi ministrstvo, pristojno za infrastrukturo in prostor; zemljišča oz. deli zemljišč, na katerih so zgrajene železnice, po podatkih ministrstva, pristojnega za infrastrukturo in prostor; zemljišča z objekti, ki se šteje za omrežje komunalne infrastrukture za izvajanje obveznih javnih gospodarskih služb; druga zemljišča oz. deli zemljišč, na katerih je v zemljiški knjigi zaznamovano zgrajeno javno dobro v skladu z zakonom, ki ureja gradnjo objektov, in zemljišča, ki se kot javno dobro štejejo v skladu s predpisi o vodah. Druga zemljišča oz. deli zemljišč in grajeni javni objekti v skladu z zakonom, ki ureja gradnjo objektov, se ne štejejo za javno dobro v smislu tega zakona.

oblasti imetnika lastninske pravice na javnem dobru in zato tudi njegovi svobodni odločitvi; posameznik lahko v postopkih podelitve posebne pravice uporabe varuje kakšne svoje pravne koristi.³⁰⁶

Splošna raba vode naj bi se razlikovala od njene posebne rabe, saj naj bi splošna raba vode le neznatno vpliva na njeno količino, kakovost in splošno stanje ter na enake pravice drugih. Razmejitev splošne od posebne rabe vode naj bi temeljila na kriteriju, ki upošteva uporabo posebnih naprav (nateg, črpalk itd.) ali gradnjo objektov in naprav, ki zahtevajo dovoljenje za začetek gradnje. Raba vode v gospodinjstvu naj bi terjala relativno trajen poseg v vodni vir in gradnjo objekta oziroma naprave za njeno izkoriščanje. Ta raba vode naj bi občutno vplivala na njeno količino in kakovost ter na enake pravice drugih, celo po prenehanju rabe, saj naj bi bili opuščeni vodnjaki pogosto nezakonito odlagališče odpadkov. Zato naj bi bila ta raba vode vedno posebna in naj bi bilo treba zanjo pridobiti vodno pravico. Ustavno sodišče je zato odločilo, da raba vode, ki jo gospodinjstvom omogoča izvajalec javne službe oskrbe z vodo iz javnega vodovodnega omrežja, prav tako presega splošno rabo, zato je treba zanjo pridobiti vodno pravico proti plačilu.³⁰⁷ Športno-rekreacijski objekti, ki niso dostopni vsem (npr. igrišča za tenis), ki so dostopni le ob poprejšnjem plačilu nadomestila za njihovo uporabo in so torej namenjena opravljanju pridobitne dejavnosti, nimajo statusa komunalnega objekta, niso javna infrastruktura, zato tudi ne morejo imeti status grajenega javnega dobra, s tem pa tudi ne posebne pravice rabe, ki bi izhajala iz javnega dobra.³⁰⁸

306 Gl. Up-267/11-16, U-I-45/11-10 z dne 3. 4. 2014.

307 OdlUS, št. U-I-226/04-36 z dne 1. 12. 2005.

308 Komunalni objekti, ki imajo status javne infrastrukture, so npr. ulice, tržnice, igrišča, parkirišča, pokopališča, parki, zelenice in rekreacijske površine. Navedeni objekti imajo status javne infrastrukture le tedaj, kadar je njihova uporaba pod enakimi pogoji namenjena vsem in so torej praviloma namenjeni izvajanju javnih služb, določenih z zakonom ali občinskim predpisom. Ker komunalni objekti niso namenjeni pridobitni dejavnosti, se za takšne objekte lahko štejejo le javni športno - rekreacijski objekti, dostopni vsem, ne pa tudi igrišča (na primer za tenis), ki so dostopna le ob poprejšnjem plačilu nadomestila za njihovo uporabo in torej namenjena opravljanju pridobitne dejavnosti. Takšna zasebna igrišča torej nimajo statusa komunalnega objekta. Ker torej ti objekti niso javna infrastruktura, tudi ne morejo imeti status grajenega javnega dobra. OdlUS, št. U-I-50/98 z dne 25. 5. 2000.

Vprašanja za ponavljanje:

1. Koncept javne lastnine?
2. Koncept javne dobrine?
3. Razlika med javno dobrino in javnim dobrim?
4. Vrste premoženja države?
5. Kakšen je pravni režim lastnine pravnih oseb javnega prava?
6. Kdo izvaja nadzor nad upravljanjem državnega premoženja?
7. Kaj je javno dobro?
8. Kakšne vrste javnega dobra poznaš?
9. Kako se uporablja javno dobro?

19 UPRAVNO PRAVO IN TEMELJNA NAČELA PRAVA EU

Upravno pravo nacionalne države v nastanku oziroma začetkih delovanja Evropske skupnosti na prvi pogled ni imelo veliko skupnega; ob poudarjanju štirih klasičnih svoboščin, so bili v ospredju predvsem ekonomski in politični razlogi združevanja. Z ratifikacijo ustanovitvenih pogodb so se države članice torej zavezale spoštovati pravni red EU. Upravno pravo je vstopilo v okvir EU nekako čez “stranska vrata”: če so države članice želele učinkovito in uspešno izvajati sprejete zaveze, so jih lahko le prek svojih uprav. Te pa morajo zaradi uporabe oblasti uporabljati upravno pravo. Pogodba o EU v 4. členu določa, da se ‘Unija in države članice na podlagi načela lojalnega sodelovanja medsebojno spoštujejo in si pomagajo pri izpolnjevanju nalog, ki izhajajo iz Pogodb. *Države članice sprejemajo vse splošne ali posebne ukrepe, potrebne za zagotovitev izpolnjevanja obveznosti, ki izhajajo iz Pogodb ali aktov institucij Unije. Države članice podpirajo Unijo pri izpolnjevanju njenih nalog in se vzdržijo vseh ukrepov, ki bi lahko ogrozili uresničevanje ciljev Unije*’. Načelo lojalnosti zavezuje države k izvajanju aktov EU, pri čemer notranjo organizacijo državne uprave prepušča državam. Ta institucionalna avtonomija državnih uprav mora na drugi strani spoštovati načela EU in njen pravni red, pri čemer za razmejitve pristojnosti med Unijo in državami članicami velja načelo prenosa pristojnosti (za izvajanje pristojnosti Unije veljata načeli subsidiarnosti in sorazmernosti, o čemer več v nadaljevanju). Demmke razlikuje med tremi splošnimi vrstami vplivov, ki ga ima pravo EU na nacionalno pravo (te vplive poimenuje “evropeizacija” kot proces na področjih, ki so prišli pod pristojnost skupnosti kot tudi na področjih, kjer pogodbe dejansko ne dajejo skupnosti nobene pristojnosti³⁰⁹): prva oblika je harmonizacija nacionalnega prava, druga je približevanje nacionalnih pravnih ureditev določenimi skupnim standardom, tretja pa zajema vpliv na nacionalno pravo preko splošnih pravnih načel evropskega prava in regulatornih instrumentov (Demmke, 2002, str. 10). Glede na medsebojno učinkovanje, vplivanje in prepletanje, je še kako pomembno razumevanje prava EU za delovanje državnih uprav; gre za tako fleksibilno in živo področje, da ‘dejansko nihče ne more zagotovo povedati, kje se vpliv EU na nacionalne administracije začne in kje konča’ (prav tam, str. 9). Evropsko sodišče je v svoji sodni praksi razvilo dve temeljni načeli uporabe evropskega prava; nastali sta zaradi potrebe po učinkovitem udejanjanju predpisov Evropske skupnosti v vseh državah članicah. Prvo načelo je načelo neposrednega učinka (*direct effect*), drugo pa

309 Zaradi tega Demmke tudi razlikuje med evropeizacijo, ki se nanaša na vse večji vpliv prava EU, medtem ko se evropski upravni prostor nanaša na vse večjo konvergenco med pravnimi redi (Demmke, 2002, str. 10).

je načelo primarnosti evropskega prava. Obe načeli sta relevantni tudi na področju delovanja uprave, saj ju neposredno zavezujeta.

19.1.1 Načelo primarnosti (supremacije) evropskega prava

Načelo primarnosti daje odgovor na vprašanje, katero pravno pravilo moramo uporabiti, če pride do neskladja med pravilom prava ES in pravilom nacionalnega prava. Glede na ustavne razlike med državami članicami, bi uporaba prava skupnosti – glede prioritete med nacionalnim pravom in pravom skupnosti – pred nacionalnimi sodišči, lahko privedla do velikih razlik; s tem ne bi bilo nobene enotnosti uporabe, pri čemer primarnost prava skupnosti ne bi bila zagotovljena na ozemlju celotne skupnosti. To je bil glavni razlog, ki ga je zagovarjal generalni pravobranilec Roemer v zadevi *Van Gend en Loos proti Nederlandse Administratie der Belastingen* (zadeva št. 26/62).³¹⁰ Neposredna uporabnost je bila sicer za uredbe določena že v osnovni Pogodbi o ustanovitvi Evropske gospodarske skupnosti (1957) in Pogodbi o ustanovitvi Evropske skupnosti za atomsko energijo.³¹¹ “Preboj” v zadevi *Van Gend en Loos*³¹² je bil predvsem to, da je (takrat Sodišče ES) sodišče EU tisto, ki odloča o tem, katere določbe ustanovitvenih pogodb imajo neposredni učinek in nakazalo na pravno naravo skupnosti, ki je nad statusom mednarodne organizacije: sodišče je v svoji odločitvi zapisalo, da ‘cilj Pogodbe ... pomeni, da je ta Pogodba več kot mednarodni sporazum, ki vzpostavlja zgolj obojestranske obveznosti držav pogodbenic ... pomeni Skupnost nov pravni red mednarodnega prava, v korist katerega so države članice omejile, čeprav na omejenih področjih, svoje suverene pravice in katerega subjekti so ne le države članice, ampak tudi njihovi državljani ... pravo Skupnosti torej ... posameznikom ne nalaga samo obveznosti, ampak jim daje tudi pravice, ki postanejo del njihove pravne

310 Dejansko stanje: leta 1960 je na Nizozemskem začela veljati nova carinska tarifa, ki je temeljila na mednarodni pogodbi med Nizozemsko, Belgijo in Luxemburgom z dne 25. 7. 1958, ratificirani leta 1959. Družba *Van Gend en Loos* je v letu 1960 iz Nemčije uvozila na Nizozemsko določeno količino kemičnih substanc, pri tem pa je morala plačati 8% uvozne carine. Na podlagi carinske tarife, ki je veljala med letoma 1947 in 1960, bi morala družba *Van Gend en Loos* plačati uvozno carino v višini le 3%. Tožeča stranka, družba *Van Gend en Loos*, je vložila tožbo pred nizozemsko *Tariefcommissie* v Amsterdamu, ker je menila, da pomeni omenjeno povišanje kršitev člena 12 PES. Tarifna komisija je avgusta 1962 prekinila postopek in od ES zahtevala odgovor na predhodno vprašanje, ali člen 12 PES povzroča neposredne učinke, to je, ali lahko državljani držav članic na podlagi tega pravila uveljavljajo določene pravice, ki jih morajo sodišča v teh državah spoštovati? Stališče vlad Belgije, Nemčije in Nizozemske (v tistem času polovica držav članic) je bilo, da 12 člen PES pomeni obveznost le za države članice in ne predstavlja nobenega neposrednega upravičenja za posameznika, poleg tega, po njihovem mnenju, pogodba o ustanovitvi EGS v ničemer ne odstopa od ostalih standardnih mednarodnih pogodb.

311 Gl. člen 189 in 161: Uredba se splošno uporablja. Zavezujoča je v celoti in se neposredno uporablja v vseh državah članicah.

312 Odločitev Sodišča in pravno pravilo: Sodišče ES je v odločitvi izrecno poudarilo, da se ES kot nadnacionalna tvorba precej razlikuje od drugih mednarodnih organizacij: ne le, da je na podlagi Pogodbe ES nastal samostojni pravni red, temveč so subjekti tega pravnega reda poleg držav članic tudi pripadniki teh držav. Člen 12 PES je določba, ki ima neposredni učinek – možnost tožbe proti državam članicam zaradi kršitve prava Skupnosti (po takratnih členih 169 in 170 PES) ne izključuje pravice posameznikov neposredno zahtevati teh pravic na podlagi neposredno uporabnih določb prava Skupnosti. Odločitev SES v tej zadevi je dramatično povečala obseg in učinkovitost prava Skupnosti.

dediščine ... take pravice nastanejo ne samo z izrecno podelitvijo s Pogodbo, ampak tudi na podlagi obveznosti, ki jih Pogodba jasno opredeli in naloži posameznikom, državam članicam in institucijam Skupnosti'. Takšno sodno prakso je nato potrdilo tudi v primeru *Flaminio Costa v. ENEL* (zadeva št. 6/64),³¹³ medtem ko je s primerom *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratstelle fuer Getreide und Futtermittel* (zadeva št. 11/70), sodišče šlo še dlje. Primer se ni nanašal na razmerje med določbami ustanovitvene pogodbe in nacionalnim zakonom, pač pa med pogodbo in nemško ustavo.³¹⁴ Sodišče je z odločbo v tej zadevi potrdilo primat prava Skupnosti nad nacionalnim pravom držav članic. Veljavnost predpisov Skupnosti ali njihovih učinkov v državi članici se lahko presoja le z vidika prava Skupnosti. Država članica kršitev pravil Skupnosti, ki so neposredno uporabna, ne more utemeljevati niti s temeljnimi pravicami nacionalnega ustavnega reda. Pravni akt Skupnosti prevlada v konfliktu z nacionalnim pravom. Varstvo temeljnih pravic, ki izvirajo iz ustavnih tradicij držav članic, je zagotovljeno v okviru strukture in ciljev Skupnosti ter skladno s tem, kot sestavni del splošnih načel prava, tudi s strani Sodišča ES.

Pravo EU torej ima neposredni učinek v pravnih sistemih držav članic, saj bi nasprotno trpela solidarnost med državami članicami, s tem pa sam obstoj skupnosti. Sodišče ES je posredno potrdilo tudi dejstvo, da je za nadrejenost pravnega reda EU

313 Dejansko stanje: z zakonom št. 163 z dne 6. 12. 1964 je Italija poddržavila pridobivanje in distribucijo električne energije ter v ta namen ustanovila posebno družbo ENEL (Ente Nazionale Energia Elettrica), ki so ji bili kot pravni osebi izročeni obrati in naprave poddržavljenih elektro podjetij. Flaminio Costa, odvetnik iz Milana, je bil delničar družbe Edisonvolta, ki jo je prizadela nacionalizacija. Odklonil je plačilo računa ENEL za porabljeno električno energijo. Ko je iz tega nastal spor pred Giudice conciliatore di Milano (vrsta italijanskega sodišča), je g. Costa zastavil vprašanje nacionalizacije kot predhodno vprašanje. Trdil je, da je zakon o poddržavljenju z dne 6. 12. 1962 v nasprotju s členi 102, 93, 53 in 37 Pogodbe ES. V postopku pred Giudice Conciliatore je Costa sprožil vprašanje nacionalizacije kot predhodno vprašanje ter predlagal, naj Giudice Conciliatore v skladu z 234. (takrat 177.) členom PES zahteva odgovor od Sodišča ES, saj naj bi bil zakon, s katerim je Italija nacionalizirala pridobivanje in distribucijo električne energije, v nasprotju s tedanjimi členi 102, 93, 53 in 37 PES (zdaj 97, 88, črtan in 31). Giudice Conciliatore je Sodišče ES zaprosilo za razlago navedenih členov. Italijanska vlada je ugovarjala, da vprašanja, ki jih je zastavil Giudice Conciliatore, niso omejena na interpretacijo PES, Sodišču ES pa je postavila tudi vprašanje, ali so določeni italijanski zakoni skladni s PES. Sodišče je zaprosilo SES za razlago omenjenih členov.

Odločitev Sodišča ES je zadevala razmerje med pravno ureditvijo skupnosti in nacionalnimi pravnimi ureditvami držav članic. Navezuje se na odločitev v primeru 26/62 *Van Gend en Loos*, kjer se je prvič ugotovila neposredna veljavnost pravnega reda skupnosti v državah članicah, čeprav še vedno brez kvalifikacije pravnega reda skupnosti kot »avtonomnega« pravnega reda. Primarno in sekundarno pravo skupnosti tvorita samostojni pravni red, ki ima prednost pred uporabo kasneje sprejetih nacionalnih pravnih ureditev. Pravilo »lex posterior derogat legi priori« torej ne velja v razmerju med nacionalnimi pravnimi ureditvami članic in nadnacionalno pravno ureditvijo skupnosti. Čeprav je bila pravna ureditev skupnosti osnovana na podlagi vzajemnostne pogodbe med državami članicami, je z njo vzpostavljen »avtonomen« pravni red. Države članice ne smejo enostransko s svojimi notranjimi ukrepi spreminjati pravic in dolžnosti, ki izhajajo iz tako vzpostavljenega pravnega reda skupnosti.

314 Dejansko stanje: Uredba Sveta 120/67 je med drugim določala, da je izvoz določenih kmetijskih proizvodov mogoč le na podlagi izvoznega dovoljenja, za pridobitev katerega je bilo potrebno plačati varščino, ki pa je, razen v primeru višje sile, zapadla, če je upravičenec v veljavnem roku ni izkoristil. Dovoljenje za izvoz določene količine koruznega zdroba, z veljavnostjo do 31.12.1967, je pridobila tudi družba *Internationale Handelsgesellschaft GmbH*, ki pa ga je le delno izkoristila. V preostalem delu je bila varščina razglašena za zapadlo. Družba je vložila tožbo na upravno sodišče Frankfurt am Main, ki je menilo, da je sistem izvoznih licenc v nasprotju z načeli ustavnega prava in o tem v skladu s postopkom predhodnega odločanja zahtevalo odločitev Sodišča ES.

glavnega pomena njegova uspešnost izvajanja, ne le njegov (pisni) obstoj. Neposredni učinek se nanaša ne le na notranjo zakonodajo, pač pa tudi na zaveze, sklenjene s tretjimi državami, tj. državami izven EU; v zadevi *Kadi proti Svetu in Komisiji* (T-315/01) je splošno sodišče navedlo, da obveznosti, ki jih nalaga mednarodni sporazum, ne morejo ogroziti ustavnih načel Pogodbe ES, med katerimi je načelo, da morajo vsi akti Skupnosti spoštovati temeljne pravice, kar je pogoj za njihovo zakonitost, ki jo mora nadzirati Sodišče v okviru popolnega sistema pravnih sredstev, ki ga vzpostavlja ta Pogodba. Presodilo je, da ne glede na to, da je treba pri izvrševanju resolucij Varnostnega sveta spoštovati zaveze, ki so bile sprejete v okviru OZN, načela, ki urejajo mednarodni pravni red, ki izhaja iz Združenih narodov, ne pomenijo, da velja za akt Unije, sodna imuniteta. Da za tako imuniteto v Pogodbi ni podlage je sodišče potrdilo ve več sodbah, katerih vsebina presega namen te obravnave.³¹⁵ Ne obstaja nobena specifična pravna podlaga za načelo naddržavnosti. To načelo je uvedlo Sodišče v primeru *Costa v. ENEL*, primer 6/64.³¹⁶ V tem primeru je Sodišče uvedlo pravilo nadvlade evropskega prava nad nacionalnim pravom držav članic. Primarnost prava ES se ne nanaša samo na Pogodbe, pač pa tudi na sekundarne pravne vire. Evropsko pravo nadvlada nad vsemi nacionalnimi zakoni, ne glede na to ali so bili uzakonjeni pred ali po izdaji evropskega predpisa. Evropsko pravo prevlada nad ustavami držav članic.

19.1.2 Neposredna uporabnost in neposredni učinek

Načelo neposredne uporabnosti pomeni, da se pravila Skupnosti neposredno, to je brez posredovanja zakonodajnih ali kakšnih drugih organov, uporabljajo v državah članicah. V tej zvezi se uporablja tudi pojem neposredni učinek, pri čemer nekateri oba pojma razlikujejo, drugi pa ju uporabljajo kot sinonima. V pravu Evropske skupnosti se pojem *neposredne uporabnosti* razlikuje od enakega pojma v mednarodnem pravu. V pravu Evropske Skupnosti pomeni, da bodo norme, ki jih sprejemajo institucije EU, veljale brez posredovanja zakonodajnega ali kakšnega drugega organa v notranjem pravnem redu.

315 Gl. sodbe v združenih zadevah *Hassan in Ayadi proti Svetu in Komisiji* (C-399/06 P in C-403/06 P), *Bank Mellī Iran proti Svetu* (C-548/09) in Evropska komisija (C-584/10 P), Svet Evropske unije (C-593/10 P), Združeno kraljestvo Velika Britanija in Severna Irska (C-595/10 P) proti Yassinu Abdullahu Kadiju, Francoska republika (Združene zadeve C-584/10 P, C-593/10 P in C-595/10 P). Bistveno povezavo lahko naredimo z nacionalnimi akti vladanja, ki prav tako ne bi smeli imeti imunitete sodnega nadzora, kar zadeva varovanje temeljnih človekovih pravic oz. pravic, ki izhajajo iz Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (npr. pravica do učinkovitega pravnega varstva, ki vključuje pravico do izjave in pravico do dostopa do spisa ob upoštevanju legitimnega interesa do zaupnosti).

316 Gospod Costa je bil Italijanski državljan, ki je nasprotoval nacionalizaciji italijanske energetske družbe ENEL, ker je imel v njej svoj delež. V protest je zavrnil plačilo svojega računa za elektriko in trdil, da nacionalizacija krši pravo ES. Italijanska vlada je menila, da se na to vprašanje fizična oseba sploh ne more pritožiti, saj je bila to nacionalno pravna odločitev. Gospod Costa je vložil zahtevo za predhodno odločanje na Sodišče Evropskih skupnosti. Njegova prošnja je bila nenazadnje priznana.

Kriteriji za neposredno uporabnost določil pogodbe o evropski Skupnosti (in drugih aktov) so: določba mora vsebovati jasno obveznost držav članic, ne sme obstajati potreba po nadaljnji normativni dejavnosti, norma mora biti nepogojna oziroma mora biti pogoj že izpolnjen, pri čemer države članice ne smejo imeti nobene diskrecije glede izvrševanja iz te norme. Neposredno uporabnost bi lahko v povezavi z neposrednim učinkom razumeli kot dve plati iste zadeve: prva je objektivna in naslavlja organ, druga je subjektivna in zadeva posameznika. Neposredni učinek pomeni odnos komunitarnega prava do posameznikov in njihove pravice; opisuje kvaliteto neposredno uporabljive določbe, ki omogoča, da se nanjo sklicuje posameznik v postopkih, ki tečejo pred domačimi sodišči.

Termin "neposredna uporabnost" (ang. *direct applicability*) je lahko neposredno uporaben člen, ne pa tudi neposredno učinkovit. Na odločbe se posameznik lahko sklicuje le v razmerju do države (vertikalna neposredna uporabnost), ne more pa se sklicevati na odločbo, ki je naslovljena na državo članico in je ta ne izpolni, v sporih med posamezniki. Akti, glede katerih velja neposredni učinek so ustanovitveni akti, uredbe, direktive, mednarodne pogodbe in odločbe (Knez in ostali, 2004, str. 91).

Razlikovati je potrebno med vertikalnim in horizontalnim neposrednim učinkom. O vertikalnem neposrednem učinku govorimo, ko se posameznik sklicuje na svojo pravico proti javni oblasti (državi, občini, zvezni državi itd.). Horizontalni neposredni učinek pa se nanaša na učinkovanje pravil prava ES v razmerju med dvema posameznikoma (na primer med zasebnim delodajalcem in delavcem). Obstoj horizontalnega neposrednega učinka pomeni, da pravo ES posameznikom ne podeljuje samo pravic, temveč tudi obveznosti. Čeprav je neposredna uporabnost načeloma splošno obeležje prava skupnosti je jasno, da ne morejo biti vsa pravna pravila prava ES biti neposredno uporabna. Obstaja vrsta pravil, ki se ne nanašajo na posameznike, na primer določila sestavi in delovanju institucij, o postopkih odločanja v institucijah in tako dalje. Prav tako so lahko neposredno uporabna le tista pravila, ki dovolj jasno dajejo posameznikom določene pravice ali obveznosti. Drugače rečeno, pravila ne smejo biti preveč splošna. Dalje so pravila o neposredni uporabnosti v bistveni meri odvisna od vrste akta, v katerem se pravilo, ki naj bi bilo neposredno uporabno, nahaja. Zato je koristno, da se pravila o neposredni uporabnosti obravnavajo glede vsake vrste akta posebej. Pri *ustanovnih pogodbah* so neposredno uporabna le tista določila pogodb, ki državam članicam jasno in nepogojno nekaj prepovedujejo ali jim nalagajo določene obveznosti. Dejstvo, da je neko pravno pravilo naslovljeno na države članice, neposredne uporabnosti per se ne izključuje. Pravice posameznikov namreč navadno pomenijo odsev obveznosti, ki so naložene državam članicam. Vendar mora biti takšno pravilo dovolj jasno. Če ima država članica na izbiro več poti, po kateri lahko pride do zelenega rezultata, o neposredni uporabnosti ne more

biti govora. Drugače je le, če se država članica odloči za tretjo pot, ki ji ni bila na izbiro. Uredbe – skladno s členom 249 Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti /PES/ se uredbe neposredno uporabljajo v vseh državah članicah. Sodišče ES je v odločbi v zadevi 43/71, *Politi* zapisalo, da *uredba* v skladu s svojo naravo in funkcijo v sistemu pravnih virov Skupnosti neposredno učinkuje in lahko kot takšna posameznikom podeljuje pravice, ki jih je nacionalno sodišče dolžno varovati. Prav tako kot določila ustanovnih pogodb, so tudi uredbe neposredno uporabne, in sicer ne le vertikalno temveč tudi horizontalno. Direktive – v skladu z definicijo iz člena 249 PES so vedno naslovljene na države članice, tako da je vprašanje njihove neposredne uporabnosti bistveno bolj zapleteno kot pri pogodbah in uredbah. Podobno kot glede pogodb, velja tudi glede direktiv, ki so lahko neposredno uporabne le pod pogojem, da so obveznosti, ki jih nalagajo državam članicam dovolj jasne (zadeva 41/71, *Van Duyn*³¹⁷). Direktive so v skladu s členom 249 PES naslovljene na države članice in jih zavezujejo načeloma le glede rezultata, ne pa tudi glede načina. Rezultat se doseže z implementacijo direktive v nacionalne zakonodaje držav članicam le-to pa mora izvesti v roku, ki ga določa direktiva. Šele v primeru, da države članice v tem roku ne izpolnijo jasne obveznosti, ki jo direktiva nalaga, se posameznik lahko sklicuje na direktivo. Nacionalno sodišče pa v takem primeru ne sme uporabiti (z direktivo neusklajene) nacionalne zakonodaje (zadeva 8/81, *Becker*³¹⁸). Sodišče je glede vprašanja horizontalne neposredne uporabnosti zavzelo odklonilno stališče, ker direktive, ki so po definiciji naslovljene na države članice ne morejo posameznikom nalagati nobenih obveznosti (zadeva 152/84, *Marshall*). Neposredna uporabnost in Ustava Republike Slovenije – v okviru značilnosti prava EU v razmerju do nacionalnega prava lahko ugotovimo, da ima pravo EU omejeno področje delovanja: velja samo tisto, na katerem so se države članice odpovedale suverenim pravicam; značilnost pravnega reda ES je, da

317 Nizozemska državljanka Yvonne van Duyn je želela sprejeti ponujeno zaposlitev v scientološki cerkvi v Veliki Britaniji. Britanska vlada je menila, da je dejavnost te cerkve sociološko škodljiva, vendar njenega delovanja ni prepovedala. Problem je nastopil, ko so v to ustanovo prihajali tuji državljani in preko nje delovali na ozemlju Velike Britanije. Ko je imigracijski urad njeno prošnjo za vstop v Veliko Britanijo zavrnil, je Yvonne van Duyn odločbo izpodbijala vse do High Court of Justice. Slednje je za odločitev o predhodnem vprašanju glede neposrednega učinka tako predmetne direktive kot določil PES zaprosilo sodišče ES. Pri tem je šlo za vprašanje neposredne učinkovitosti določb direktive sveta ES, ki je zadevala koordinacijo pri posebnih ukrepih glede svobode gibanja in bivanja tujih državljanov. Sodišče je odločilo, da se posamezniki pod določenimi pogoji lahko sklicujejo na določbe direktive. V primeru, da imajo direktive neposredni učinek, potem ni izključeno niti sklicevanje nanje pred nacionalnimi sodišči. Vsako določbo je potrebno pretehtati, če je z vidika pravic posameznika dovolj jasna, neposredna in nedvoumna. V danem primeru je bil namen določbe člena direktive omejiti diskrecijsko pristojnost državnih organov pri zavračanju tujih državljanov, ki so se želeli zaposliti v državi članici. Določbe direktive so bile vsebinsko brezpogojne in dovolj precizne, zato se je nanje bilo možno sklicevati, čeprav so bile zapisane v aktu, ki sam po sebi ni neposredno uporaben.

318 V zadevi Becker je šlo za posredni učinek direktive v okviru vprašanja ugodnejšega tretmaja. Beckerjeva prijavi davčne olajšave, ki so priznane po Direktivi o harmonizaciji DDV, ki mora biti implementirana do 1. 1. 1979. Olajšave prijavi že za leta, 79, vendar ji davčna uprava tega ne prizna, zato toži. Do težave pride, ker ZRN še ni implementirala te direktive. SES odloči v smislu, da posameznika ne zanima, ali bo država implementirala direktivo ali ne; upravičeno pričakuje pravico, ki mu jo direktiva prinaša. Zaradi neimplementacije torej posameznik ne sme trpeti. Direktivo lahko posameznik uporabi kot meč in zahteva ugodnejši položaj, ki mu ga zagotavlja pravo EU, ali kot oklep, s katerim varuje svoje pravice.

je prišlo do prenosa izvrševanja dela suverenosti z nacionalnih organov na institucije Skupnosti. V Sloveniji urejajo to problematiko amandmaji k Ustavi Republike Slovenije, ki so bili sprejeti z Ustavnim zakonom o spremembah I. poglavja ter 47. in 68. člena Ustave Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 24/2003). Z amandmajem je bil v Ustavo dodan člen 3a, ki v prvem odstavku določa ustavnopravno podlago za prenos izvrševanja dela suverenih pravic na ES.³¹⁹ Ne prenaša se del suverenosti, temveč le izvrševanje dela suverenih pravic. Nosilka suverenosti ostaja Slovenija. Tretji odstavek 3a. člena je ključnega pomena za načeli primarnosti in neposredne uporabnosti predpisov prava ES: "Pravni akti in odločitve, sprejeti v okviru mednarodnih organizacij, na katere Slovenija prenese izvrševanje dela suverenih pravic, se v Sloveniji uporabljajo v skladu s pravno ureditvijo teh organizacij."³²⁰ Obstoj dveh medsebojno ločenih pravnih redov znotraj posamezne države članice Evropske unije, torej evropskega in nacionalnega, predstavlja zanimive izzive pred organe, ki so pristojni za njihovo izvrševanje in nadzor.³²¹ V državah članicah Evropske unije ne obstaja dvotirnost upravnih sistemov – upravna organizacija EU je pristojna samo za izvrševanje evropskega prava, uprave držav članic pa izvršujejo tako pravne akte evropskega kot tudi državnega prava, pri čemer Sodišče Evropskih Skupnosti ni pristojno za sodni nadzor nad upravnimi organi držav članic.

19.1.3 Načelo posrednega učinka

Čeprav Sodišče EU ni pokazalo volje po tem, da bi dovolilo horizontalen učinek direktivam, je razvilo alternativno orodje, prek katerega se lahko posamezniki sklicujejo na direktive nasproti drugim posameznikom. To orodje je posredni učinek, po katerem so nacionalna sodišča dolžna interpretirati domače pravo na način, da izpolnjuje cilje direktiv. Nacionalna sodišča morajo torej interpretirati domače predpise, kolikor je le mogoče v duhu in cilju direktiv, da bi dosegli njihov rezultat. Sodišča so dolžna upoštevati to pravilo ne glede na to, ali je bil domači zakon sprejet pred ali po izidu direktiv. Pri interpretaciji morajo domača sodišča predpostavljati, da je država imela namen skladnosti z evropskim pravom (npr. direktiva o zaščiti potrošnikov). Interpretacija domačih sodišč je omejena s splošnimi načeli, kot sta načelo pravne varnosti in prepoved retroaktivnosti. Pravo EU je avtonomno pravo, kar pomeni, da naše sodišče ne sme presojeti, ali je neka direktiva v nasprotju s slovensko ustavo; tudi sodišče EU ne more razveljaviti našega neskladnega zakona, lahko pa

319 Slovenija lahko z mednarodno pogodbo, ki jo ratificira državni zbor z dvotretjinsko večino glasov vseh poslancev, prenese izvrševanje dela suverenih pravic na mednarodne organizacije (poudaril MT), ki temeljijo na spoštovanju človekovih pravic in temeljnih svoboščin, demokracije in načel pravne države, ter vstopi v obrambno zvezo z državami, ki temeljijo na spoštovanju teh vrednot.

320 Povzeto po: Tratnik, M., Ferčič A., Ferlinc, M., *Osnove prava Evropske unije*, Obzorja, založništvo in izobraževanje d.o.o., Maribor, 2004, stran 28–32.

321 Androjna, Vilko in Kerševan, Erik, *Upravno procesno pravo*, Ljubljana, 2006, str. 87.

Sloveniji naloži, da neskladnost odpravi: če Komisija toži Slovenijo, je lahko slednja obsojena na denarno kazen; če pride do kolizije med pravom EU in našim pravom, je primarno pravo EU (sodišče bo uporabilo pravo EU, nacionalni zakon pa bo še vedno veljal, le da ne bo uporabljen). Organi, ki presojujejo skladnost nacionalnega zakona s pravom EU so sodišče EU in vsak sodnik – če to opazi, mora uporabiti pravo EU.³²² Sodišče EU lahko zaprosijo za mnenje o skladnosti (preliminary question) le sodišča, ne pa tudi uradniki.

Dejstvo, da so direktive naslovljene na države članice, torej še ne pomeni, da direktive v konfliktih med posamezniki nimajo nobenega pomena. Tako Sodišče EU dopušča sklicevanje na direktive v sporih med posamezniki in pravnimi osebami, ki do deloma v javni lasti in ki opravljajo javne službe (zadeva 188/89, *Foster proti British Gas*). Prav tako je v sporih med posamezniki dopustno sklicevanje na direktive v sklopu tako imenovane lojalne razlage.³²³ Tu gre za pravilo, da morajo nacionalna sodišča nacionalne predpise, ki so bili sprejeti na podlagi direktiv razlagati v 'duhu direktive' (zadeva 106/89, *Marleasing*³²⁴). Načelo lojalne razlage temelji na

322 Gl. tudi Zakon o sodiščih, 113.a člen:

Kadar je odločba sodišča odvisna od rešitve predhodnega vprašanja glede razlage oziroma glede veljavnosti ali razlage prava Evropskih skupnosti, lahko sodišče izda sklep, s katerim predhodno vprašanje odstopi v odločanje Sodišču Evropskih skupnosti, v skladu z mednarodno pogodbo, s katero Republika Slovenija prenaša izvrševanje dela suverenih pravic na institucije Evropske unije.

Kadar je odločba Vrhovnega sodišča ali odločba drugega sodišča, zoper katero stranke v postopku ne morejo vložiti rednega ali izrednega pravnega sredstva, odvisna od predhodne rešitve vprašanja glede razlage oziroma glede veljavnosti ali razlage prava Evropskih skupnosti, je Vrhovno sodišče oziroma drugo sodišče dolžno izdati sklep, v skladu z mednarodno pogodbo iz prejšnjega odstavka, s katerim predhodno vprašanje odstopi v odločanje Sodišču Evropskih skupnosti.

Postopek v zadevi, kjer je bil vložen predlog iz prvega ali drugega odstavka tega člena, sodišče s sklepom iz prvega ali drugega odstavka tega člena prekine do prejema predhodne odločbe, s smiselno uporabo določb zakona, ki ureja prekinitev postopka v zadevi, o kateri sodišče odloča. Zoper sklep o prekinitvi ni dovoljeno vložiti rednega ali izrednega pravnega sredstva.

Če je sodišče predhodno vprašanje odstopilo v odločanje Sodišču Evropskih skupnosti, sme s smiselno uporabo določb zakona, ki ureja postopek v zadevi, o kateri sodišče odloča, do prejema odločbe o tem vprašanju opravljati samo tista procesna dejanja in sprejemati samo tiste odločitve, ki ne dopuščajo nobenega odlašanja, če niso vezane na vprašanja, zaradi katerih je sodišče zaprosilo za predhodno odločanje, ali če ne urejajo dokončno pravnega razmerja.

Če sodišče ne sme več uporabljati določbe, ki je bila razlog za njegov odstop predhodnega vprašanja in če predhodna odločba Sodišča Evropskih skupnosti še ni bila sprejeta, mora odstopljeno predhodno vprašanje brez odlašanja umakniti, razen, če obstajajo zakonski razlogi za nadaljevanje postopka.

Predhodna odločba Sodišča Evropskih skupnosti je za sodišče obvezujoča.

Sodišča posredujejo izvod predhodnega vprašanja in odločbe Sodišča Evropskih skupnosti o predhodnem vprašanju brez odlašanja v vednost Vrhovnemu sodišču.

323 Prvi primer te vrste je bil *Von Colson in Kamann proti Land Nordrhein-Westfalen* (zadeva št. 14/83) V tem primeru je prvič uporabljena doktrina lojalne razlage. Uprava zapora je zavrnila socialni delavki, ki sta se prijavi na razpis za delovno mesto v zaporu, ker bi bila zaposlitev žensk v izključno moškem zaporu preveč tvegana. Službo sta dobila dva moška z nižjimi kvalifikacijami. Gospe sta se pred sodiščem sklicevali na direktivo o enakem obravnavanju spola. Nemško sodišče je ugotovilo diskriminacijo, vendar pa odškodnina po nemških predpisih prizna le dejanske stroške, tj. 7,2 DEM. Sodišče ES je ugotovilo, da direktiva ne vsebuje sankcije, zato ni dovolj precizna ter ni nepogojna, zato ji neposredne uporabnosti ni priznalo. Kljub temu pa mora nemško sodišče delovati v duhu prava EU, torej mora tudi nacionalno pravo obravnavati v skladu z direktivo (načelo lojalne razlage), pri čemer je omejeno s pristojnostmi po nacionalnem pravu.

324 V primeru *Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA* [1990] (C- 106/89) je sodišče ES ugotovilo, da so države članice dolžne interpretirati nacionalno zakonodajo v luči še ne implementiranih direktiv. *Marleasing SA* (pritožnik) je vložil tožbo pred španskim nacionalnim sodiščem za ugotovitev,

načelu lojalnosti iz člena 10 PES in velja tako v sporih med posamezniki in oblastnimi organi, kakor tudi v sporih med posamezniki. Če država članica v predpisanem roku ne implementira direktive, ali je ne implementira pravilno, lahko ta opustitev pripelje do odškodninske odgovornosti države proti posamezniku. Država je lahko odškodninsko odgovorna, če bi posameznik s pravočasno in pravilno implementacijo direktive v nacionalno zakonodajo z nacionalnim predpisom pridobil določene pravice proti drugim posameznikom. Če država članica direktive ne implementira pravočasno oziroma pravilno, posameznik teh pravic ne more uveljavljati na podlagi nacionalnega predpisa, kakor tudi ne na podlagi direktive, ker ta praviloma ni neposredno uporabna. Odškodnina, ki jo mora plačati država, tako 'nadomesti' izgubo pravic, ki jih posameznik ne more uveljavljati ne na podlagi nacionalnega predpisa, kakor rudi ne na podlagi direktive. Pri odškodninski odgovornosti države torej ne gre za neposredno uporabnost direktive, temveč za odgovornost države, ker direktiva ni neposredno uporabna niti ne pravočasno in/ali pravilno implementirana. V odločbi v zadevi 6/90 in 9/90, *Francovich*,³²⁵ je sodišče ES postavilo naslednje pogoje za odškodninsko odgovornost države: a) direktiva mora posameznikom priznavati pravice; b) pravice morajo biti določljive na podlagi določil direktive in c) škoda, ki jo utрпи posameznik mora biti neposredna posledica prepozne ali nepravilne implementacije direktive s strani države članice.

da je bila pogodba o ustanovitvi "La Comercial" nična in da je treba stanovitev podjetja z omejeno odgovornostjo *La Comercial* odpraviti na podlagi dejstva, ker podjetje po španskem civilnem zakoniku "ni imelo vzroka, oziroma je bil ta navidezen posel, izveden z namenom goljufije upnikov podjetja Barviesca kot soustanovitelja La Comercial. Slednji je trdil, da je treba tožbo v celoti zavrniti, ker člen 11 direktive, ki še ni bila implementirana v Španiji, in ki je predvidel izčrpen seznam primerov, na podlagi katerih je mogoče ugotoviti ničnost družbe, med vzroke ni umestil "pomanjkanje vzroka". Špansko sodišče je nato predložilo naslednje vprašanje Sodišču Evropske unije: "Ali je treba člen 11 Direktive Sveta 68/151 / EGS z dne 9. marca 1968, ki ni bila prenesena v nacionalno pravo, neposredno uporabljiv tako, da bi izključeval razglasitev ničnosti družbe na druge načine kot tiste, ki so določeni v omenjenem členu? Sodišče ES je ugotovilo, da so španska sodišča dolžna nacionalno pravo razlagati tako, da s tem dajo učinek evropskemu pravu. Namen direktive je bil v omejitvi primerov, na podlagi katerih bi se lahko ugotovila ničnost; prednost je bila dana zagotovitvi pravne varnosti glede razmerij med podjetjem in tretjimi osebami, s tem pa veljavnosti pravnih poslov med podjetjem in temi osebami. Vsak razlog iz 11. člena je treba razlagati zato zelo restriktivno. Tako je treba tudi izraz "dejavnost družbe" razlagati tako, da se nanaša izključno na dejavnosti družbe, kot je opisana v ustanovitvenem aktu ali statutu. Iz tega sledi, da razglasitev ničnosti družbe ni možna zaradi podlagi dejavnosti, ki bi jih nekdo dejansko opravljal, na primer oškodovanje upnikov. Sodišče je zapisalo, da je treba poudariti, da, kot je Sodišče poudarilo v svoji sodbi v zadevi 14/83 Von Colson in Kamann proti Land Nordrhein-Westfalen, [1984] ECR 1891, da je obveznost držav članic, da dosežejo rezultat, ki ga določa direktiva, in da je njihova dolžnost na podlagi člena 5 Pogodbe, da sprejmejo vse ustrezne ukrepe, splošne ali posebne, da bi zagotovile izpolnjevanje obveznosti, kar velja za vse organe držav članic, vključno v zadevah, iz pristojnosti sodišča. Ob uporabi nacionalnega prava je nacionalno sodišče pozvano, ne glede na to ali so bile zadevne določbe sprejete pred ali po direktivi, da stori vse, kolikor je le mogoče, v luči besedila in namena direktive, da bi se dosegel rezultat, ki ga slednja določa in s tem postopa skladno s tretjim odstavkom 189. člena Pogodbe'.

325 Sodišče je tu zavrnilo neposredno uporabo direktive, a je tožnikom priznalo pravico, da od države zahtevajo povrnitev škode, ki so jo utrpeli, ker država ni direktive pravočasno uresničila.

19.1.4 Splošna pravna načela Evropske unije

Po konceptu neposrednega učinka in načela supremacije prava EU, je bil tretji večji prispevek Sodišča EU v uvedbi splošnih pravnih načel v celoten korpus prava EU. Da bi pravno načelo lahko označili za splošno načelo prava EU, mora 'vsebovati minimalno preverljivo, obvezujoče ozadje ali kontekst';³²⁶ oziroma se mora nanj sklicevati Sodišče EU kot 'standard na presoje aktov skupnosti'.³²⁷ Nekatera izhodišča oz. načela vsebujejo že ustanovitvene pogodbe. Tako npr. 2. člen Pogodbe o EU določa, da 'Unija temelji na vrednotah spoštovanja človekovega dostojanstva, svobode, demokracije, enakosti, pravne države in spoštovanja človekovih pravic, vključno s pravicami pripadnikov manjšin. Te vrednote so skupne vsem državam članicam v družbi, ki jo označujejo pluralizem, nediskriminacija, strpnost, pravičnost, solidarnost ter enakost žensk in moških'. Bruno de Witte npr. definira splošna pravna načela Evropske skupnosti, kot 'nenapisana načela, priznana s strani Sodišča ES, ki imajo status višjega prava prek dejstva, da se lahko uveljavijo kot standard za presojo aktov Skupnosti'.³²⁸ Sodišče ES zahteva, da je izvrševanje pristojnosti Skupnosti skladno s splošnimi načeli prava EU.³²⁹ Temeljna načela so bila razvita v praksi Evropskega sodišča, pri čemer so temeljna izhodišča oziroma usmeritve sicer izhajale iz ustanovitvenih pogodb,³³⁰ vendar so bile te velikokrat pomanjkljive. Sodišču ES je zato ostala načela našlo v pravnih redih držav članic.³³¹ Tovrstna načela služijo kot pomožni pravni vir, ki jih je sodišče razvilo s pomočjo interpretacije in dedukcije iz posameznih pravnih redov držav članic. Načela držav članic so podlaga za obli-

326 Tridimas, T. 2006. *The General Principles of EU Law*. Oxford University Press, str. 26.

327 B. de Witte, 'Institutional Principles: A Special Category of General Principles of EC Law,' v U. Bernitz and J. Nergelius, *General Principles of European Community Law*, Kluwer Law International, The Hague – London – Boston 2000, str. 143.

328 De Witte, B. 'Institutional Principles: A Special Category of General Principles of EC Law,' v U. Bernitz in J. Nergelius, *General Principles of European Community Law*. Kluwer Law International, London, 2000, str. 143.

329 Glej npr. Tridimas, T. 2006. *The General Principles of EU Law*. Oxford University Press.

330 Tako npr. Pogodba o delovanju EU v 263. členu (prejšnji člen 230 PES) določa, da 'sodišče nadzira zakonitost zakonodajnih aktov, ter aktov Sveta, Komisije in Evropske centralne banke razen priporočil in mnenj, pa tudi zakonitost aktov Evropskega parlamenta in Evropskega sveta s pravnim učinkom za tretje osebe. Nadzira tudi zakonitost aktov organov, uradov ali agencij Unije s pravnim učinkom za tretje osebe'. Člen 340 iste pogodbe ((prejšnji člen 288 PES), pa določa, da 'pogodbena odgovornost Unije določa pravo, ki se uporablja za zadevno pogodbo. V primeru nepogodbene odgovornosti pa Unija v skladu s splošnimi načeli, ki so skupna pravnim ureditvam držav članic, nadomesti kakršno koli škodo, ki so jo povzročile njene institucije ali njeni uslužbenci pri opravljanju svojih dolžnosti. Z odstopanjem od drugega odstavka Evropska centralna banka v skladu s splošnimi načeli, ki so skupna pravnim redom držav članic, nadomesti kakršno koli škodo, ki jo je povzročila sama ali so jo povzročili njeni uslužbenci pri opravljanju svojih dolžnosti.

331 Glej npr. sodni primer, Združeni zadevi 7/56, 3/57 v 7/57, *Dineke Algera, Giacomo Cicconardi, Simone Couturaud, Ignazio Genuardi in Félicie Steichen proti Skupščini Evropske skupnosti za premog in jeklo*, z dne 12. 7. 1957: '[i] z primerjalne študije šestih držav članic o tem pravnem problemu izhaja, da upravnega ukrepa, ki podeljuje individualne pravice osebi, o kateri se odloča, načeloma ni mogoče umakniti, če gre za zakonit ukrep; v takem primeru, ko je posamezna pravica podeljena, je treba zaščititi zaupanje v stabilnost nastale situacije, ki tako prevlada nad interesi uprave, ki si želi spremembo njene odločitve. To velja zlasti za imenovanje uradne osebe. Če je na drugi strani upravni ukrep nezakonit, je odprava možna v zakonodaji vseh držav članic. Odsotnost objektivne pravne podlage vpliva na posameznikovo pravico in upravičuje njen odvzem. Poudariti pa je treba, da je takšno načelo splošno priznano, le pogoji za njegovo uporabo se razlikujejo'.

kovanje splošnih pravnih načel v Evropski uniji, kar pomeni, da ni nujno da vsa načela veljajo v vseh državah članicah. Edina določba Evropske pogodbe, ki zavezuje vse države članice je načelo lojalnosti, ki določa, da morajo vse države članice sprejeti primerne ukrepe, za zagotovitev izpolnjevanja obveznosti, ki izhajajo iz aktov Evropske unije in da se morajo držati vseh ukrepov, ki bi lahko ogrozili doseganje ciljev pogodbe.³³² Evropsko upravno pravo obsega vedno več splošnih načel in pravil evropskega upravnega prava, ki skupaj sestavljajo "upravno pravo Evrope". Teorijo o evropskem upravnem prostoru gradijo na ideji konvergence evropskega upravnega prava. Veliko vlogo pri tem ima Evropsko sodišče, ki je izoblikovalo številna skupna načela evropskega upravnega prava: načelo subsidiarnosti, sorazmernosti, legitimnega pričakovanja, nediskriminatornosti, transparentnosti, ipd.

Splošna pravna načela so relevantna v kontekstu prava EU na več načinov: služijo kot pomoč pri interpretaciji; uporabljena so lahko tako s strani držav kot posameznikov za izpodbijanje dejanj skupnosti, za razveljavitev ali odpravo aktov skupnosti, kakor tudi za opustitev ravnanj; kot logična posledica pravkar omenjene rabe – vendar manj splošno priznana –, splošna pravna načela lahko uporabimo kot sredstvo za izpodbijanje ravnanj držav članic v obliki zakonodajnega kot tudi upravnega akta, kjer se ravnanje izvaja v kontekstu pravice ali obveznosti, ki izhaja iz prava skupnosti; služijo lahko tudi kot pomoč pri odškodninskem zahtevku zoper skupnost. Ti razlogi so praktični ter izhajajo iz pravne prakse. Poleg njih so tudi drugi razlogi, ki so odvisni od gledanja na samo EU in na njene vrednote. Sodna praksa širi pravice posameznikov čez ekonomske razloge, ki so zapisani v osnovnih pogodbah. Vzporedno s konceptom državljanstva, varstvo teh pravic nakazuje, da ima EU širše stike s posamezniki in da s tem pridobiva tudi večjo legitimnost (Steiner in Woods, 2009, str. 133). Sprejeta splošna načela prava Evropske unije (zaenkrat) vključujejo temeljne človekove pravice, sorazmernost, pravno varnost, enakost pred zakonom in subsidiarnost.

19.1.4.1 Varovanje človekovih pravic in svoboščin

Temeljne človekove pravice je Sodišče ES prvič priznalo (na podlagi argumentov, ki jih je razvilo nemško ustavno sodišče), v zadevi (29/69) *Stauder proti mestu Ulm* v zvezi s shemo Evropske skupnosti za zagotavljanje poceni masla za prejemnike socialnih ugodnosti. Sodišče ES je odločilo, da skupnost ne more "poseči v temeljne človekove pravice, določene v splošnih načelih prava Skupnosti in jih varuje Sodišče". Ta koncept je sodišče ES razvilo naprej v zadevi (11/70) *International Handelsgesellschaft proti Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide*, ko je ugotovilo, da "spoštovanje temeljnih pravic predstavlja sestavni del splošnih pravnih načel, zaščitenih s strani

³³² Glej tretji odstavek 4. člena Pogodbe o EU.

sodišča Evropskih skupnosti. Varstvo teh pravic se zgleduje po skupnih ustavnih tradicijah držav članic in ga je treba zagotoviti v okviru strukture in ciljev Skupnosti'. Pozneje, v zadevi (4/73) *J Nord proti Komisiji* je sodišče ponovilo, da so človekove pravice sestavni del splošnih načel prava Unije, pri čemer se zgleduje po ustavnih tradicijah, skupnim vsem državam članicam. Sodišče zato ne more podpreti ukrepe, ki so nezdržljivi s temeljnimi pravicami, priznanimi in zaščiteni v ustavah držav članic. Sodišče je tudi ugotovilo, da lahko 'mednarodne pogodbe za varstvo človekovih pravic, pri katerih so države članice sodelovale ali h katerim so pristopile, predstavljajo smernice, ki jih je treba upoštevati v okviru prava Skupnosti' (Kent, 2001, str. 41–43).

V Lizbonski pogodbi je določeno, da EU kot Unija pristopi k Evropski konvenciji o človekovih pravicah (EKČP). S to pogodbo je bila zagotovljena pravna podlaga za tak pristop, saj je bil z njo Evropski uniji podeljen nov in enoten status pravne osebe. Po pristopu k Evropski konvenciji bo lahko Evropsko sodišče za človekove pravice v Strasbourgu preverjalo skladnost aktov Unije z EKČP. S tem se je okrepilo tudi varstvo temeljnih pravic v Uniji. Tako sedaj Pogodba o EU določa, da so '[t]emeljne pravice, kakor jih zagotavlja Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin in kakor izhajajo iz skupnega ustavnega izročila držav članic, kot splošna načela del prava Unije'.

19.1.4.1.1 Država kot agent institucij Evropske unije

Ko država članica implementira pravila EU, ali prek zakonodaje ali kot izvrševalec za Unijo, ne sme posegati v temeljne pravice. Če do tega pride, so lahko nacionalna pravila stvar presoje pred organi EU: npr. v primeru Komisija proti Nemčiji (C-249/86) je Komisija izpodbijala nemška pravila, ki so izvrševala Uredbo EU 1612/86, ki je dovoljevala družini migranta prihod k migrantu v državo gostiteljico, s tem da je moral imeti delavec prebivališče, ki je bilo primerljivo zaposlenim domačim delavcem. Nemške oblasti so pogojevale izdajo dovoljenja za bivanje tako, da je moralo biti tovrstno prebivališče zagotovljeno ves čas bivanja družine. Sodišče ES je pravilo razumelo v luči 8. člena EKČP, ki določa pravico do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja in ugotovilo, da morajo biti pogoji za ustrezno prebivališče zagotovljeni na začetku obdobja prebivanja. Ko države članice izvršujejo zaveze, vsebovane v pravu EU, morajo to početi tako, da ne kršijo temeljnih pravic, priznanih s strani skupnosti.

19.1.4.2 Načelo sorazmernosti

Pravni koncept sorazmernosti je priznan za enega izmed splošnih načel prava Unije s strani Sodišča ES vse 1950-ih let (Chalmers, 2006, str. 448). Sodišče ga je prvič priznalo v primeru *Charbonnière de Belgique proti High Authority* [1954] (C-8/55) in

v zadevi *International Handelsgesellschaft proti Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide* (C-11/70). Evropski generalni pravobranilec je takrat predstavil formulacijo splošnega načela sorazmernosti z navedlo, da 'posameznik ne sme biti omejen v svoji svobodo delovanja dlje, kolikor je to nujni potrebno v javnem interesu'. Splošni koncept sorazmernosti se je od takrat naprej nadalje razvijal; v zadevi (C-331/88) *R proti Minister of Agriculture, Fisheries and Food ex parte Fedesa*, je bil predmet spora evropska direktiva, ki je prepovedovala uporabo nekaterih hormonskih snovi v živinoreji. V sodbi je Sodišče ES navedlo, da je na podlagi splošnega načela sorazmernosti, zakonitost direktive odvisna od tega, ali predstavlja primeren in nujen ukrep za doseg legitimitno zasledovanih ciljev. Če je mogoče izbrati med več primernimi ukrepi, je treba sprejeti najmanj zahtevnega, pri čemer negativna posledica ne sme biti nesorazmerna glede na zasledovane cilje. Načelo sorazmernosti je podobno načelu subsidiarnosti. V svoji začetni obliki se pojavlja kot varovalka pri odločanju, kjer se primernost oziroma intenzivnost ukrepa določa tudi v povezavi s ciljem, ki ga tak ukrep zasleduje. V svoji obliki sestoji iz treh delov, in sicer: ustreznosti ukrepa v povezavi z zasledovanim ciljem; potrebnosti tovrstnega ukrepa v primerjavi z drugimi razpoložljivimi sredstvi, ki so manj restriktivna do posameznikovih pravic in sorazmernosti ukrepa do pravic, ki so s tem omejene. Načelo sorazmernosti veže tako institucije ES kot tudi državne organe, ki izvršujejo pravo ES. Načelo sorazmernosti v številnih državah pomeni zagotavljanje ravnotežja med zastavljenim ciljem in sredstvi uporabljenimi za doseg tega cilja.

19.1.4.3 Načelo pravne varnosti

Koncept pravne varnosti je bil priznan za enega od splošnih načel prava Unije s strani Sodišča ES od leta 1960-ih let prejšnjega stoletja (prav tam). Gre za pomembno splošno načelo mednarodnega prava in javnega prava, nastalo pred pravom Evropske unije. Kot splošno načelo v pravu Evropske unije pomeni, da mora biti zakon jassen in natančen, da so njegove pravne posledice predvidljive, še posebej, kadar se uporabljajo za finančne obveznosti. Sprejeta zakonodaja, ki bo imela pravni učinek v EU, mora imeti ustrezno pravno podlago. Zakonodaja države članice, ki izvaja pravo Evropske unije mora biti oblikovana tako, da je jasno razumljiva s strani njenih naslovnikov (Kaczorowsky, 2008, str. 232). V pravu Unije splošno pravno načelo pravne varnosti prepoveduje retroaktivne zakone; zakoni prav tako ne smejo začeti veljati pred njihovo objavo. Splošno načelo zahteva tudi, da je treba poskrbeti za zadostno obveščanje javnosti, da stranke vedo za vsebino zakona, zaradi česar se mu lahko prilagodijo. V zadevi npr. (T-115/94) *Opel Austria proti Svetu* je Sodišče ES presodilo, da uredba sveta ni začela veljati, dokler ne bi bila objavljena. Tudi doktrina legitimnih pričakovanj, ki ima svoje korenine v načelu pravne varnosti in dobre vere,

je osrednji element splošnega načela pravne varnosti v pravu EU. Legitimno pričakovanje pomeni, da "tisti, ki ravna v dobri veri na podlagi zakona ali nečesa, kar se zdi kot zakon, ne sme biti razočaran v svojih pričakovanjih". To pomeni, da institucija Evropske unije, potem ko je stranki omogočila s svojimi ravnanji, da sprejme poseben način delovanja, ne sme odstopiti od svoje prejšnje pozicije, če to bi povzročilo stranki izgubo. Evropsko sodišče je presojalo koncept upravičenega pričakovanja v primerih kršenja splošnega načela pravne varnosti v številnih primerih, ki zadevajo kmetijske politike in uredbe Evropskega sveta, z vodilnim primerom *Mulder proti Minister van Landbouw en Visserij* (zadeva 120/86). Test zlorabe pooblastil je še en pomemben element splošnega načela pravne varnosti v pravu Evropske unije. Zakonita moč oz. pristojnost se ne sme uporabiti za noben drug namen kot tisti, za katerega je bila podeljena. Po testu zlorabe moči odločitev institucije Evropske unije predstavlja zlorabo, če "se zdi, na podlagi objektivnih, relevantnih in skladnih dokazov, da je bila sprejeta z izključnim ali glavnim namenom doseganja drugega namena od tistega, ki je izrecno naveden". Redek primer, ko je sodišče razsodilo, da je institucija Evropske unije zlorabila svoja pooblastila in s tem kršila splošno načelo pravne varnosti, je *Giuffrida proti Komisiji* (zadeva 105/75). Splošno načelo pravne varnosti se še posebej strogo uporablja, kadar pravo Unije nalaga finančna bremena zasebnim strankam (Chalmers, 2006, str. 454, 455, 456).

19.1.4.4 Načelo subsidiarnosti

Načeli subsidiarnosti in sorazmernosti urejata izvrševanje pristojnosti Evropske unije. Na področjih, ki ne sodijo v izključno pristojnost Evropske unije, načelo subsidiarnosti štiti pravico odločanja in ukrepanja držav članic, hkrati pa uzakonja posredovanje Unije, če države članice ciljev predlaganih ukrepov ne morejo zadovoljivo doseči zaradi njihovega obsega ali učinkov. Namen vključitve tega načela v evropske pogodbe je tudi, da se izvajanje pristojnosti čim bolj približa državljanom. Načeli sta določeni v členu 5 Pogodbe o EU.³³³ Načelo subsidiarnosti in načelo sorazmernosti izhajata iz 5. člena Pogodbe o EU.³³⁴ Načelo subsidiarnosti se je prvič uradno pojavi-

³³³ http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/sl/FTU_1.2.2.pdf

³³⁴ Za razmejitve pristojnosti Unije velja načelo prenosa pristojnosti. Za izvajanje pristojnosti Unije veljata načeli subsidiarnosti in sorazmernosti.

V skladu z načelom prenosa pristojnosti Unija deluje le v mejah pristojnosti, ki so jih s Pogodbama nanjo prenesle države članice za uresničevanje ciljev, določenih v Pogodbah. Države članice ohranijo vse pristojnosti, ki niso s Pogodbama dodeljene Uniji.

V skladu z načelom subsidiarnosti Unija deluje na področjih, ki niso v njeni izključni pristojnosti, le če in kolikor države članice ciljev predlaganih ukrepov ne morejo zadovoljivo doseči na nacionalni, regionalni ali lokalni ravni, temveč se zaradi obsega ali učinkov predlaganih ukrepov lažje dosežejo na ravni Unije.

Institucije Unije uporabljajo načelo subsidiarnosti v skladu s Protokolom o uporabi načel subsidiarnosti in sorazmernosti. Nacionalni parlamenti spoštujejo načelo subsidiarnosti v skladu s postopkom, določenim v tem protokolu.

V skladu z načelom sorazmernosti ukrepi Unije vsebinsko in formalno ne presegajo tistega, kar je potrebno za doseganje ciljev Pogodb.

lo z Maastrichtsko pogodbo, s katero bilo zapisano v Pogodbo o ustanovitvi Evropske skupnosti (PES). Enotni evropski akt (1987) je sicer že uvedel pravilo subsidiarnosti na področju okolja, vendar ga ni omenjal s tem imenom. To načelo poznamo predvsem v federalnih državnih ureditvah, ne le v pravu ES. Je načelo družbene organizacije, ki priznava svobodo posameznika. Izhaja iz moralne obveze, da se spoštuje dostojanstvo in odgovornost posameznikov, kar je namen vsake družbe. Najprej je načelo omejitve oblasti, kot drugi pomen pa je ideja pomoči, ki krepi avtonomijo članov družbe in vzpodbuja posameznike, da razvijejo svoje zmožnosti do maksimuma. To načelo ne more delovati samostojno, ampak je v povezavi s še štirimi načeli: učinkovitost, enotnost delovanja, enotnost uporabe in solidarnost.

19.1.4.5 Načelo enakosti in prepoved diskriminacije

Sodišče je odločilo, da je načelo enakosti eno od splošnih načel prava EU.³³⁵ V okviru prava EU načelo enakosti izključuje primerljive položaje obravnavati različno in različne položaje obravnavati enako,³³⁶ razen kadar je različno obravnavanje objektivno opravičljivo.³³⁷ Načelo, da so vsi enaki pred zakonom, je temeljno načelo prava EU.³³⁸ Načelo nediskriminatornosti ali enakega obravnavanja določa, da je potrebno enake subjekte obravnavati enako, različne različno, razen v primerih, ko je različno obravnavanje izrecno dovoljeno. Uporaba načela vseeno ni povsem preprosta. Sodišče mora še posebej paziti na tako imenovane prikrite oblike diskriminacije in biti precej previdni pri presoji okoliščin, ki diskriminacijo dovoljujejo. Prepoved diskriminacije je v nekaterih določbah izrecno povedana; tako se prepoveduje diskriminacijo na podlagi državljanstva, neenako obravnavanje pridelovalcev in potrošnikov v sklopu skupne kmetijske politike, določa načelo enakega plačila za enako delo za delavke in delavce, prepoveduje se diskriminacijo, ki se nanaša na obdavčevanje domačih in uvoženih proizvodov. Enakost vključuje versko enakost³³⁹ in prepoved spolne diskriminacije.³⁴⁰ Tako je v primeru *Razzouk*, sodišče menilo, da se svoboda pred spolno diskriminacijo nanaša tudi v okviru razmerij med institucijami in njihovimi zaposlenimi.³⁴¹ Pomen priznavanja enakosti kot splošnega načela je mogoče videti

335 Zadevi 117/76 in 16/77 *Ruckdeschel* [1977] ECR 1753.

336 Zadeva 106/83 *Sermide SpA v Cassa Conguaglio Zucchero* [1984] ECR 4209, tč. [28]; glej tudi mnenje generalnega pravobranilca Van Gerven-a v zadevi C-146/91 *Koinopraxia Enotheon Georgikon Synetairismon Diacheir iseos Enchorion Proionton Syn. PE (KYDEP) proti Commission* [1994] ECR I-4199.

337 Glej npr. zadevo C-189/01, *Jippes v Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* [2001] ECR I-5689, tč. [129], zadevo C-149/96 Portugal proti Council [1999] ECR I-8395, tč. [91]; in zadevo C-411/98 *Angelo Ferlini v Centre Hospitalier de Luxembourg* [2000] ECR I-08081.

338 Zadeve C-283/83 *Racke*, C-15/95 EARL, C-292/97 *Karlson*.

339 Zadeva C-130/75 *Prais v Council* [1976] ECR 1589.

340 Zadeva C-149/77 *Defrenne v Sabena* [1978] ECR I-1365, tč. [26], [27].

341 Združene zadeve C-75 & 117/82 *Razzouk in Beydoun v Commission* [1984] ECR 1509, tč. [17]. Gl. tudi C-37/89 *Michel Weiser v Caisse Nationale des Barreaux Francais* [1990] ECR I-2395, C-227/04 *Lindofor v Council* [2007] ECR I-06767.

v odločitvi Sodišča ESi v zadevi *Mangold*,³⁴² ki je med drugim vključevala tudi vprašanje uporabe prepovedi diskriminacije zaradi starosti v zaposlovanju na podlagi direktive o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu v Nemčiji. Amsterdamska pogodba je dodala še splošno pravilo o nediskriminatornosti, ki določa da 'brez posega v druge določbe te Pogodbe in v mejah pooblastil, z njo danih Skupnosti, lahko Svet soglasno na predlog Komisije in po posvetovanju z Evropskim parlamentom ustrezno ukrepa z namenom, da se zatre diskriminacija, ki temelji na spololu, rasnem ali etničnem poreklu, religiji ali prepričanju, nezmožnosti, starosti ali spolni usmerjenosti' (člen 13 PES).³⁴³ Pogodba o EU v okviru poglavja o demokratičnih načelih določa, da 'Unija pri vseh svojih dejavnostih spoštuje načelo enakosti svojih državljanov, ki so deležni enake obravnave s strani njenih institucij, organov, uradov in agencij'.

19.1.4.6 Načelo transparentnosti

To "načelo" se zaenkrat pojavlja le kot *pravica* v povezavi s širšim načelom sorazmernosti; zaenkrat torej še ne moremo govoriti o pravem splošnem pravnem načelu EU, saj kot tako še ni bil priznano s strani sodišč EU. Kljub temu menimo, da bo to mogoče postalo v bližnji prihodnosti. Zahteva po transparentnosti osebam daje pravico, da so seznanjene s pravnimi akti, ki jih obvezujejo, širša interpretacija načela pa daje državljanom tudi pravico do vpogleda v postopek sprejemanja oziroma odločanja o aktu. Vse to tvori temelj legitimnosti tako katerekoli države kot EU kot institucije. Amsterdamska pogodba je dopolnila 1. člen Pogodbe o EU, ki sedaj določa, da '[t]a pogodba označuje novo stopnjo v procesu oblikovanja vse tesnejše zveze med narodi Evrope, v kateri se odločitve sprejemajo čim bolj javno in v kar najtesnejši povezavi z državljani. Transparentnost se ukvarja s kakovostjo biti jasen, očiten in razumljen, brez dvoma ali nejasnosti.³⁴⁴ Transparentnost je pridobila na veljavi v Evropski uniji; zgodnja obdobja Evropskih skupnosti niso bila prav zelo transparentna, saj so bile takrat seje Sveta ministrov tajne, zapiskov s seje se niso objavljali. Še vedno gre torej za vprašanje, ali naj se načelo transparentnosti šteje med tista temeljna načela, ki niso za institucije EU samo obvezujoča, temveč jih varuje tudi Sodišče ES. Niti Sodišče EU, niti splošno sodišče (prve stopnje) do sedaj nista priznala javni dostop do dokumen-

342 *Mangold v Rudiger Helm*, C-144/04 [2005] ECR I-9981.

343 Primer: Francija je avgusta 2010 začela deportacijo Romov v njihovo državo izvora. Francoska vlada je vztrajala, da Romi odhajajo iz Francije prostovoljno, potem, ko so vsaki odrasli osebi izplačali 300 evrov plus dodatnih 100 evrov za vsakega otroka. Tudi na romunskem notranjem ministrstvu so potrdili, da se Romi v Romunijo vračajo v okviru postopka tako imenovane prostovoljne vrnitve po francoskem upravnem pravu. Rušenje nelegalnih romskih naselij in izgon tujih Romov iz Francije je konec julija napovedal francoski predsednik Nicolas Sarkozy, kar je sprožilo kritike v vrstah francoske opozicije, pa tudi v Romuniji in Bolgariji, od koder izhaja večina tujih Romov na francoskih tleh. Tovrstno ukrepanje je Sarkozy umestil v okvir širše vojne proti kriminalu.

344 Mnenje generalnega pravobranilca Ruiz-Jarabo Colomer-ja v zadevi C-110/03 *Belgium v. Commission* [2005] ECR I-2801, tč. 44.

tov za splošno načelo prava skupnosti. Medtem ko Sodišče prve stopnje v določenih primerih podpira (nakazuje prihodnje) priznanje s strani Sodišča ES o dostopu do dokumentov za splošno načelo skupnosti, slednje še ni naredilo tega koraka, kljub izrecnemu vabilu pravnih strank in generalnih pravobranilcev.³⁴⁵ Kljub zgoraj navedenemu stališču Sodišča EU – ki zaenkrat umešča transparentnost v okvir demokracije in načela pravne varnosti – lahko nesporno ugotovimo, da so spremembe ustanovitvenih pogodb prinesle pozitivne novosti na področju dostopa javnosti do dokumentov institucij EU.³⁴⁶ Pravica dostopa do dokumentov je določena tudi v 42. členu Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (2010/C 83/02) po kateri ima 'vsak državljan Unije in vsaka fizična ali pravna oseba s prebivališčem ali statutarnim sedežem v eni od držav članic ima pravico dostopa do dokumentov institucij, organov, uradov in agencij Unije, ne glede na nosilec dokumenta'.

19.1.4.7 Pravica do dobrega upravljanja

Listina o temeljnih pravicah in Lizbonska pogodba, s katero je postala Listina pravno zavezujoča, sta okrepili tudi vlogo evropskih državljanov v razmerju do uprave EU. Omogočata večjo udeležbo državljanov pri sprejemanju odločitev EU in uvajata pravico do dobrega upravljanja, ki je v središču dejavnosti evropskega varuha človekovih pravic. Po pravici do dobrega upravljanja, ki je določena v 41. členu Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (2010/C 83/02)³⁴⁷ ima 'vsakdo pravico, da institucije, organi, uradi in agencije Unije njegove zadeve obravnavajo nepristransko, pravično in v razumnem roku. Ta pravica vključuje predvsem: (a) pravico vsake osebe, da se izjasi pred sprejetjem kakršnega koli posamičnega ukrepa, ki jo prizadene; (b) pravico vsake osebe do vpogleda v svoj spis ob spoštovanju legitimnih interesov zaupnosti

345 Generalni pravobranilec (GP) Tesauro je razumel pravico do dostopa do informacij kot (vse bolj) temeljno državljsko pravico (mnenje z dne 28. novembra 1995 v zadevi C-58/94, *Netherlands v. Council*, tč. 14–16), GP Le'ger je prav tako predlagal, da bi Sodišče ES priznalo temeljno pravico dostopa do informacij (mnenje z dne 10. julija 2001, C-353/99 *Council v. Hautala* tč. 86–87).

346 Pogodba o delovanju EU, člen 15 (prejšnji člen 255 PES):
Institucije, organi, uradi in agencije Unije zaradi spodbujanja dobrega upravljanja in zagotovitve sodelovanja civilne družbe, pri svojem delu kar najbolj upoštevajo načelo javnosti delovanja.
Evropski parlament zaseda javno, prav tako tudi Svet, ko razpravlja in glasuje o osnutku zakonodajnega akta.

Vsi državljani Unije in vse fizične ali pravne osebe s prebivališčem ali statutarnim sedežem v eni od držav članic imajo pravico dostopa do dokumentov institucij, organov, uradov in agencij Unije, ne glede na nosilec dokumenta ob upoštevanju načel in pogojev, ki naj se določijo v skladu s tem odstavkom.

Splošna načela in omejitve iz razlogov javnega ali zasebnega interesa, ki veljajo za to pravico dostopa do dokumentov, določita Evropski parlament in Svet po rednem zakonodajnem postopku z uredbami.

Vsaka institucija, organ, urad ali agencija zagotavlja preglednost svojega dela in v svojem poslovanju predpiše posebne določbe glede dostopa do njenih dokumentov v skladu z uredbami iz drugega pododstavka.

Sodišče Evropske unije, Evropska centralna banka in Evropska investicijska banka upoštevajo ta odstavek le pri izvajanju svojih upravnih nalog.

Evropski parlament in Svet zagotovita javni dostop do dokumentov, ki se nanašajo na zakonodajne postopke v skladu s pogoji, določenimi v uredbi iz drugega pododstavka.

347 Z Lizbonsko pogodbo je Listini o temeljnih pravicah dodeljena zavezujoča pravna veljava za 25 držav članic, medtem ko je Veliki Britaniji in Poljski glede njene uporabe odobreno odstopanje.

ter poklicne in poslovne tajnosti; (c) obveznost uprave, da svoje odločitve obrazloži. Vsakdo ima pravico, da mu Unija v skladu s splošnimi načeli, ki so skupna pravnim ureditvam držav članic, nadomesti kakršno koli škodo, ki so jo povzročile njene institucije ali njeni uslužbenci pri opravljanju svojih dolžnosti. Vsakdo se lahko na institucije Unije obrne v enem od jezikov Pogodb in mora prejeti odgovor v istem jeziku.

Pravica do dobrega upravljanja *per se* prav tako kot pravica do transparentnosti ni splošno pravno načelo; je pa splošno pravilo³⁴⁸ je pa zbir pravnih zavez oziroma dolžnosti uporabe nekaterih pravnih načel (ki se še niso povzpeli na raven splošnih pravnih načel prava EU): pravica do zaslišanja izhaja iz anglosaškega načela o naravni pravičnosti (ang. *natural justice*), pravica do seznanitve oz. vpogledom v spis, dolžnost obrazložitve in uporaba jezika v postopku, so temeljna procesna jamstva, zaveza po povrnitvi nastale škode pa izvira iz rimskega prava. V ta zbir bi lahko dodali tudi nekatera druga načela, kot so načelo zakonitosti, pravne varnosti, privilegij pred samoobtožbo, prepovedi arbitrarnosti ipd.. Zaenkrat kaže, da se pravica do dobrega upravljanja razume predvsem (ni pa nujno, npr. nadomestitev škode) v smislu posamičnih pravnih aktov.

Med pravnimi načeli in pravnimi pravili je razlika: pravno načelo posreduje le vrednostno merilo, kako naj ravnamo v pravnih razmerjih, v katerih smo nosilci vedenja in ravnanja, medtem ko pravno pravilo izraža določen tip vedenja in ravnanja. Člen 41 temelji na obstoju Unije kot skupnosti, ki temelji na vladavini prava; njene značilnosti so se razvile v okviru sodne prakse, ki je med drugim razumela *dobro upravljanje* kot splošno pravno načelo (gl. npr. sodbo Sodišča z dne 31. marca 1992 v zadevi C-255/90P, *Burban* [1992] ter sodbi Sodišča prve stopnje z dne 18. septembra 1995 v primeru T-167/94 N *lle* [1995], in 9. julija 1999 v zadevi T -231/97 *New Europe Consulting in drugi* [1999]). Pravice osebe v okviru transparentnosti in dobrega upravljanja se nanašajo na konkretnije (procesne) zaveze oblastnega organa (vpogled, seznanitev z zadevo, dokumentom, izjava stranke, pripombe, rok, jezik v postopku) kot pri splošnih pravnih načelih.

19.1.4.8 Evropski upravni prostor

Pravila Evropske Unije neposredno in posredno vplivajo na organizacijo in delovanje nacionalnih državnih uprav. Pravila Evropske Unije postavljajo vsebinske standarde za delovanje državnih uprav držav članic. Vendar pa je tudi sama struktura Evropske

348 Tako je navedena tudi kot »pravica« do dobrega upravljanja; kot splošna pravica je bila npr. priznana že leta 1974 v zadevi *Transocean Marine Paint Association v Commission of the European Communities* (C-17-74), kjer je sodišče navedlo, da velja **splošno pravilo**, da je treba osebi, katere interesi so občutno prizadeti z odločbo, ki jo sprejme javni organ, dati možnost, da izrazi svoje stališče. To pravilo zahteva, da je treba nameravano ravnanje sporočiti jasno in pravočasno, o bistvenih razmerah, za katere namerava Komisija narediti izjemo, pri čemer je treba dati možnost za predložitev pripomb Komisiji. To še posebej velja v razmerah, ki pomenijo precejšnje obveznosti z daljnosežnimi posledicami.

Unije močno vplivala na nacionalne sisteme državne uprave. Evropska Unija je nastala na močnih ekonomskih temeljih, kjer so ekonomske pravice in svoboščine dolgo časa imele absolutno prioriteto pred političnimi. Evropski upravni prostor (ang. *European Administrative Space*) je novejši pojem v upravni znanosti, ki zajema razumevanje sodobnega razvoja upravnih sistemov v današnji Evropi. EUP se je razvil nekako samodejno, oz. je posredni učinek procesa približevanja držav polnopravnemu partnerstvu v EU, a hkrati nujni dejavnik uspešnosti uresničevanja štirih temeljnih svoboščin EU: prosto gibanje sredstev, storitev, ljudi in kapitala. EUP ne predstavlja nekega novega modela evropskega upravnega sistema, pač pa gre za nabor minimalnih standardov in pravil, ki jih mora sprejeti država kandidatka v svoj upravni sistem, če želi postati članica EU. Evropska načela je uokvirila Sigma v poznih devetdesetih letih v okviru zahteve EU po oblikovanju horizontalne upravne reforme v državah severo-vzhodne Evrope. Program Sigma (ang. *Support for Improvement in Governance and Management*) je podpora za izboljšanje vodenja in upravljanja ter skupen projekt EU in OECD (Organizacija za gospodarsko sodelovanje in razvoj).

Na področju javne uprave Evropska unija nima politike v odnosu do držav članic. Predvsem institucije so podvržene upoštevanju predpisov EU iz upravne/institucionalne domene, ki so potrebni za izvajanje direktiv EU na nekaterih področjih (na primer državna pomoč, konkurenca, varstvo potrošnikov) ter majhno število posebnih institucij, ki imajo horizontalno vlogo v sistemu javne uprave, kot je sistem javnih naročil. Kljub navedenemu pa na drugih področjih javne uprave, sama organizacija javne uprave, kot sistem in svojimi notranjimi pravili in metodami, ni predmet regulacije s strani prava EU prek ukrepov iz ustanovnih pogodb. Ustanovne pogodbe pa kljub temu določajo nekatera pravna načela, ki so bila nadalje razvita s prakso Sodišča Evropskih skupnosti. Ta splošna pravna načela so zavezujoča za vse institucije in agencije EU, kot tudi za države članice pri njihovem izvajanju prava EU. Ta načela vključujejo tudi javne uprave držav članic s prakso Evropskega sodišča in državnega upravnega sodstva ter preko stikov in sodelovanj med državami članicami na področju javne uprave (na primer Evropski mreži javnih uprav – EUPAN). Skupaj z drugimi načeli, skupnim prenovljenim demokratičnim sistemom v EU, ta splošna pravna načela predstavljajo temeljne značilnosti evropskega upravnega prostora (EUP). EUP je evlucijski proces postopne krepitve konvergenč med nacionalnimi upravnimi sistemi in upravne prakse držav članic. Koncept EUP je bil prevzet iz bolj znanih in dobro razvitih konceptov evropskega gospodarskega prostora ali evropskega pravosodnega prostora, za katera je značilna določena stopnja približevanja nacionalnih zakonodaj in vzajemnega priznavanja sodnih odločb med nacionalnimi institucijami. Veliko težje pa je, seveda govoriti o obstoju skupnega upravnega prostora na področju upravnega prava, saj ne obstaja temelj za približevanje nacionalnih

določb, ki urejajo organizacijo uprave. Hkrati pa je vzajemno priznavanje ukrepov in odločitev držav članic na vseh ostalih področjih odvisna od medsebojnega zaupanja med upravami in njihovimi institucijami. Če so nekatere pravice državljanov dobro zaščitene v eni državi članici, vendar se le formalno (tj. navidezno) ali občasno uporabljajo tudi v drugih, bo zaupanje umanjalo, s čimer bi bil ogrožen celoten koncept vzajemnega priznavanja, na katerem temeljijo vsa področja politike EU (European Policy Centre, 2013).

Proces harmonizacije javnih uprav držav članic je posledica političnega in upravnega sodelovanja, ki ima cilj boljše delovanje, opravljanje nalog in zasledovanje skupnih ciljev javnega upravljanja. Spoštovanje principov upravnega prava zagotavlja demokratičnost, načela pravne države in spoštovanje človekovih pravic zagotavljajo minimalni standard za razvoj učinkovitega in uspešnega upravnega sistema. Poglavitno vlogo pri razvoju in uveljavitvi teh načel ima SES [Sodišče Evropskih skupnosti] (Bugarič, 2004, str. 230). Uveljavitev skupnih temeljnih načel upravnega prava, ki družijo vse države članice EU, je hkrati tudi temelj za izgradnjo t. i. evropskega upravnega prostora ter predstavlja del nenapisanega evropskega prava oziroma neformalnega pravnega reda EU. Ta načela so načelo zanesljivosti in predvidljivosti (ang. *reliability and predictability – legal certainty*); izhaja kot podnačelo pravne države, v okviru katerega lahko razumemo tudi pristojnost in odgovornost, odločanje po diskreciji, sorazmernosti, nepristranskosti, profesionalizma, skratka vsega, kar bi lahko uvrstili v načelo zakonitosti. Te lastnosti izhajajo iz bistva načela pravne države, ki potrjuje prevlado prava kot 'vsestranskega mehanizma zanesljivosti in predvidljivosti. Načelo odprtosti pomeni, da je uprava dostopna za zunanji nadzor, medtem ko načelo preglednosti razumemo na način, da lahko "vidimo skozi" za namene nadzora in kontrole. Odprtost in preglednost omogočata, da vsak, kdor je prizadet z upravnim ukrepom, pozna osnovo za tak ukrep, zaradi česar je tudi zunanji nadzor nad upravnimi ravnanji s strani nadzornih institucij lažji. Odprtost in preglednost sta tudi nujna instrument za vladavino prava, enakosti pred zakonom, in odgovornosti. Načelo javne odgovornosti (angl. *accountability*) se kaže kot zaveza obrazložitve, upravičenosti ravnanja in odločanja upravnega, zakonodajnega ali sodnega organa. Odgovornost je bistvena za zagotavljanje učinkovitosti, uspešnosti, zanesljivosti in predvidljivosti javne uprave. Odgovornost je eden od instrumentov, ki prikazuje potrebo po spoštovanju principov kot so pravna država, odprtost, transparentnost, nepristranskost in enakost pred zakonom. Načelo učinkovitosti in uspešnosti (ang. *efficiency and effectiveness*) je novejša kategorija, povezana s splošno kakovostjo javne uprave in zadovoljstvom odjemalcev storitev. Pojem učinkovitosti zajema predvsem razmerje med uporabljenimi sredstvi in doseženimi rezultati, uspešnost pa se nanaša na doseganje ciljev politik (Sigma, 1999).

Edini formalni vir sodelovanja med upravami držav članic je Pogodba o delovanju Evropske unije, ki v 197. členu³⁴⁹ določa *upravno sodelovanje* med državami članicami, zato lahko zaključimo s trditvijo, da se (vsak zaenkrat) 'teorije o evropskem upravnem prostoru gradijo na ideji konvergence evropskega upravnega prava. Vendar pa ni dokazov, da prihaja do konvergence evropskega upravnega prava, zato je pravilneje govoriti o evropeizaciji upravnega prava držav članic (Bugarič, 2004, str. 227).

19.2 Akti Evropske unije

Evropska Unija je edinstvena nadnacionalna politično-gospodarska struktura. Pravo Evropske unije je poseben mednarodni pravni sistem, ki deluje vzporedno s pravom držav članic Evropske Unije. Ima neposreden učinek v pravnih sistemih držav članic in ima predvsem na področju ekonomske in socialne politike, prednost. Pravo Evropske unije je splošen pojem in zajema celotno pravo, ki nastaja v okviru treh stebrov Unije. Skupnostno pravo oziroma pravo Evropske skupnosti se deli na primarno in sekundarno pravo. Primarnost pomeni, da pravila, sprejeta na ravni Evropske Unije, prevladajo nad pravili, vsebovanimi v pravnih redih držav članic. Pravo Evropske Unije je avtonomno pravo, saj svoje veljavnosti ne črpa iz morebitne poznejše odobritve nacionalnih organov držav članic, ampak se opira na zakonodajne pristojnosti organov Evropske Unije. V primarno pravo štejemo ustanovne pogodbe z vsemi njihovimi naknadnimi spremembami in dopolnitvami, ter nekatera splošna pravna načela ustavnega pomena. Sekundarno pravo pa so vsi pravni akti evropskih institucij, sprejeti na podlagi primarnega prava. To so obvezni splošni akti, neobvezni splošni akti, posamični akti, mednarodne pogodbe, poslovnik, statuti raznih organov in sporazumi med evropskimi institucijami. Sekundarno pravo se torej nanaša predvsem na uredbe, direktive, odločbe, priporočila in mnenja, ne smemo pozabiti na dva akta Evropske centralne banke; smernice in navodila. Pomemben pravni vir so tudi mednarodni sporazumi in sodna praksa Sodišča Evropske unije in Splošnega sodišča. Slednja sta pristojna za interpretacijo primarne in sekundarne zakonodaje.

Evropska unija izhaja iz Evropskih skupnosti in sicer Evropske skupnosti za premog in jeklo, Evropske gospodarske skupnosti in Evropske skupnosti za atomsko energijo. Ustanovitev prve Evropske skupnosti (Evropska skupnost za premog in jeklo)

349 Učinkovito izvajanje prava Unije v državah članicah, kar je bistveno za pravilno delovanje Unije, se šteje za zadevo skupnega interesa.

Unija lahko podpira prizadevanja držav članic za izboljšanje zmogljivosti njihovih uprav za izvajanje prava Unije. Ta dejavnost lahko vključuje olajševanje izmenjave informacij in javnih uslužbencev, kakor tudi podporo izobraževalnih programov. Nobena država članica ni zavezana zaprositi za takšno podporo. Evropski parlament in Svet z uredbami, sprejetimi po rednem zakonodajnem postopku, v ta namen določita ukrepe, potrebne za doseganje ciljev, pri čemer je izključeno kakršno koli usklajevanje zakonov in drugih predpisov držav članic.

Ta člen ne posega v obveznosti držav članic, da izvajajo pravo Unije, niti v pristojnosti in dolžnosti Komisije. Prav tako ne posega v druge določbe Pogodb, ki urejajo upravno sodelovanje med državami članicami ter med njimi in Unijo.

je izšla iz politične volje po premagovanju dotedanjih nasprotij med državami in iz opredelitve za zagotovitev miru, varnosti, razvoja in blaginje v združujoči se Evropi. Ta skupnost je začela veljati leta 1952. države, ki so podpisale prvo pogodbo so bile: Nemčija, Francija, Nizozemska, Italija, Belgija, Luksemburg. Iz Evropskih skupnosti je pozneje izšla in se oblikovala Evropska unija. Pogodba o Evropski uniji (Maastrichtska pogodba) je začela veljati 1. novembra 1993, ko so jo ratificirale vse države članice. Postavlja pravne temelje za evropsko identiteto na mednarodnem prizorišču. Še posebej z uresničevanjem skupne zunanje in varnostne politike, vključno s končnim ciljem skupne obrambne politike, ki bi nekoč lahko vodila k skupni obrambi. Uvaja se državljanstvo Unije, vzpostavljajo se pravni temelji za tesno sodelovanje v pravosodju in pri notranjih zadevah. Začetnim šestim članicam so leta 1972 pristopile Velika Britanija, Republika Irska in Danska. Leta 1981 Grčija, 1983 Španija in Portugalska, 1995 Avstrija, Finska in Švedska. V letu 2004 pa še deset novih članic, med njimi tudi Slovenija.

Pravni red Evropske unije ima naslednja glavna vira:

- primarna zakonodaja: ustanovitvene pogodbe,³⁵⁰ na katerih temelji Evropska unija, vključno z vsemi spremembami in dopolnitvami ustanovitvenih pogodb in pogodbe o pristopu držav k Evropski uniji;
- sekundarna zakonodaja: pravni akti Evropske unije, ki jih sprejemajo institucije Evropske unije (uredbe, direktive, odločbe, priporočila in mnenja) po zakonodajnih postopkih, ki so predpisani v ustanovnih pogodbah.

Sekundarna zakonodaja – člen 249(1) Pogodbe o delovanju Evropske unije (PDEU) določa, da za izpolnjevanje svojih nalog v skladu z določbami te pogodbe Evropski parlament skupaj s Svetom EU ter Svet in Komisija sprejemajo uredbe in direktive, sprejemajo odločbe, pripravljajo priporočila ali dajejo mnenja. Evropska centralna banka lahko sprejme še dva akta sekundarnega prava in sicer smernico in navodila. Poleg teh aktov pozna pravo Skupnosti še različne druge akte, kot so sklep, medinstitucionalni sporazum, sklep Sveta, resolucija in obvestilo Komisije. Sekundarna zakonodaja je zakonodaja, ki temelji na ustanovnih in pristopnih pogodbah. Sekundarne pravne akte po členu 249 (prej člen 189) PDEU sprejemajo Evropski parlament skupaj s Svetom, Svet in Evropska komisija. Sekundarno pravo ustvarjajo omenjene institucije EU v različnih postopkih, in sicer v zakonodajnem postopku, ki je predpisan v eni izmed naslednjih oblik:

³⁵⁰ Pogodba o ustanovitvi Evropske skupnosti za premog in jeklo (ESPJ), Pogodba o ustanovitvi Evropske gospodarske skupnosti (EGS), Pogodba o ustanovitvi Evropske skupnosti za atomsko energijo, Pogodba o Evropski uniji (Maastrichtska pogodba), Amsterdamska pogodba (veljati začne 1. maja 1999), Pogodba iz Nice (veljati začne 1. februarja 2003), Lizbonska pogodba (veljati začne 1. decembra 2009). Lizbonska pogodba je prinesla veliko sprememb. Ena pomembnejših je sprememba obstoječih pogodb (Pogodba o Evropski uniji in Pogodba o ustanovitvi Evropske skupnosti – PES). Pogodba o Evropski skupnosti se po novem imenuje Pogodba o delovanju Evropske unije (PDEU).

- posvetovalnem postopku,
- postopku sodelovanja,
- postopku obveznega soglasja,
- postopku soodločanja.

Pravni akti po členu 249 (prej člen 189) PDEU so uredbe, direktive, odločbe, priporočila in mnenja.

Uredba

Uredbe so najučinkovitejši pravni instrument EU; so povsem zavezujoče, ter se neposredno uporabljajo v vseh državah članicah (Grad in ostali, 2007, str. 67). So temeljni primer splošnega in abstraktnega akta prava Skupnosti, ki v pravnem redu Skupnosti zavzemajo enako vlogo kakor zakoni v nacionalnem pravu. Sodišče Evropske Skupnosti je zapisalo, da uredba v skladu s svojo naravo in funkcijo v sistemu pravnih virov Skupnosti neposredno učinkuje in lahko kot takšna posameznikom podeljuje pravice, ki jih je nacionalno sodišče dolžno varovati. Kot splošni in abstraktni pravni akt se uredba uporablja za nedoločeno število naslovnikov (splošnost) in za vnaprej nedoločeno število pravnih položajev, kar pomeni, da so tožbe posameznikov zoper prave uredbe so nedopustne (abstraktnost). V nasprotju z direktivami – namenjenimi državam članicam, in odločbami, ki imajo točno določene prejemnike – so uredbe namenjene vsem. Omenjeni pravni akt je torej temeljni splošni in abstraktni akt prava EU. Kot splošni in abstraktni pravni akt se uredba uporablja za nedoločeno število naslovnikov in za vnaprej nedoločeno Uredba se splošno uporablja, je zavezujoča v celoti in se neposredno uporablja v vseh državah število pravnih položajev. Uredba dobi ob izdaji neposredno pravno veljavo v nacionalnih pravnih redih, se pravi, da ustvarja pravo, ki se nemudoma uporabi v vseh državah članicah enako kot nacionalni zakon, brez vsakršnega posredovanja nacionalnih oblasti. Vsak nacionalni zakon oziroma določbe le-tega, ki morda nasprotujejo določbam uredbe, izgubijo svojo pravno veljavo oziroma uredba nad njimi prevlada.

Direktiva

Direktiva je za vsako državo članico, na katero je naslovljena, zavezujoča glede cilja, ki ga je treba doseči, vendar prepušča nacionalnim organom izbiro oblike in metod za uresničitev ciljev EU v okviru notranjih pravnih redov držav članic. Če države članice direktive ne prenesejo v nacionalno zakonodajo ali jo prenesejo v nepopolni obliki ali z zamudo, se lahko tisti, ki so predmet sodne obravnave, nanjo neposredno sklicujejo pred nacionalnimi sodišči. Direktive so torej najprimernejši predpis za

prilagajanje zakonodaje držav članic, saj določajo cilje in usmeritve, način za doseg teh ciljev pa prepuščajo domači zakonodaji do roka, ki ga direktiva posebej določi.³⁵¹

Odločba

Odločba je upravni akt, ki je naslovljen na posameznika, skupino ali vrsto naslovnikov in je za naslovnike neposredno zavezujoča. Odločba je individualni pravni akt in jo je treba neposredno vročiti; velja od dneva vročitve in ne na podlagi objave v uradnem listu, kot to velja za uredbe in direktive. Po mnenju Evropskega sodišča lahko ima odločba neposredne učinke in dodeli posameznikom pravice, ki jih mora varovati pravosodje države članice.

Priporočilo

Institucije EU lahko s priporočilom ocenijo trenutni položaj ali dejstva, izrazijo mnenje ali predlagajo usmeritev, ne da bi ustvarile zakonsko obveznost za prejemnike (države članice, druge institucije, včasih tudi državljane EU). Kljub temu, da ni pravno obvezujoče, nosi precejšno politično težo.³⁵² To pa ne pomeni, da priporočilo sploh ne more imeti pravnega učinka. Takih aktov „ni mogoče obravnavati, kot da nimajo pravnega učinka. Nacionalna sodišča so zavezana k upoštevanju priporočil, da lahko presojujejo o nerešenih sporih, zlasti kadar priporočila pojasnjujejo razlago nacionalnih ukrepov, ki so bili sprejeti z namenom njihovega izvajanja, ali kadar je njihov namen dopolnitev zavezujočih določb Skupnosti.“³⁵³ Če na primer institucija meni, da

351 Direktive postanejo neposredni del pravnega reda države šele s predpisom, ki ga sprejemajo organi države članice. Zaradi tega so direktive instrument harmonizacije oziroma prilagajanja zakonodaje, saj državam puščajo možnost, da svojo notranjo zakonodajo prilagodijo enotnemu standardu Unije. Državam članicam je torej dovoljeno, da v svojo obstoječo zakonodajo vnesejo spremembe, s katerimi izpolnijo svojo obveznost do Skupnosti. Direktiva navadno določa minimalne standarde, ki jih morajo države vnesti v svoj pravni red, vendar jim ne preprečuje, da ne bi predpisale strožjih meril. Direktiva določa datum, do katerega jo je treba prenesti v nacionalno pravo. Države članice lahko pri prenosu upoštevajo domače posebnosti, prenos v domačo zakonodajo pa morajo izvesti v določenem roku. Direktiva se uporablja za usklajevanje nacionalnih zakonodaj, predvsem v zvezi z delovanjem enotnega trga (na primer standardi za varnost izdelkov) ((Grad in ostali, 2007, str. 67).

352 Priporočila predlagajo določeno smer ravnanja, mnenja pa ocenjujejo trenutni položaj ali nekatera dejstva o Skupnosti. Niso zavezujoča za države članice in evropskim institucijam omogočajo, da sprejmejo stališča brez pravnih obveznosti za države članice oziroma državljane. Priporočilo kljub temu, da ni pravno obvezujoče, nosi precejšno politično težo. Namen mnenja pa je opredeliti stališče institucije glede nekega vprašanja oziroma napovedati smernice razvoja v prihodnosti. Ustanovna pogodba, ki na številnih mestih predlaga izdajo priporočil in mnenj, Komisiji daje splošno pooblastilo za izdajo takih aktov, kadar koli se ji zdi to potrebno. Sprejme ju Parlament s Svetom in Komisija (prav tam, str. 68).

353 Pri aktih, ki nimajo pravne narave je treba biti pazljiv, saj takšna uporaba ob odsotnosti demokratičnih standardov in varoval, lahko privede do obratnega učinka: „[k]adar ima Skupnost zakonodajno pristojnost, vendar zaradi pomanjkanja politične volje ne more sprejeti zakonskih predpisov, lahko uporaba mehkega prava obide vpliv ostalih (demokratičnih) instrumentov in izvotli načela demokracije in zakonitosti. To lahko v javnosti ustvari vtis o vzvišeni birokraciji, ki je pripravljena sklepati kompromise z nosilci moči daleč od oči državljanov. Lahko bi še dodali, da mehko pravo lahko zbudi upravičena pričakovanja pri tretjih vpletenih straneh (npr. pri uporabnikih), ki teh pričakovanj nato ne morejo pravno zagovarjati zaradi aktov, ki imajo zanje škodljiv pravni učinek. Parlament bi moral zagotoviti, da se program za boljše pripravo zakonodaje ne zlorabi z namenom, da se izvršilnemu organu Skupnosti omogoči dejansko sprejemanje zakonov z uporabo instrumentov mehkega prava, kar bi povzročilo potencialno spodkopavanje pravnega reda Skupnosti z odpravljanjem vključevanja demokratično izvoljenega parlamenta, izogibanjem pravni presoji Sodišča Evropskih skupnosti ter odvzemanjem državljanom pravice do pravnih sredstev“. Evropski parlament. Delovni dokument o pravnih in institucionalnih vidikih uporabe instrumentov „mehkega prava“. Odbor

je zavezana nezavezujočemu aktu, je treba ta akt obravnavati kot pravilo ravnanja, od katerega institucija lahko odstopi le, če ustrezno obrazloži svojo odločitev.

Mnenje

Mnenje je akt, s katerim lahko institucije izrazijo pravno nezavezujoče mnenje, se pravi, da prejemnikom ne nalagajo zakonske obveznosti. Namen je opredeliti stališče institucije glede nekega vprašanja oziroma napovedati smernice razvoja v prihodnosti. Priporočila in mnenja niso zavezujoča. Mnenje lahko izdajo vse glavne institucije EU: Evropska komisija, Svet EU, Evropski parlament, Odbor regij in Evropski ekonomsko-socialni odbor.

Ostalo sekundarno pravo

Posebni sekundarni pravni vir Skupnosti so mednarodne pogodbe, ki so prav tako akt evropskih institucij, a je njihova pravna narava nekoliko drugačna od zakonskih aktov. Razlikujejo v tem, da v hierarhiji aktov Skupnosti spadajo med primarno pravo in sekundarno zakonodajo. Izjemno pomemben pravni vir Skupnosti so tudi sodbe Sodišča Evropske Skupnosti, ki jih ni mogoče uvrstiti izključno v primarno oziroma sekundarno pravo, kajti Sodišče pri svojem delu uporablja oba prava. V sekundarnem pravu najdemo zelo zanimiv akt in sicer so to smernice. So pravni instrument, ki določa, oblikuje in izvaja politiko Evrosistema in je interni pravni akt Evrosistema, a ne učinkuje za stranke izven članic Evrosistema. Smernica je obvezen pravni akt, ki vsebuje splošni okvir in najpomembnejše predpise, ki jih morajo izvajati nacionalne centralne banke držav Evrosistema (Knez in ostali, 2004, str. 84).

za pravne zadeve. 2004. Takšna skrb vsekakor ni odveč tudi pri mehkeemu pravu znotraj pravnega reda nacionalne države.

Vprašanja za ponavljanje:

1. Kaj predstavlja načelo primarnosti (supremacije) evropskega prava?
2. Kaj je neposredna uporabnost in kaj neposredni učinek?
3. Kaj je načelo posrednega učinka?
4. Katera so splošna pravna načela Evropske unije?
5. Kaj je država kot agent institucij Evropske unije?
6. Kaj je načelo sorazmernosti v okviru prava EU?
7. Kaj je načelo pravne varnosti?
8. Kaj je načelo subsidiarnosti?
9. Kaj je načelo enakosti in prepoved diskriminacije?
10. Kaj predstavlja pravica do dobrega upravljanja?
11. Kaj je evropski upravni prostor?
12. Katere akte Evropske unije poznaš?

20 NADZOR UPRAVE

Nadzor uprave je tesno povezan s samim bistvom pojmovanja človekovih pravic in načela zakonitosti: varovanje državljanov, njihovih pravic, zakonito ureničevanje splošnih norm in odprava samovolje upravnih organov, je civilizacijska pravna usmeritev, ki jo lahko zasledimo že v Veliki listini svoboščin iz 1215 leta.³⁵⁴ Skladno z načelom zakonitosti mora imeti delovanje uprave podlago v zakonu in na tej osnovi sprejetih podzakonskih aktih in predpisih, celotna zakonodaja pa mora biti usklajena z najvišjim pravnim aktom – ustavo. Pomen načela zakonitosti je tudi v tem, da se celotno delovanje nenehno presoja, ocenjuje. Zaradi omenjenih glavnih ciljev načela zakonitosti je nad delovanjem uprave uveden nadzor oziroma kontrola zakonitosti. Nadzor pomeni sistematično, stalno spremljanje poteka česa, rezultatov glede na postavljene cilje (*nad-zirati, gledati od zgoraj navzdol*). Kontrola = ugotavljanje skladnosti kake dejavnosti z določenimi pravili (fr. *contre-rôle* – “proti-vloga”). Pri nadzoru gre za (najmanj) dva subjekta, obstajati mora možnost vpliva na kontroliranega. Cilj kontrole je zakonitost upravnega delovanja, doseganje standarda pravne države, racionalnosti in učinkovitosti dela. Zunanji vpliv na naslovnike norm se kaže prek ukrepov (notranji pa v učinkovitosti in identifikaciji z organizacijo) in se lahko kombinira z želenimi rezultati nadzora glede na namen, proces, stranke, prostor, ipd.

V času finančnih in (s tem povezanih) političnih kriz je upravičeno pričakovati, da bo javno zaupanje v delovanje institucij pravne države zaradi krize vse bolj načeto kot mora na drugi strani obstajati zaveza države po učinkovitih institucijah, ki sledijo ciljem in sredstvom, ki jih predvideva pravni red. Pečar opozarja, da ‘[z]aradi splošne neuspešnosti sformalizirane kontrolizacije prihaja do čedalje večjega neza-

354 Gl. 61 odstavek tega dokumenta: „lupoštevajoč, da smo baronom v slavo božjo in za izboljšanje Naše dežele ter za lažjo razrešitev sporov med Nami in Našimi baroni *podellili* vse prej naštete pravice, želimo, da jim jih bo za vedno mogoče uživati neprekršene in v celoti in da jim bo ustanovljena in zagotovljena sledeča zaščita; baroni bodo izmed vseh baronov v kraljestvu po svoji lastni volji izvolili petindvajset predstavnikov in ti bodo z močjo, ki jim bo dana, branili mir in svoboščine, ki so jim bile dane in s to pričujočo listino zagotovljene; če bomo Mi ali Naš sodnik ali Naši uradniki ali kateri izmed naših služabnikov na kakršenkoli način odstopali ali prekršili izvrševanje kateregakoli člena o miru in varnosti in bodo kršitev opazili štirje izmed petindvajsetih baronov, naj ti štirje pridejo pred Nas ali pred Našega sodnika, če Nas ni v kraljestvu, Nas s kršitvijo seznanijo in zahtevajo od Nas, naj jo brez odlašanja odpravimo. In če Mi, ali če Nas ne bo v kraljestvu, Naš sodnik kršitve ne bo odpravil v štiridesetih dneh po tem, ko je bil s kršitvijo seznanjen, naj omenjeni štirje baroni o tem poročajo preostalim baronom, ki naj Nas skupaj z ljudstvom vse dežele prisilijo in nadlegujejo na kakršenkoli način jim to uspe; namreč z zasegom gradov, zemlje in drugih stvari v Naši lasti in na drugačen način, da bo sprememba izvršena, kot so hoteli; z izjemo Naše osebe in Naše kraljice in otrok; in ko bodo tako storili, naj bodo poslušni kot prej. In kdorkoli v deželi želi, lahko priseže, da je pripravljen na izvršitev vseh teh dejanj in na poslušnost ukazom petindvajsetih baronov in da Nas bodo on in njegovi možje nadlegovali, kot najbolje zmorejo; javno in svobodno dopuščamo vsakomur, ki želi priseči, da to stori, in nikomur to ne bo onemogočeno. ... Mi si ne bomo izposlovali ničesar od kogarkoli, sami ali prek koga drugega, s čimer bi katerakoli od teh koncesij ali svoboščin mogla biti odpovedana ali zmanjšana; in če bi kakšna taka stvar le bila izposlovana, naj bo nična in neveljavna, in Mi je ne bomo uporabili ne osebno ne prek koga drugega (Jambrek in ostali, 1988, str. 393-394) (podčrtal M.P.).

upanja vanjo' (Pečar, 1991, str. 110). Ne glede na konkretno ureditev, v vsaki izmed njih obstajajo nekatera *temeljna, univerzalna* izhodišča, ki jih moramo upoštevati za dobro kvaliteto upravljanja, tako tudi pri izvajanju nadzornih dejavnosti. Krbek že leta 1950 trdi, da 'funkcija upravljanja nujno vsebuje v sebi tudi funkcijo nadzora in preverjanja. Izkušnje so pokazale, kako pogubno in škodljivo je za obe funkciji, če se le-ti strogo ločita' (1950, str. 568).³⁵⁵ Modrost upravljanja pomeni tudi modrost pri izvajanju nadzora; upravljanje se ne nanaša zgolj na *de facto* odločanje, pač pa hkrati s samim odločanjem nakazuje tudi na sistematično zasnovan pregled, spremljanje izvajanja posameznih dejavnosti ali del, ki morajo biti skladna s predpisi ter nudenje potrebne pomoči pri uskladitvi dejanj s predpisi v okviru varstva javnega in zasebnega interesa. Ta dvojnost je bila v našem prostoru nekoliko spregledana, čeprav vse-skozi znana (francozi jo poznajo npr. v reku: *juger l'administration, c'est encore une fois administrer*). Funkcija nadzora ni nikoli zgolj funkcija nadzora, pač pa se prek nje (hkrati s primerno "dozo" nadzora) tudi upravlja. Po Platonu 'modrost obstaja v dobrem upravljanju. Na upravljanje pa se razume tisti, ki ima *znanje* [tj. takšno] znanje, ki lahko [državo] pouči, kako naj najbolje uredi svoje odnose do državljanov in nič manj do drugih držav. To je znanje čuvarjev' (1976, str. 145-146). Po Platonu naj vsak posameznik opravlja v državi samo eno nalogo, namreč tisto, ki najbolj ustreza njegovi naravi. Pravičnost je v tem, da vsakdo opravlja svojo nalogo in se ne vmešava v vse mogoče stvari (prav tam, str. 151), pri čemer naj znotraj prevladuje *modrost, pogum, preudarnost in pravičnost* (ki obvladuje, vzpostavlja harmonično razmerje med prvimi tremi stanji). Javna uprava kot birokratska organizacija se od Maxa Webra spopada z njegovo ugotovitvijo, da jo je težko nadzorovati:

Ko je v celoti vzpostavljena, je birokracija med tistimi družbenimi strukturami, ki jih je najtežje uničiti. Kot instrument racionalno organiziranih razmerjih moči, je bila in je instrument moči prvega reda za tiste, ki nadzirajo birokratski aparat. [...] Tudi absolutni monarh je brez moči glede na nadrejeno znanje, ki ga ima birokratski strokovnjak – v določeni meri več kot katerikoli politični organ. [...] V moderni državi je dejanski vladar nujno in neizogibno birokracija, ker se moč izvaja ne prek parlamentarnih govorov niti vladarjevih enuncijacij, pač pa prek rutin administracije (1978, str. 987, 993, 1393).

Mejo med zakonitostjo (vprašanje prava) in njeno pravilnostjo (vprašanje dejstev) je težko določiti. To ni nič novega – tudi razmerje med zakonodajno in izvršno vejo

³⁵⁵ V mislih je imel sovjetski primer iz leta 1938, kjer nekateri sektorji za preverjanje skladnosti delovanja niso bili pod neposrednim vodstvom predstojnika organa. To naj bi bilo neučinkovito, zato so se v okviru organa ustanovile posebne inšpekcijske skupine. Treba je seveda opozoriti na *kontekst* obravnavane vsebine: medtem ko je bil ta primer v sovjetskih očeh slab, naj bi bilo prav to najboljše zagotovilo za neodvisnost odločanja v upravnih postopkih "upravnih sodnikov" (t. i. *administrative law judge*) v javnih agencijah po ameriškem zakonu o upravnem postopku. Le ti odločajo v upravnih postopkih v posameznem javnem organu, kjer so sicer stacionirani, vendar so zaposleni neposredno s strani Urada za kadrovske management (*Office of Personnel Management*), ne s strani predstojnika konkretnega organa, ki nad "upravnimi sodniki" nima neposrednih pooblastil za vodenje njihovih dela.

niti v izvoru ni delovalo na način, kot ga je opisal Montesquieu. Zakaj bi bilo kaj drugače z namenom zakonodajalca? Praksa sledi dejanskim razmeram in njim primerno skuša usklajevati ravnanje uprave. Zakonodajalec v zakonu sprejme cilje in določbe, kot si jih želi (predhodno postavi) izvršna veja, ki večinoma pripravlja predloge zakonov, oziroma si prepusti tak obseg podzakonskega urejanja kot je za njo sprejemljiv. Čeprav številčno večkrat obvelja jasna volja in namen zakonodajalca, je sodna praksa tista, ki kaže izhod v nejasnih primerih. Razlog tiči predvsem v (bolj logični kot pravni) razlagi.

Novo v tej obravnavi pa je končna pripoznava, da je razlaga dandanes primarno v domeni *uprave*. Dandanes prevladujeta izvršna in sodna veja, zato gre za sistem parlamentarne demokracije le pri volitvah in sestavi vlade, nakar se samodejno spremeni v "sodno nadzorovan izvršni sistem", kjer izvršna veja diktira delo parlamentu. Sodstvo se pri presoji zakonitosti ukvarja z namenom in razlogi zakonodajalca, ki jih je dejansko postavila izvršna veja pri pripravi predpisov. Samo po sebi s tem ni nič narobe; oblika državne oblasti *per se* ne zagotavlja večje ali manjše zakonitosti, pač pa je ta odvisna bolj od postavitve in izvedbe pojmov ter njim ustrežajočih podpojmov. Konec in začetek razlage je nenehna odprtost pojmov; ta odprtost razlage se napaja v večrazsežnosti pojavov in spremljajočih okoliščin. Razlaga se nanaša na kraj, s katerega se razlaga. V danem trenutku gre vedno za zadnje stanje, s katerega se gleda na prejšnje. Tako zadnja razlaga ni nikoli zadnja – predstavlja le začetek naslednje. Slednja se odvija na podlagi izkustva pri operiranju s pravilom pravila, ki ga razlagalec (samo)najdeva pri subsumciji občega pod posebno in obratno. Vedno znova se odkriva in preverja odsotnost pravila in njegova zapolnitev s konkretno umestitvijo naše subjektivne smotrnosti v objektivni svet naključij. *Resnica je, da je ni*. Gre za stanja, v katerem prepoznavamo pravna dejstva, ki jih vsebuje pravna norma. Sicer si ne bi znali razložiti pojava, ko praksa uporabe pravila privede do diamtralno nasprotnega namena od prvotno zapisanega, ki je tako predružen še vedno sprejet kot veljaven.

Novo v tej obravnavi je ugotovitev, da sâmo prepoznavanje konkretnega v splošnem nakazuje na nekaj, kar je pred normo. Izkaže se, da razlaga prvotno bolj kot v pravu temelji v empirični psihologiji ali antropologiji, iz katere izhaja. V resničnem konfliktu namreč sodnik ali uradnik ve prav toliko, kot drug posameznik.³⁵⁶ Tudi ta sklepa in podreja pojme na podlagi univerzalne slovnice, ki zahteva racionalnost, logično primerjavo, sorazmerje in razloge za svoja ravnanja. Sodni testi kljub različnosti kažejo le podobe človeške univerzalnosti, ki jo lahko najdemo tudi v zgoraj omenjenih

356 Bistvo presoje, ali gre za resničen konflikt, je v tem, da najdemo veljavne moralne argumente za vsako stran konflikta. Zato takrat, ko se nahajamo v resničnem konfliktu in čutimo nagnjenje, da bi poiskali pomoč pri drugih, moralne avtoritete, kot so denimo sodniki ali duhovniki, niso nič boljši vodniki kot kovanec, ki ga vržemo v zrak. Še vedno pa obstaja neko osnovno načelo standardne moralne pozicije in to je lojalnost: če so stvari približno enakovredne, naj stare lojalnosti prevladajo nad novimi. W. Glasser, *Kontrolna teorija*, Ljubljana, Taxus 1994, str. 153–155.

skupnih elementih, ki nam pomagajo pri pripravi (pod)zakonskih predpisov. Usposabljanje uradnikov in pravnikov bi moralo biti deležno tudi učenja logike, psihološkega učenja o sprejemanju in oblikovanju (skupnih) odločitev. V času, ko se pred zaposlitvijo v upravo niti pravne vsebine ne preverjajo več, v času, ko se sredstva za izobraževanje in usposabljanje drastično zmanjšujejo, je kaj takega bogokletna ideja, ideja, ki pa lahko zadrži svoje bistvo tudi z večjo vključenostjo drugih strok v pravno oblikovanje pravil. To bi bilo pravzaprav nujno.

20.1 Vrste nadzora / kontrole uprave

Politični nadzor uprave izvaja parlament prek zakonodaje (še posebej pomemben je državni proračun), delegiranje pooblastil, zakonodajni veto, poslanska vprašanja, delovni odbori parlamenta; ugotavlja se odgovornost predsednika vlade in ministrov (interpelacija, ustavna obtožba), uvede se lahko parlamentarna preiskava. Vlada izvaja politični nadzor prek imenovanja funkcionarjev v organih uprave in daje naloge organom uprave. Javno mnenje ustvarjajo predvsem nevladne organizacije, politične stranke in javni mediji. Pri pravnem nadzoru nad delom uprave se kontrolira zakonitost delovanja na osnovi zakonskih pooblastil; pravni nadzor oz. kontrola je pravno regulirana in se navezuje na podreditev uprave zakonom. Poznamo upravno, sodno in posebne oblike nadzora nad delom uprave.

Upravna kontrola uprave

Pri tej obliki kontrole je subjekt in objekt kontrole organ uprave. Gre za najstarejšo obliko kontrole, ki se navezuje na načelo hierarhije v upravni organizaciji. V okviru te oblike poznamo naslednje pod-oblike:

20.1.1 Notranja kontrola

- a) instančna kontrola (pritožba kot splošno in redno pravno sredstvo v upravnem postopku, ki se lahko vloži le na zahtevo stranke)
- b) kontrola po poti službenega nadzora (kontrola tu poteka brez zahteve stranke; najpogosteje je pooblaščen drugostopenjski organ [na voljo sta izredni pravni sredstvi odprave in razveljavitve po nadzorstveni pravici in izredna razveljavitve], minister lahko zahteva poročila o delu, dokumente po zakonu o državni upravi, prim. Inšpektorat za javno upravo kot organ v sestavi MJU, Urad za nadzor proračuna pri MF, Inšpektorat za obrambo; ostali inšpektorati če državni organi lahko izvajajo dejavnost, ki jo inšpektorati nadzirajo). Po zakonu o javnih financah je predstojnik neposrednega in posrednega proračunskega uporabnika odgovoren za vzpostavitev in delovanje ustreznega sistema finančnega poslovanja in kontrol ter notranjega revidiranja (notranja revizija).

20.1.2 Zunanja kontrola

20.1.2.1 Inšpekcijska (ZIN, ZUP, ZP)

V času antične filozofije sicer niso obstajale inšpekcije v današnjem pomenu, so pa poznali *vrhovne nadzornike*, katerim so morali 'dajati račun o svojem delu vsi uradniki' (Platon, 1982, str. 418). Omenjeni vrhovni nadzorniki (oz. nadzorniki prijav) so skupni "prednik" današnjega računskega sodišča,³⁵⁷ državnega tožilstva ali protikorupcijskih organov, medtem ko bi bili lahko *varuhi zakonov* predniki današnjih inšpekcijskih organov.³⁵⁸ Platon je šesto knjigo svojih *Zakonov* posvetil določitvi uradnikov, ki so bili izbrani prek *volitev* 'izmed najzanesljivejših in najboljših državljanov' (Platon, 1982, str. 183), pri čemer je posvetil posebno pozornost volitvam za varuhe zakonov. Vsak varuh zakonov naj bi posedoval hrabrost, preudarnost, pravičnost in zmernost, kar se skupaj imenuje kot vrlina (prav tam, str. 444, 445). V Rimu bi podobno naravo dela lahko pripisali cenzorjem kot popisovalcem premoženja (in s tem davčnih bremen), varuhom morale in pobiralcev davkov; njihova odločitev ni bila pravnomočna (danes bi rekli, da je bila dokončna) in je bila lahko spremenjena. Kazen za izogibanje cenzusu (popisu premoženja) je pomenila odvzem premoženja, s strani konzulov pa celo prodajo v suženjstvo; kazen zaradi kršenja javne morale je bila izdana v obliki *nota censoria*, ki je pomenila izključitev iz plemena in s tem izgubo volilne pravice v skupščini (Mousourakis, 2003, str. 90–91). Iz antičnega izročila tako izvemo, da je bilo varovanje zakonov posebna vrlina, ki je bila zaupana *najsposobnejšim*, tj. tistim, ki so svojo sposobnost izkazali z izobrazbo in resničnimi izkušnjami. Varovanje zakonov se je poleg klasičnega varovanja odražalo tudi v svetovalni vlogi, ki jo dandanes še vedno pozna in izvaja npr. francoski *Conseil d'Etat* (čeprav ne kot inšpekcijski organ) in jo pozna tudi slovenski Zakon o inšpekcijskem nadzoru (ZIN) v 33. členu (preventivni ukrepi inšpektorjev ter opozorila).

357 V evropskem civilizacijskem izročilu je temeljnega pomena atenska ustava iz leta 328 pr. n. š., katere avtorstvo je pripisano Aristotelu, in ki določa posebno desetčlansko revizijsko telo, pristojno in pooblaščen za revidiranje javnih financ. Revizorji, ki jih je z žrebom imenoval Svet Aeropaga izmed lastnih članov, so se imenovali *Logistae*, poleg njih pa je bil z žrebom iz vsakega plemena določen po en preglednik računov (*Euthunus*), vsak z dvema asesorjema (*Paredri*). To telo je bilo odgovorno za pregled računov, sprejemalo pa je tudi pritožbe in prijave državljanov o domnevnih zlorabah javnega denarja z navedbami domnevnih osumljencev iz vrst javnih uslužbencev. Kadar je ugotovilo, da je sum zlorabe pooblastil utemeljen, je sporne račune predložilo sodišču, in odločitev sodne porote o vsakem spornem primeru je obveljala kot dokončna. Še posebno pozornost so atenski revizorji namenjali računom in premoženjskemu stanju ljudi, ki so odhajali z javnih funkcij, na katerih bi se bili lahko okoristili z državnim denarjem. Poglavje 48, del III.

358 Po Atenski ustavi je imel današnje »inšpekcijsko vlogo« svet Aeropaga kot organ s posvetovalno vlogo (svet starcev, podoben Rimskemu Senatu), zakonodajno in sodno vlogo. Imel je ustavno določeno nalogo varovanja zakonov, vendar pa je dejansko upravljal največje in najbolj pomembene dele vladanja nad državo. Določal je osebne kazni in globe zoper vse, ki se niso primerno vedli. Svet Aeropaga je bil varuh zakonov in hkrati bedel nad magistrati (uradniki) z namenom ugotavljanja skladnosti njihovega dela z zakoni. Vsaka oseba, ki je menila, da ji je bila storjena krivica, je Svetu lahko podala informacije ter naznanila kateri zakon je bil kršen in kakšna protipravnost ji je bila storjena. Poglavje 3 in 4, del I. Atenska ustava.

Inšpekcijski nadzor je vse od njegovih začetkov predstavljal nadzor nad izvajanjem oziroma spoštovanjem zakonov in drugih predpisov (Snoj, 1997, str. 186). Inšpektor je sinonim za nadzornika (zastar.), (po SSKJ) tj. 'kdor poklicno sistematično pregleduje, spremlja potek ali razvoj česa, zlasti določene dejavnosti'. Po tipologiji starejši pojem od nemškega je flamski "schauwen",³⁵⁹ ki se je formaliziral v francoski *service d'inspection*,³⁶⁰ medtem ko je najstarejša oblika inšpekcije nedvomno kitajski imperialni cenzorat.³⁶¹ *Sistematično pregledovanje, vpogled, spremljanje poteka ali razvoja česa, zlasti določene dejavnosti, naj bi bil torej eden temeljnih pomenov inšpekcije* (in se ne razlikuje veliko od klasičnega izvajanja instančnega nadzora hierarhičnih organov nad nižjimi ali od ene temeljnih upravnih nalog, ki zadeva spremljanje stanja). Upravni nadzor praviloma izvaja upravna inšpekcija, katere naloga je nadziranje uprave same. Upravna inšpekcija nadzira, če organi javne uprave delujejo v skladu s predpisi, ali rešujejo upravne zadeve v predpisanih rokih, ali javni uslužbenci, ki odločajo v upravnih zadevah, izpolnjujejo pogoje glede strokovne izobrazbe ter ali organi javne uprave spoštujejo predpise o pisarniškem poslovanju. Inšpekcija je eden od glavnih elementov kontrole, kar pa ne pomeni, da je tudi edini;³⁶² prvotna kontrola bi vedno morala izhajati iz samega področja posamezne dejavnosti.

Število inšpekcijskih pregledov je neposredno povezano z metodološkimi vprašanji (od načrtovanih, nenačrtovanih, vnaprej določenih ali ad hoc izvedenih inšpekcij, akcij, določenih sporadično ali načrtno glede na izkazano oceno tveganja, javni in-

359 Na anglosaksonskem področju naj bi se pojem inšpekcije uveljavil prek francoskega izvora in ga današnja angleščina pozna prek pojma *scavenger*; uveljavil prek besede *scavage*, tj. anglo-francoske besede *scawage* (l. 1402), severo-vzhodno od *escouwege*, iz glagola *escauwer* »inšpicirati«, ki je izveden iz flamske besede *scauwen* (etimološki ekvivalent nem. *schauen*, ali ang. *show*). Staro-francoska inšpekcija se je nanašala na inšpekcijo dimnikov, poti, živih mej in jarkov (Spitzer, 1947). Besedni izvor in zgodovina besede "scavenger" (smetar) je prvotno označevala "osebo, najeto za odstranjevanje ovir z ulic", iz besede *scawageour* (1373), londonski uradnik, zadolžen za pobiranje davka na blago, ki je bil predmet prodaje tujih trgovcev, od ang. – fr. *scawager* od *scawage* "cestnina ali dajatev za blago, ki je bilo naprodaj v določenem območju" (1402), od *escauwege* "inšpekcijski pregled". Online Etymology Dictionary, Douglas Harper, 2010.

360 Zgodovinski izvor je mogoče najti v sistemu inšpekcijskih organov, ki so delovali že v času starega režima, čeprav je dajala vlada raje prednost splošnemu nadzoru, ki so ga opravljali intendant ali guvernerji. To je ostalo enako tudi v času francoske revolucije, kjer so predstavniki države prispevali k nadzoru delovanja lokalnih enot. Napoleon je bil prvi, ki je ustvaril sistem posebnih inšpekcij, vključno s šolskimi inšpekcijami, ustanovljenimi leta 1802. Nadaljnje inšpekcije so sledile vključno z generalnim inšpektoratom za finance leta 1816, ki živi v sedanjih obliki od leta 1831 dalje. Podobno kot kitajski cenzorat je predstavljal konkretizacijo uprave, ki nadzira samo sebe ("*controle interne*"). Člani inšpekcije imajo enake pristojnosti kot minister v okviru katerega delujejo. Člani generalnega inšpektorata za finance sodijo v t. i. *grand corps de l'Etat* in so rekrutirani iz elitne šole ENA [oz. iz organov javne uprave, kjer imajo posamezniki najmanj 10 let delovnih izkušenj] (Chapus, 1996, str. 408).

361 Prvi cenzorat je bil ustanovljen za časa dinastije Qin (221–207 pr.n.št.). Za časa dinastije Ming (1368–1644) je bil cenzorat ena izmed vej centralne birokracije skupaj s šestimi ministrstvi in petimi vojaškimi komisijami. Podrejen je bil neposredno cesarju in je predstavljal njegova "ušesa in očesa". 'Usmerjen je bil predvsem v nadzor nad aktivnostmi države in v odkrivanje nepravilnosti s strani vladnega osebja z namenom odprave njihove nesposobnosti in arbitrarnosti, z namenom uveljavljanja prevladujoče politične doktrine' (Hucker, 1951).

362 Na to kaže tudi besedni izbor besede "kontrola": lat. "*contra* – (proti) *rotulus* – (kolo)"; izvor dobi v srednjeveških dvojnih registrih oz. dvojnem knjigovodstvu. <http://www.etymonline.com/index.php?term=control>

teres ali druge vnaprej določne kazalce).³⁶³ Inšpekcijski organi uporabljajo metodologijo na različne (ne/poenotene) načine. Vloga inšpekcij je različna, če jih obravnavamo kot preventivne (pro-aktivne), kurativne (reaktivne), kot del licenciranja in drugih postopkov za izdajo dovoljenj, za zbiranje in preverjanje podatkov, z vidika planiranja nujnih varnostnih ukrepov, za preverjanje pravilnosti poročanja s strani reguliranih dejavnosti, kot tehnične preglede ali kot reakcijo na informacije s strani javnosti oz. drugih deležnikov.³⁶⁴ Razlogi za izvajanje pregledov so neposredno povezani z vnaprej določenimi kriteriji (npr. stopnja tveganja, nacionalne prioritete, kvaliteta izvajane dejavnosti, občutljivost na kršitve, vpliv na okolico, državljane ali uporabnike storitev, pretekle kršitve, ne/obstoj posebnih poročil o izvajanju dejavnosti ponudnikov, njihova samo-evalvacija, pridobljeni dodatni certifikati s strani drugih institucij ali profesionalnih združenj ipd.) ki omogočajo usmerjen pregled na določene dejavnosti oz. njihova področja.

20.1.2.1.1 Umestitev inšpekcij

Inšpektorati delujejo kot organi v sestavi ministrstev; Zakon o državni upravi tega sicer neposredno ne določa, saj v 21. členu napotuje na ustanovitev organ v sestavi 'za izvajanje specializiranih strokovnih nalog, izvršilnih in razvojnih upravnih nalog, nalog *inšpekcijskega* in drugega nadzora in nalog na področju javnih služb', če je to potrebno 'v večjem obsegu, če se s tem zagotovi večja učinkovitost in kakovost pri opravljanju nalog, ali če je zaradi narave nalog ali delovnega področja potrebno zagotoviti večjo stopnjo samostojnosti pri opravljanju omenjenih nalog'. Za posamezno vrsto dejavnosti torej ne vemo, ali se bo izvajala v organu v sestavi zato, ker bo šlo za večji obseg, za večjo učinkovitost, za večjo kakovost ali za večjo samostojnost. Glede na to, da je načelo samostojnosti prvo temeljno načelo v Zakonu o inšpekcijskem nadzoru (ZIN) je očitno zaradi narave represivnih ukrepov največja potreba po samostojnosti in neodvisnosti pri inšpekcijskem delu od vsakokratne politične oblasti privedla do tega, da je ZIN ustanavljanje inšpektoratov v organih v sestavi ministrstev neposredno uzakonil.³⁶⁵ Ob tem prvenstvenem izhodišču pa je v tretjem odstavku 8. člena določil tudi, da 'lahko izjemoma inšpekcija deluje v organu v sestavi ministrstva, ki ni inšpektorat, oziroma v drugem organu, če tako določa poseben zakon ali uredba'. Pri oblikovanju organizacijske strukture je umestitev inšpekcije odvisna od narave dejavnosti, njenih posebnosti, poudarku na kakovosti, uspešnosti, učinkovitosti, samostojnosti, neodvisnosti oz. obsega dejavnosti. Ob tem lahko

363 Določanje prioritet in metodologija načrtovanja je več kot potreben pristop za povečanje učinkovitosti in uspešnosti inšpekcij s ciljnim določanjem kršiteljev predpisov povezanih z visoko stopnjo tveganja. Glej npr. *Improving the Effectiveness and Efficiency of Environmental Inspections: Risk-based Prioritisation and Planning in Moldova*, OECD, 2010.

364 Glej npr. Reference Handbook on Environmental Compliance and Enforcement in the Mediterranean Region, UNEP 2004.

365 S tem je sledil praksi, ki se je uveljavila z Zakonom o državni upravi iz leta 1956 (Ur. l. FLRJ, št. 13/56).

ugotovimo, da ZIN omogoča dovolj široko polje ustanavljanja inšpektoratov glede na njihove posebnosti in področja delovanja. Kot rečeno naj bi bila narava samostojnosti in neodvisnosti pred političnimi vplivi prvenstveni razlog pri ustanavljanju inšpektoratov; če je temu tako se lahko postavi vprašanje umestitve inšpektoratov tudi v okvir agencij, saj ZDU omogoča ustanovitev slednjih prav zaradi razloga (enega od dveh) 'nepotrebnosti oz. neprimernosti stalnega neposrednega političnega nadzora nad opravljanjem nalog, če glede na naravo oziroma vrsto nalog ni potreben ali ni primeren' (prvi odstavek 15. člena). V RS poznamo več vrst inšpektoratov in inšpekcijskih služb,³⁶⁶ katerih naloge so od sprejema ZIN dalje koordinirane prek Inšpekcijskega sveta, ki ga vodi minister, pristojen za upravo.

Pomisleki glede slovenske umeščenosti inšpekcij, ki je po svoji naravi represivni organ, v organ v sestavi, ki ni inšpektorat, še posebej pa glede njihove umestitve v drug organ so vredni razmisleka pri preučevanju njihove organiziranosti. Vprašanje umestitve inšpekcij kamorkoli drugam kot v ministrstvo, kjer bi njihova umestitev v druge organe pomenila združevanje upravnih in inšpekcijskih nalog, je bilo npr. za Zakonodajno-pravno službo DZ RS ob obravnavi predloga ZIN-A,³⁶⁷ neumestno. Kljub temu obstaja tak primer združevanja npr. pri Agenciji za pošto in elektronske komunikacije RS, pri Informacijskem pooblaščenca in Komisiji za preprečevanje korupcije. Kot je razvidno iz Zakona o državni upravi in iz Zakona o javnih agencijah, kakor tudi iz značilnosti zgoraj omenjenih organov, gre za posebne organe, kjer je neodvisnost in samostojnost (dodali bi lahko seveda tudi strokovnost) njihovega dela še bolj poudarjena kot je to pri (inšpektoratih, ki delujejo kot) organi v sestavi ministrstev.

Prenos inšpekcijskih nalog na neodvisne agencije bi bil lahko upravičen na osnovi njihove večje strokovnosti in učinkovitosti; Majone (sicer ne neposredno glede tovrstnih nalog) npr. trdi, da bi bila 'delegacija pristojnosti na neodvisne regulatorne agencije opravičljiva vedno, kadar bi šlo za zadeve učinkovitosti, tj. povsod, kjer bi bile rešitve zmožne izboljšati pogoje za vse ali skoraj vse posameznike v družbi' (Majone, 1996, str. 5). Možnost izrekanja s strani neodvisnih agencij postaja vse širša praksa, ki jo poznajo v več (predvsem anglosaških) državah. Zadnji iz vrste takšnih primerov je kanadski Odbor za energijo, ki bo lahko po ameriškem zgledu (vse od primera *Oceanic Steam Navigation Co. v. Stranahan*, 214 U.S. 320 iz leta 1909³⁶⁸), začel izrekat administrativne kazni (ang. *administrative monetary penalties*) z julijem 2013. V Franciji je Ustavni svet šele nedavno dopustil možnost izrekanja sankcij s strani neodvisnih agencij,³⁶⁹ ki pa jo je že nekaj mesecev kasneje celo poglobil; delegacija

366 Seznam inšpektoratov in inšpekcijskih služb je dostopen na <http://e-uprava.gov.si/e-uprava/inspektorji/>.

367 Takšno mnenje takratnega Sekretariata za zakonodajo in pravne zadeve DZ RS je bilo sicer pristno že ob samem sprejemanju predloga ZIN (glej mnenje št. 103-01/01-2/1 EPA 242-III z dne 12. 7. 2001).

368 Že leta 1971 je 13 neodvisnih agencij (skupaj s 7 ministrstvi) zbralo več kot 10 milijonov dolarjev v več kot 15.000 primerih. <http://www.law.fsu.edu/library/admin/acus/305726.html>

369 Audiovisual High Counsel case (odločitev št. 88-248 DC iz 17. januarja 1989).

tovrstne pristojnosti je veljavna za vsako javno agencijo, ki izvaja javna pooblastila (fr. *puissance publique*),³⁷⁰ če so pooblastila takšna, da ne pride do odvzema prostosti in če parlament poskrbi za učinkovito varovanje temeljnih človekovih pravic.

Ameriška ureditev načelo neodvisnosti (ki se ga poudarja pri neodvisnih agencijah) jemlje zelo resno celo pri odločanju v upravnih postopkih znotraj izvršne veje, ki jih ločuje od izvajanja drugih pristojnosti v upravnem postopku. Neodvisnost "rešuje" na način, da so uradne osebe, ki odločajo v upravnem postopku (t. i. administrative law judge) v celoti ločene od oseb, ki izvajajo preiskovalna dejanja ali dejanja pregona (ang. *investigative or prosecuting functions*), čeprav so zaposlene v istem upravnem organu, vendar neodvisno od njegovega vodstva. Imenovani so s strani centralnega Urada za upravljanje kadrov (*the Office of Personnel Management*), ki jim tudi določa plačo in jim lahko tudi edini odpove delovno razmerje (Breyer in ostali, 2006, str. 713), ne pa s strani predstojnika tega organa. Slovenska organiziranost in koordinacija inšpekcij je sicer podobna ameriški ureditvi po Inspector General Act of 1978, kjer so inšpekcije organizirane v okviru vsakega ministrstva (kot neodvisni organi v sestavi). Inšpektorat vodi generalni inšpektor (ki ga imenuje predsednik ZDA), ki je za svoje delo odgovoren ministru ali njemu neposredno podrejeni prvi osebi (v RS bi bil to državni sekretar), ki izvaja splošni nadzor nad delom inšpektorata, vse do Inspector General Reform Act 2008, ko je bilo ustanovljeno *neodvisno* telo v okviru izvršilne veje z imenom Svet generalnih inšpektorjev za integriteto in učinkovitost (ang. *Council of the Inspectors General on Integrity and Efficiency*), ki skrbi za integriteto, gospodarnost in učinkovitost glede vprašanj, ki presegajo posamezne državne organe in za povečanje strokovnosti in učinkovitosti osebja z razvojem politik, standardov in pristopov za pomoč pri vzpostavitvi dobro usposobljene in visoko usposobljene delovne sile v uradih generalnih inšpektorjev. V okviru Sveta deluje tudi Komisija za integriteto, ki prejema, pregleduje, preiskuje in odgovarja za domnevne nepravilnosti, prijavljene zoper posamezne generalne inšpektorje ali njegovo osebje. Svetu predseduje generalni inšpektor, ki ga izmed sebe izvolijo generalni inšpektorji.³⁷¹ Potrebo po enotnem nacionalnem inšpekcijskem organu izraža tudi npr. tudi The Report of the Independent Review of Regulation, Audit, Inspection and Complaints Handling of Public Services in Scotland (The Crerar Review) iz leta 2007. Ameriška komisija za integriteto je npr. v letu 2012 do septembra objavila

³⁷⁰ Commission des operations de bourse (odločitev št. 89-260 DC iz 28. julija 1989).

³⁷¹ Temu Svetu (brez organizacijske oblike) je bil podoben *bivši* slovenski Inšpekcijski svet kot stalno medresorsko delovno telo po Zakonu o inšpekcijskem nadzoru (Ur. l. RS, št. 56/02), do sprejema ZIN-A (Ur. l. RS, št. 26/07), ko je vodenje Inšpekcijskega sveta prevzel minister, pristojen za upravo, ali oseba, ki jo minister pooblasti. Ali je dosedanja ureditev kaj boljša od prejšnje, lahko dejansko odgovorijo le posamezne inšpekcije. Dejstvo, da je bil Inšpekcijski svet leta 2010 sklican vsega dvakrat (Letno poročilo Inšpekcijskega sveta za leto 2010, str. 4) in da v trenutku pisanja tega prispevka (oktober 2012) še ni narejenega letnega poročila za leto 2011, pa tudi pove nekaj ...

17 dokumentov oz. sporočil,³⁷² kar ne moremo niti približno reči za delo našega Inšpekcijskega sveta.³⁷³

Odločitev za enoten inšpektorat ali za njihovo delo kot organi v sestavi ministrstev v prvi vrsti ni toliko organizacijsko kot *vsebinsko* vprašanje (če ne celo vprašanje konkretnih posameznikov na tem področju): pomemben je nenehen pretok informacij, koordinacija, spremljanje stanja, usmerjanje in izvedbe potrebnih ukrepov. Šele odgovori na ta vprašanja lahko nakažejo najprimernejšo organizacijsko obliko. Nedvomno je imel že prof. dr. Vavpetič prav, ko je zagovarjal idejo, da mora potekati obravnava vprašanj v zvezi z nadzornimi funkcijami prav ob Izvršnem svetu (vladi op.), saj je le ta odgovoren za stanje na področjih, za katera je odgovoren (Vavpetič, 1972). Glede na določbo 4. člena³⁷⁴ Zakona o Vladi RS to velja še danes, kar daje aktivnosti Odbora Vlade RS za državno ureditev in javne zadeve in Odbora DZ za pravosodje, javno upravo in lokalno samoupravo, še poseben pomen na področju inšpekcijskega delovanja (za slednjega kot enega izmed delovnih teles državnega zbora, ki izvaja nadzor nad delom vlade, še toliko bolj³⁷⁵). Odločitev torej za inšpekcijo v organu v sestavi ministrstva ali v kakšni drugi možnosti (npr. javna agencija) ni mogoče utemeljevati iz predpisov ali abstraktne narave o potencialni možnosti vplivanja; za odgovor bi morali vpogledati v prakso in glede potrebne samostojnosti in neodvisnosti "brez dlake na jeziku" dobiti odgovor predvsem od inšpektorjev samih: ali to političnih vplivanj prihaja oz. ali se jim lahko uprejo?

Organizacija inšpekcij kot organov v sestavi ministrstev zagotavlja inšpekcijam določeno samostojnost in doslednejše upravljanje s kadrovske in finančnimi viri. ZIN opredeljuje inšpekcijski nadzor kot nadzor, ki ga opravlja državna uprava nad izvajanjem zakonov oz. drugih predpisov. Inšpektorji kot uradne osebe s posebnimi pooblastili in odgovornostmi izvršujejo inšpekcijski nadzor. Pri opravljanju nalog inšpekcijskega nadzora so inšpektorji v okviru svojih pooblastil samostojni. ZIN ureja splošna načela inšpekcijskega nadzora ter položaj, pravice in dolžnosti inšpektorjev, njihova pooblastila, postopek inšpekcijskega nadzora, njihovo organizacijo ter inšpekcijske ukrepe.

372 <http://www.ignet.gov/new1.html>

373 Le-ta se je v letu 2010 sestal (le) 2 x, v letu 2009 pa 3 x. Letno poročilo Inšpekcijskega sveta za leto 2009 in za leto 2010. http://www.mju.gov.si/si/delovna_podrocja/inspekcijski_svet/.

374 Vlada je odgovorna Državnemu zboru za politiko države, ki jo vodi, in za razmere na vseh področjih iz pristojnosti države; odgovorna je tudi za izvajanje zakonov in drugih predpisov Državnega zbora ter za celotno delovanje državne uprave. Za vlado so skupno odgovorni vsi njeni člani, za delo posameznega ministrstva pa pristojni minister.

375 Mogoče se bo v prihodnosti izkazala – do sedaj – utopična Hayekova ideja o dveh parlamentih (prvi skrbi za nalogo sprejemanja splošnih pravil o pravičnem ravnanju, drugi pa ima nalogo nadzora nad delom vlade) voljenih po drugačnih pravilih in mandatni dobi, zanimiva za ponoven razmislek? (gl. Hayek, 1983, str. 111).

20.1.2.1.2 Temeljna načela delovanja inšpekcijskih služb

Načelo samostojnosti in načelo odgovornosti – inšpektorji so po ZIN pri opravljanju inšpekcijskega nadzora samostojni. Delo morajo opravljati samostojno, odgovorno ter v skladu z zakonom. Sami ugotavljajo kršitve ter izdajajo odločbe. Pri svojem delu niso vezani na navodila drugih organov. Takšen položaj omogoča nepristransko ter učinkovito izvrševanje pooblastil. *Načelo varstva javnega interesa in varstva zasebnih interesov* – inšpektorji opravljajo svoja delo z namenom varovanja javnega interesa ter varovanja interesa pravnih in fizičnih oseb, ki so bile s kršitvijo zakona ali drugih predpisov prizadete (5. člen ZIN). V postopku morajo inšpektorji omogočiti strankam, da čim lažje zavarujejo svoje pravice ter skrbeti za to, da stranke ne uveljavljajo pravic v nasprotju z javno koristjo oz. v škodo drugih ljudi. *Načelo javnosti* – inšpektorji morajo obveščati javnost o svojih ugotovitvah ter ukrepih, če je to potrebno, da se zavarujejo pravice pravnih ali fizičnih oseb. Tako je omogočen neposreden stik med delovanjem inšpekcij in interesom javnosti. *Načelo sorazmernosti* – inšpektorji morajo svoje naloge opravljati tako, da pri izvrševanju svojih pooblastil posegajo v delovanje pravnih ali fizičnih oseb le v obsegu, ki je nujen za zagotovitev kvalitetnega inšpekcijskega nadzora. Teža ukrepa oz. kazni, ki jo inšpektor izreče mora biti sorazmerna s težo kršitve. Pri določitvi roka za odpravo nepravilnosti mora inšpektor upoštevati različne okoliščine, ki so v posameznem primeru pomembne.

20.1.2.1.3 Pristojnosti in pooblastila inšpektorjev

Inšpektor samostojno opravlja naloge inšpekcijskega nadzora, vodi upravni postopek ter izdaja odločbe in sklepe v upravnem postopku. Pooblastilo za opravljanje nalog inšpekcijskega nadzora inšpektor izkaže s službeno izkaznico ali značko, ki jo izda minister pristojen za področje, na katerem deluje inšpekcija, v soglasju z ministrom, pristojnim za upravo. V ZIN so opredeljena pooblastila inšpektorja pri opravljanju nalog inšpekcijskega nadzora s katerimi ima pravico:

- pregledati prostore, objekte, naprave, delovna sredstva, predmete, blago, snovi, poslovne knjige, pogodbe, listine in druge dokumente ter poslovanje in dokumentacijo državnih organov, gospodarskih družb, zavodov, drugih organizacij in skupnosti ter zasebnikov
- pregledati poslovne knjige, listine in pogodbe in druge dokumente ter poslovanje in dokumentacijo, kadar se vodijo in hranijo na elektronskem mediju ter zahtevati izdelavo njihove pisne oblike
- zaslišati stranke in priče v upravnem postopku
- pregledati listine s katerimi lahko ugotovi istovetnost oseb

- brezplačno pridobiti in uporabljati osebne in druge podatke iz uradnih evidenc in drugih zbirk podatkov, ki se nanašajo na zavezanca in ki so potrebni za izvedbo inšpekcijskega nadzora
- brezplačno vzeti vzorce blaga in opraviti analize
- brezplačno vzeti vzorce materialov in opreme za potrebe preiskav
- fotografirati ali posneti podatke oseb, prostorov, objektov ter druge predmete
- reproducirati listine, avdiovizualne zapise in druge dokumente
- zaseči predmete, dokumente in vzorce v zavarovanje dokazov
- opraviti druga dejanja, ki so v skladu z namenom inšpekcijskega nadzora

Pri opravljanju nalog lahko inšpektor največ za 15 dni odvzame dokumentacijo, ki jo potrebuje za obravnavanje dejanskega stanja v določeni zadevi, če meni da obstaja utemeljen sum kršitve zakona. Inšpektor ima pravico brez predhodnega obvestila in dovoljena zavezanca pravico vstopiti v poslovne prostore in objekte, k opremi in napravam zavezanca, ne glede na delovni čas, medtem ko si mora za vstop v stanovanje pridobiti sodno odredbo.

20.1.2.1.4 Ukrepi inšpektorjev

Inšpektorji imajo pri svojem delu na voljo številne ukrepe, s katerimi si lahko pomagajo pri svojem delu in jim tako omogočajo avtoriteto. Če inšpektor pri opravljanju svojega dela ugotovi, da je kršen zakon ali kakšen drug predpis, katerega izvajanje nadzoruje, ima pravico, hkrati pa tudi dolžnost:

- odrediti ukrepe za odpravo nepravilnosti in pomanjkljivosti v roku, ki ga določi sam
- izvesti postopke v skladu z zakonom o prekrških
- podati kazensko ovadbo za kaznivo dejanje, ki se ga preganja po uradni dolžnosti
- predlagati pristojnemu organu sprejem ukrepov
- odrediti druge ukrepe in dejanja za katere je pooblaščen z zakonom ali drugim predpisom

Če si je zavezanec s storitvijo kaznivega dejanja ali prekrška pridobil premoženjsko korist, inšpektor pristojnemu organu predlaga njen odvzem.

Preventivni ukrepi inšpektorjev ter opozorila – inšpekcije s ciljem preventivnega ukrepanja odgovarjajo na pisna vprašanja posameznikov, podjetij ter institucij. Prav tako preko medijev obveščajo javnost o ugotovljenih nepravilnostih ter o posledicah kršitev zakonov in drugih predpisov. Če inšpektor odkrije nepravilnosti in oceni, da je opozorilo zadosten ukrep, ima pravico, da najprej le ustno opozori na nepravilno-

sti ter na njihove posledice in določi rok za odpravo le teh. Svoje ugotovitve, izrečeno opozorilo ter rok za odpravo navede v zapisniku. Če nepravilnosti niso odpravljene v določenem roku pa je inšpektor dolžan izreči druge ukrepe v skladu z zakonom.

Posebni ukrepi inšpektorjev – če zavezanec v roku, ki ga določi inšpektor ne odpravi ugotovljenih nepravilnosti in pomanjkljivosti lahko inšpektor z odločbo začasno prepove opravljanje dejavnosti oz. odvzame predmete ali dokumentacijo, ki jo zavezanec uporablja za kršitve ali so s kršitvami nastali. Prav tako lahko inšpektor z odločbo začasno prepove opravljanje dejavnosti ne da bi prej določil rok za odpravo nepravilnosti, če je prisotna neposredna nevarnost za življenje ali zdravje ljudi, živali ali za nastanek škode v naravnem oz. življenjskem okolju in na premoženju.

Ukrepi, povezani s prepovedjo opravljanja dejavnosti – inšpektorju ti ukrepi omogočajo, da na podlagi ugotovljenih kršitev in nepravilnosti odredi zapečatenje poslovnih ali proizvodnih prostorov, objektov, v katerih se opravlja dejavnost oz. delovnih sredstev s katero se opravlja dejavnost. Inšpektor je dolžan poskrbeti, da so tretje osebe na ustrezen način obveščene o ugotovljenih nepravilnostih.

Ukrepi za varovanje pravic drugih oseb – če inšpektor pri opravljanju nalog inšpekcijskega nadzora ugotovi, da je zavezanec storil kršitev zakona ali drugih predpisov, ki posega v pravice ali pravne koristi drugih pravnih oz. fizičnih oseb, je dolžan te osebe na njihovo zahtevo seznaniti s svojimi ugotovitvami, izrečenimi ukrepi in drugimi podatki, potrebnimi za uveljavljanje pravic prizadetih oseb.

20.1.3 Nadzor nad lokalno samoupravo

V okviru nadzora ministrstev nad zakonitostjo aktov iz pristojnosti lokalnih skupnosti mora ministrstvo opozoriti organ lokalne skupnosti, ki je izdal akt, za katerega meni, da ni v skladu z ustavo in zakonom, mu predlagati ustrezne rešitve in določiti rok, v katerem mora organ lokalne skupnosti sporen akt uskladiti, v primeru neupoštevanja pa mora ministrstvo predlagati vladi, da zahteva začetek postopka pred ustavnim sodiščem za oceno skladnosti predpisa lokalne skupnosti z ustavo oziroma zakonom.

Pri prenesenih nalogah iz državne pristojnosti o pritožbi zoper posamične akte, ki jih izdajajo organi LS, odloča pristojno ministrstvo. Pri prenesenih nalogah opravljajo pristojna ministrstva tudi nadzorstvo nad primernostjo in strokovnostjo njihovega dela. V takih primerih lahko dajo obvezno navodilo za organizacijo služb in sistemizacijo delovnih mest za opravljanje teh nalog ter obvezna navodila za opravljanje nalog iz državne pristojnosti. Pristojno ministrstvo si zagotavlja pregled nad delom organov LS pri izvrševanju nalog iz državne pristojnosti; v ta namen zahteva od organov lokalnih skupnosti poročila, obvestila, mnenja in podatke ter njihovo obvezno sodelovanje. Upravna enota mora opozoriti pristojno ministrstvo, če ugotovi, da or-

gani LS pri opravljanju nalog iz pristojnosti LS ravnajo nezakonito. Upravna enota mora prav tako opozoriti pristojno ministrstvo, če ugotovi, da organi LS pri nalogah iz državne pristojnosti, ki so prenesene na LS, ravnajo neprimerno in nestrokovno.

20.1.4 Posebne oblike kontrole uprave

Posebne oblike kontrole uprave se nanašajo na varuha človekovih pravic, državno tožilstvo, zastopnika javnega interesa, Komisijo za preprečevanje korupcije, Računsko sodišče in Informacijskega pooblaščenca. Kot posebno obliko kontrole uprave bi lahko šteli tudi posredni nadzor nad delom javne uprave, ki predstavlja pravico javnosti do dostopa do informacij javnega značaja in udeležbe javnosti pri delu oziroma sejah organov.

20.1.4.1 Varuh človekovih pravic

Korenine institucije ombudsmana segajo v leto 1713, ko so na Švedskem ustanovili kraljevega poverjenika oziroma kanclerja pravic (*Justitiekansler*), ki je bil zadolžen za nadzor nad javnimi uslužbenci. Kasneje, leta 1809 je Švedska z ustavo dobila “prvega pravega ombudsmana”³⁷⁶ kot poseben organ parlamenta, pristojen za nadzor nad delom celotne uprave (Justitieombudsman). Za formalni začetek institucije ombudsmana štejemo leto 1809, ko je bil ustanovljen “predstavnik za pravičnost” (ombudsman for justice);

Varuh človekovih pravic v RS je samostojna, od državnih inštitucij neodvisna ustanova, ki bdi nad tem ali državni organi, organi lokalne samouprave in nosilci javnih pooblastil, ki naj bi pri svojem delu spoštovali pravice posameznikov in skupin. Institucija varuha človekovih pravic je bila v naš sistem vpeljana z novo Ustavo Republike Slovenije decembra leta 1991. Varuha človekovih pravic v slovenski Ustavi opredeljuje 159. člen, ki določa, da se za varovanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin v razmerju do državnih organov, organov lokalne samouprave in nosilcev javnih pooblastil z zakonom določi varuha pravic državljanov. Vendar pa pri razvoju

³⁷⁶ Varuh človekovih pravic je namreč na splošno znan kot ombudsman (ombud=agent, pooblaščenec od 1697; odvetnik državljanov). Zanimiv je zgodovinski razvoj ombudsmana od leta 1809, ko je bil ustanovljen kot posebni tožilec švedskega parlamenta z nalogo, da nadzira in v primeru ugotovljenih nepravilnosti, disciplinsko ali kazensko obtoži državne uradnike, poklicne vojake in sodnike. Prvi švedski varuh človekovih pravic in parlament sta si razdelila delo pri nadzoru izvršilne in sodne veje oblasti tako, da je parlament neposredno nadziral vlado in ministre, varuh človekovih pravic pa vse nižje državne uslužbenke in tudi sodnike. V praksi pa sta švedski varuh človekovih pravic in po letu 1919 tudi finski, ki mu je sledil, čedalje manj obtoževala in uporabljala svoje disciplinske pristojnosti, vedno bolj pa sta dajala mnenja in priporočila parlamentu, kako naj se odpravijo nepravilnosti in izboljša delo državne uprave. Ohranila pa sta svoja široka pooblastila glede dostopa do vseh podatkov in informacij in za izvedbo svojih preiskav. Pristojna oziroma pooblaščenca sta tudi za opravljanje rednih pregledov posameznih državnih institucij, kot so zapori, bolnišnice, inšpekcije in upravne enote. Svoje predloge utemeljujeta predvsem formalno, na podlagi predpisov. Danska je leta 1955 ta model povzela s tem, da je iz pristojnosti varuh človekovih pravic izzvela delo sodnikov. Ta model varuha človekovih pravic se je nato zelo hitro razširil po vsej Evropi. Kvas, Bojana. Varuh človekovih pravic (ombudsman) – smeri razvoja v Sloveniji. Magistrsko delo. Ljubljana, 2009, str. 16.

te institucije ne gre spregledati vloge, ki jo je imel predhodnik varuha Svet za varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ki je bil ustanovljen leta 1988, v času, ko se je v Sloveniji poglobljala zavest o vlogi in pomembnosti človekovih pravic. Torej lahko rečemo, da se Varuh ukvarja z varovanjem pravic posameznika do države in njenih ustanov Ustava RS, 159. člen: za varovanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin v razmerju do državnih organov, organov lokalne samouprave in nosilcev javnih pooblastil z zakonom določi varuh pravic državljanov.³⁷⁷ Do leta 2001 je bila institucija ombudsmana prisotna že v približno 110 državah sveta.

V okviru pristojnosti varuh lahko kršitelja opozori, da kršitev popravi oziroma odpravi storjeno nepravilnost ali predlaga povrnitev škode; v imenu in s pooblastilom stranke na ustavno sodišče vložiti zahtevo za oceno ustavnosti in zakonitosti določenih predpisov ali aktov ali pa posreduje ustavno pritožbo zaradi kršenja pravic; vladi ali parlamentu lahko daje pobude za spremembo zakonov in drugih predpisov; predlaga organom, ki sodijo v njegovo pristojnost, da izboljšajo svoje poslovanje in odnose s strankami. Vsakomur lahko posreduje svoje mnenje o nekem primeru, ki je povezan s kršenjem pravic in svoboščin. Pri tem ni pomembno, kakšne vrste je postopek, niti v kateri fazi obravnave je pred določenim organom; prav tako skrbi za izvajanje *načela dobrega upravljanja*, ki predstavlja kakršnokoli neprimerno, nesmotrno ali nepotrebno ravnanje organov javne oblasti.

Evropski varuh človekovih pravic preiskuje pritožbe v zvezi z nepravilnostmi v institucijah in organih Evropske unije (EU). Je popolnoma neodvisen in nepristranski ter lahko sproži preiskave na lastno pobudo. Nepravilnost pomeni nezadostno ali nepravilno upravljanje. Do nepravilnosti pride, če institucija ne deluje v skladu z zakonom, ne spoštuje načel dobrega upravljanja ali krši človekove pravice. Vrste nepravilnosti se nanašajo na upravne nepravilnosti, nepravilnost, diskriminacijo, zlorabo pooblastil, molk organa, zavračanje posredovanja podatkov in nepotrebno zamudo. Varuh človekovih pravic ne more preiskovati pritožb zoper nacionalne, regionalne ali lokalne organe oblasti držav članic, tudi če se pritožbe nanašajo na zadeve EU (primeri tovrstnih organov oblasti so vladne službe, državni uradi in lokalni sveti); dejavnosti nacionalnih sodišč ali varuhov človekovih pravic (Evropski varuh človekovih pravic ni pritožbeni organ zoper odločitve teh pravnih ali fizičnih oseb); ter pritožb zoper podjetja ali posameznike. Varuh človekovih pravic obravnava veliko pogodbenih sporov, ki so povezani s postopki nagrajevanja, pa tudi s postopki naknadnega izvajanja in plačila. Ko varuh človekovih pravic predstavi težavo institucijam in organom EU, si ti konstruktivno prizadevajo za rešitev spora ter se pogosto strinjajo s plačilom nadomestila, v nekaterih primerih tudi s plačilom obresti. Temeljne pravice, za katere lahko upravičeno pričakujete, da jih bodo institucije in organi EU spoštovali,

³⁷⁷ <http://www.varuh-rs.si/>

so navedene v *Listini o temeljnih pravicah Evropske unije*. Varuh človekovih pravic dejavno zagotavlja upoštevanje Listine v institucijah EU in poudarja, da se vsako nje-
no neupoštevanje obravnava kot nepravilnost. Varuh človekovih pravic institucije
spodbuja, da v praksi dokažejo, da pri vsakodnevnem delu spoštujejo Listino, in jih
nenehno opozarja na obljube, ki so jih dale evropskim državljanom. Evropski varuh
človekovih pravic si prizadeva za pospeševanje subsidiarnosti pravnih sredstev na
vseh področjih, kjer se uporabljajo postopki za ugotavljanje kršitev. Veliko truda je
vložil predvsem v krepitev vloge varuhov človekovih pravic pri nadzorovanju izva-
janja zakonodaje EU. Varuhi človekovih pravic v državah članicah lahko pomagajo
rešiti težave, s katerimi se soočajo državljani, ko njihove nacionalne, regionalne ali
lokalne uprave zakonodaje EU ne izvajajo pravilno.³⁷⁸

20.1.4.2 Državno tožilstvo

Državno tožilstvo je državni organ, ki vlaga in zastopa kazenske obtožbe pred sodi-
šči. Preganja storilce kaznivih dejanj ter opravlja druge naloge po posebnih zakonih.
Po zakonu o splošnem upravnem postopku je državni tožilec (DT) upravičen za za-
stopanje javne koristi, zato lahko enako kot stranka:

- A. sodeluje v postopku,
- B. vložijo pritožbo zoper odločbo upravnega organa,
- C. vložijo predlog za obnovo postopka,
- D. poda predlog za odpravo oziroma razveljavitev odločbe po nadzorstveni
pravici in
- E. predlaga izrek odločbe za ničnega.
- F. na podlagi Zakona o društvih lahko DT vložijo tožbo za prepoved delovanja
društva pri Upravnem sodišču RS, če oceni, da društvo izvaja prepovedano
dejavnost
- G. na podlagi Zakona o verski svobodi lahko DT vložijo tožbo za prepoved delo-
vanja verske skupnosti, če oceni, da cerkev ali druga verska skupnost izvaja
prepovedano dejavnost,
- H. na podlagi Zakona o ugotavljanju vzajemnosti je DT upravičen vložiti tožbo
zoper odločbo ministrstva za pravosodje o ugotovitvi vzajemnosti v zvezi z
vlogami tujih državljanov za pridobitev lastninske pravice na nepremični-
nah na ozemlju RS pri Upravnem sodišču RS.

DT samo ugotavlja, da je vloga DT v okviru upravnih pristojnosti dejansko – kljub
formalnim pristojnostim – dokaj omejena.³⁷⁹ Rok za pritožbo po ZUP je vezan na

³⁷⁸ <http://www.ombudsman.europa.eu/sl/home.faces>

³⁷⁹ Tako je v Poročilu o delu Vrhovnega državnega tožilstva za leto 2010 navedeno: „[n]a področju upravnih
pristojnosti ocenjujemo, da so številne spremembe ZUP in Zakona o upravnem sporu pripeljale do povsem
nesistemske ureditve položaja oziroma vloge državnega tožilca v upravnem postopku. Tako slednji v

datum vročitve stranke, ki ima navadno na voljo 15 dnevni pritožbeni rok. Zakon ne govori o tem, da bi bilo treba odločbe hkrati s pošiljanjem stranki v postopku pošiljati tudi državnemu tožilstvu, kar pomeni, da je vložitev pritožbe s strani tožilstva znatno otežena.

20.1.4.3 Zastopnik javnega interesa

Zakon o upravnem sporu v 18. členu določa, da je zastopnik javnega interesa v upravnem sporu državno odvetništvo (DO). Na zahtevo vlade v posamezni zadevi mora DP vložiti tožbo zaradi kršitve zakona v škodo javnega interesa. DP je lahko 1) zastopnik stranke ali 2) tožnik v varovanju javnega interesa. Ker je RS kot pravna oseba lahko stranka v upravnem sporu kot nosilec pravic, obveznosti in pravnih koristi, je lahko tudi tožnik v upravnem sporu, če je bilo z dokončnim upravnim aktom poseženo v njen pravni položaj.

Postopek v upravnem sporu poteka pred upravnim sodiščem; RS kot tožnika v upravnem sporu zastopa DO kot zakoniti zastopnik glede na generalno določbo ZDPra. Pomemben je tudi položaj zastopanja toženca, ki je po zakonu lahko le država, lokalna skupnost oz. druga pravna oseba, ki je izdala dokončen upravni akt, kar pomeni, da zakon toženca izrecno opredeljuje kot pravno osebo. Toženca v upravnem sporu zastopa organ, ki je izdal akt, s katerim je bil postopek odločanja končan, razen v primeru tožbe zoper državo, če vlada za zastopnika ne določi drugega organa države. V primeru tožbe zoper državo jo praviloma zastopa ministrstvo, ki je izdalo dokončen upravni akt, razen, če vlada ne določi drugega organa, ki je lahko tudi DP.

DO je zastopnik javnega interesa (JI), ko oceni obstoj kršitve zakona v škodo JI v konkretnem primeru, in kot stranka lahko vloži tožbo zoper upravni akt, na katerega se obstoj zatrjevane kršitve nanaša. V skladu z zakonsko določbo lahko Vlada RS, ne glede na oceno DO, le-temu odredi, da v posamezni zadevi vloži tožbo, če oceni, da je to potrebno zaradi zaščite JI. DO je v tem primeru vezano na odredbo Vlade in mora vložiti tožbo v 30 dneh od vročitve upravnega akta, s katerim je bil postop-

upravnem postopku (po nepotrebnem) ohranja celo pristojnosti v zvezi z rednimi pravnimi sredstvi ter določenimi izrednimi pravnimi sredstvi skupaj z državnim pravobranilcem, po drugi strani pa mu je bila odvzeta pristojnost vlaganja zahtev za varstvo zakonitosti zaradi kršitve zakona v škodo javnega interesa zoper pravnomočne sodne odločbe v upravnem sporu, torej vloga, ki je bila po naši oceni edina sistemska in smotrna. Veseli bomo, če bo zakonodajalec našim pripombam prisluhnil in pristopil k novi sistemski ureditvi položaja državnega tožilca v upravnih postopkih'. Tudi Poročilo za leto 2012 izkazuje omejeno vlogo DT: na upravnem področju je DT izmed 10 prejetih zadev vsebinsko obravnavalo 5 zadev, vendar brez intervencije. Ukrepanja DT na podlagi ZDru-1 za prepoved delovanja društva v letu 2012 ni bilo. Pregledali so 69 odločb Ministrstva za pravosodje in javno upravo RS o ugotavljanju vzajemnosti, vendar nepravilnosti niso bile ugotovljene. Civilno upravni oddelek ponovno opozori na nesistemske ureditve vloge in pristojnosti, ki jih ima DT na področju upravnega prava. Upravičenje DT za vlaganje procesnih aktov v sodnih in upravnih postopkih izvira iz njegovega temeljnega poslanstva varuha pravnega reda in zakonitosti. To po naravi stvari pomeni, da lahko v posamezni zadevi ukrepa v javnem interesu šele takrat, kadar so tudi po pritožbenem preizkusu posamezne zadeve pred sodiščem oziroma po sodnem preizkusu v upravnem sporu ostala nerazjasnjena pravna vprašanja, ki so pomembna za oblikovanje in poenotenje sodne prakse.

pek končan, oz. v roku, ki velja za stranko, v korist katere je bil upravni akt izdan. DO je zastopnik JI na podlagi zakona, zato izdaja posebnega pooblastila vlade, ki bi mu dodelila aktivno legitimacijo za vložitev tožbe, ni več potrebna. Kot zastopnik JI lahko DO tožbo vloži vselej, kadar oceni, da je treba zaradi zatrjevana kršitve JI v konkretnem primeru izpodbijati upravni akt, s katerim je bilo v upravnem postopku dokončno odločeno o pravici oz. koristi posameznika ali druge osebe v škodo JI. Cilj, ki se želi s tožbo doseči, je odprava upravnega akta oz. sprememba upravnega akta, ki lahko glede na izkazan JI sorazmerno poseže v pravico oz. pravno korist posameznika, o kateri je dokončno odločil upravni oz. drug državni organ ali organ lokalne skupnost. V konkretni upravni zadevi oz. posameznem upravnem aktu, ki ga izpodbija tožnik kot zastopnik JI, je vselej dokončno odločeno o konkretni pravici ali pravni koristi posameznika. Domnevna kršitev zakona v škodo javne koristi je lahko le konkretna oz. mora biti utemeljena s konkretno javno koristjo, ki je opredeljena v splošnem aktu pristojnega državnega organa. Le sodišče pa lahko odloči o zatrjevani nezakonitosti in razreši spor o koliziji pravice posameznika na eni strani in o (na zakon oprti) javni koristi, ki posega v pravni interes oz. pravico posameznika, o kateri je v upravnem postopku že dokončno odločeno, na drugi strani. Tudi sodišče presoja kršitev zakona v škodo JI glede na konkretni primer.

20.1.4.4 Komisija za preprečevanje korupcije

Dolžnost preprečevanja korupcije izhaja iz splošnega načela zakonitosti delovanja državnih organov in njihovih funkcionarjev kot enega izmed načel pravne države.

– odlUS, U-I-57/6

Komisija za preprečevanje korupcije je samostojen in neodvisen državni organ, podobno kot Varuh človekovih pravic, Informacijski pooblaščenec ali Računsko sodišče. Čeprav del javnega sektorja, komisija ni podrejena in ne dobiva navodil ali usmeritev za delo s strani vlade ali državnega zbora. Pri svojem delovanju je vezana zgolj na ustavo in zakon. Komisija ni organ odkrivanja in pregona v predkazenskem ali kazenskem postopku, ima pa določena izvršilna, nadzorstvena in preiskovalna pooblastila. Samostojnost komisije je dodatno zagotovljena z načinom izbire njenega vodstva, ki ga imenuje predsednik države za dobo šestih let po predhodnem mnenju posebne izbirne komisije, v katero so vključeni predstavniki vseh treh vej oblasti in civilne družbe. Komisijo v ožjem pomenu sestavljajo trije člani – predsednik in dva namestnika – ki o vsebinskih odločitvah odločajo na sejah, v širšem pomenu pa komisija predstavlja državni organ z vodstvom, zaposlenimi v Uradu komisije, Službi za nadzor in preiskave ter Centru za integriteto in preventivo. Komisija je ustanovljena na podlagi Zakona o preprečevanju korupcije (ZPKor) ter Konvencije

ZN proti korupciji (UNCAC), ki od držav članic priporoča ustanovitev neodvisnega organa za omejevanje korupcije.³⁸⁰

Zakon o integriteti in preprečevanju korupcije daje glede nadzora nad delom uprave dve možnosti in sicer gre za prijavo a) koruptivnega³⁸¹ in b) nezakonitega oz. neetičnega ravnanja.³⁸² Po indeksu koruptivnosti (Corruption Perception Index RS vztrajno pada: v letu 2011 smo bili na 35 mestu za Taiwanom in pred Izraelom. Leta 2020 smo še vedno na 35. mestu, kamor se umeščajo tudi Brunei, Botswana, Izrael in Litva. V letu 2007 je kar 89% ljudi menilo, da je korupcija v Sloveniji velik problem, medtem ko se je v letu 2009 ta odstotek še povečal na 94%. Pripad zadev na PKK je vedno večji v primerjavi z zanemarljivimi uradnimi podatki drugih organov. Poročilo o delu KPK za leto 2010/11 ugotavlja, da je 'Slovenija država z relativno nizko stopnjo administrativne korupcije, če jo primerjamo z drugimi (post)tranzicijskimi državami v širši Evropi (članicami Sveta Evrope); to velja celo v primerjavi z nekaterimi starejšimi članicami EU (npr. Italija, Grčija); glede korupcije belih ovratnikov določeni pokazatelji kažejo, da je Slovenija v boljšem položaju kot druge (post)tranzicijske države in primerljiva z nekaterimi starimi članicami EU (sredozemskega bazena). Ta oblika korupcije je v tesni povezavi s primeri gospodarskega in javno-finančnega kriminala, s katerim se Slovenija sooča zadnja leta; pretekla in trenutna gospodarsko-finančna kriza je v Sloveniji razkrila dolgoletni razvoj sistemske / institucionalne korupcije'. V okvir slednje se uvršča tudi neupoštevanje ali neodzivanje na uradne ugotovitve in pozive pristojnih nadzorstvenih organov in vsako ponavljajoče ali trajajoče opuščanje uporabe nadzorstvenih in samoregulativnih postopkov ter ukrepov zaradi omogočanja ali pridobivanja koristi. Zelo zanimivo je Načelno mnenje KPK št. 220:

»Ravnanje uradnih oseb ministrstva, ki besedilo predloga in razloge za sprejem zakonskih določb izdelajo na podlagi neutemeljenih ocen in trditev ter na ta način pripravijo zakonodajalca, da sprejme zakon, ki v nasprotju z ustavno zajamčeno neodvisnostjo in integriteto sodne oblasti omogoča enemu od udeležencev v konkretnem sodnem postopku, da si v njem okrepi položaj, je kršitev dolžnega ravnanja in omogočanje neupravičene koristi drugemu, kar ustreza definiciji korupcije po 3. alineji 2. člena ZPKor«.

380 <https://www.kpk-rs.si/sl/komisija>

381 Vsakdo lahko komisiji ali drugemu pristojnemu organu poda prijavo o koruptivnem ravnanju v državnem organu, LS, pri nosilcu javnih pooblastil ali drugi pravni osebi javnega ali zasebnega prava ali o ravnanju fizične osebe, za katero verjame, da ima znake korupcije. Komisija in drugi pristojni organi morajo prijavitelje na njihovo zahtevo obvestiti o svojih ukrepih oziroma postopanju. Ta določba ne posega v pravico prijavitelja, da o koruptivnem ravnanju obvesti javnost.

382 Uradna oseba, ki iz utemeljenih razlogov meni, da se od nje zahteva nezakonito ali neetično ravnanje ali se s tem namenom nad njo izvaja psihično ali fizično nasilje, lahko takšno dejanje prijavi nadrejenemu ali osebi, ki jo ta pooblasti. Če ni pristojne osebe, če se ta na prijavo pisno ne odzove v roku petih delovnih dni ali če je pristojna oseba tista, ki od uradne osebe zahteva nezakonito ali neetično ravnanje, je za prijavo in postopek z njo pristojna komisija. Pristojna oseba ali komisija na podlagi prijave oceni dejansko stanje, po potrebi izda ustrezna navodila za ravnanje in ukrene, kar je potrebno, da se preprečijo nezakonite ali neetične zahteve ter nastanek škodljivih posledic.

20.1.4.5 Računsko sodišče

Računsko sodišče je najvišji organ kontrole državnih računov, državnega proračuna in celotne javne porabe. Pri svojem delu je neodvisno in vezano na ustavo in zakon. Člane imenuje DZ. Računskega sodišča ni mogoče uvrstiti v nobeno od treh vej oblasti, ne v zakonodajno, ne v izvršilno in tudi ne v sodno. Status samostojnosti in neodvisnosti mu zagotavljata ustava in zakon, in sicer z več vidikov: I) Računsko sodišče izvaja svoje pristojnosti povsem samostojno. Samo sprejema program dela in noben organ, institucija ali drugi subjekti mu ne morejo nalagati dela ali mu dajati navodil za njegovo izvajanje, niti kakšno revizijo naj izvede, niti kaj naj revidira. V skladu z zakonom o računskem sodišču pa lahko poslanci in delovna telesa državnega zbora, vlada, ministrstva in organi lokalne skupnosti predlagajo, da opravi revizijo; med temi predlogi računsko sodišče izbere za letni program dela najmanj pet predlogov iz državnega zbora, od tega najmanj dva predloga opozicijskih poslancev in najmanj dva predloga delovnih teles državnega zbora. Hkrati lahko računsko sodišče po lastni presoji upošteva pobude posameznikov – sem spadajo tudi članki in prispevki v medijih, in civilnodružbenih subjektov. II) Računsko sodišče za kritje stroškov svojega delovanja samo predlaga finančni načrt državnemu zboru, ki mu odobri potrebna sredstva za delo. Je samostojni proračunski uporabnik, ki so mu zagotovljena sredstva v posebnem delu proračuna, porabljeni pa jih mora v skladu z določili zakona o izvrševanju proračuna.³⁸³ V zvezi z delovanjem računskega sodišča so v zakonu tudi naslednje določbe: z zakonom so določeni načini dela in postopki revidiranja; predvideni so pravni instrumenti za ugotavljanje in uveljavljanje odgovornosti ter razrešitve funkcionarjev – članov in vrhovnih državnih revizorjev ter revizorjev; za izvajanje nalog je računsko sodišče odgovorno državnemu zboru in javnosti, zato sta njegova pravica in dolžnost poročati o revizijskih razkritjih; računovodske izkaze o poslovanju računskega sodišča revidira revizor, ki ga določi državni zbor.

Računsko sodišče revidira poslovanje uporabnikov javnih sredstev:³⁸⁴ 1. revidira lahko pravilnost in smotrnost poslovanja; in 2. revidira lahko akt o preteklem kakor tudi akt o načrtovanem poslovanju uporabnika javnih sredstev. Če je podana kršitev obveznosti dobrega poslovanja, lahko računsko sodišče izda poziv za ukrepanje. Izda

³⁸³ <http://www.rs-rs.si>

³⁸⁴ Uporabnik javnih sredstev po tem zakonu je:

1. pravna oseba javnega prava ali njena enota;
2. pravna oseba zasebnega prava, če zanjo velja vsaj eno od naslednjega:
 - da je prejela pomoč iz proračuna EU, državnega proračuna ali proračuna LS;
 - da izvaja javno službo ali zagotavlja javne dobrine na podlagi koncesije;
 - da je gospodarska družba, banka ali zavarovalnica, v kateri imata država in lokalna skupnost večinski delež;
3. fizična oseba, če zanjo velja vsaj eno od naslednjega: da je prejela pomoč iz proračuna Evropske unije, državnega proračuna ali proračuna lokalne skupnosti; ali da izvaja javno službo ali zagotavlja javne dobrine na podlagi koncesije.

ga organu, za katerega oceni, da lahko v mejah svojih pristojnosti ukrepa zoper uporabnika javnih sredstev, ki krši obveznost dobrega poslovanja.

Revidiranje poslovanja je po Zakonu o računskem sodišču pridobivanje ustreznih in zadostnih podatkov za izrek mnenja o poslovanju: revidiranje pravilnosti poslovanja je pridobivanje ustreznih in zadostnih podatkov za izrek mnenja o skladnosti poslovanja s predpisi in usmeritvami, ki jih mora upoštevati uporabnik javnih sredstev pri svojem poslovanju, revidiranje smotrnosti poslovanja pa je pridobivanje ustreznih in zadostnih podatkov za izrek mnenja o gospodarnosti, mnenja o učinkovitosti ali mnenja o uspešnosti poslovanja. Mnenje o poslovanju, ki ga poda računsko sodišče, mora spoštovati vsak državni organ, organ lokalne skupnosti in uporabnik javnih sredstev, na čigar poslovanje se mnenje nanaša. Ena od temeljnih nalog računskega sodišča je tudi svetovanje javni upravi, kako povečati učinkovitost poslovanja uporabnikov javnih sredstev.³⁸⁵ O svojem delu je dolžno predložiti vsako leto letno poročilo državnemu zboru.

20.1.4.6 Državna revizijska komisija

DRK je pristojna za revizijo postopkov oddaje javnih naročil; je samostojen in neodvisen državni organ nadzora nad zakonitostjo postopkov javnega naročanja, ki zagotavlja pravno varstvo ponudnikov v vseh stopnjah postopkov oddaje javnih naročil.

20.1.4.7 Dostop do informacij javnega značaja

Pomembnost dostopa do informacij javnega značaja lahko razdelimo na tri glavne sklope: osnovna smernica delovanja sodobne javne uprave je načelo *transparentnosti*; dokumenti, ki jih pri svojem delu ustvari država, niso njena lastnina, temveč last državljanov – “v imenu ljudstva” – *demokratska* funkcija, participativna funkcija; in transparentnost porabe javnega denarja – *nadzorna* funkcija.

Najpomembnejši sredstvi v boju za odprto in pregledno delovanje javne uprave sta pravica vedeti in z njo povezana pravica do informacij javnega značaja. Dostop do informacij je prvi pogoj, ki omogoča nadzor nad delovanjem javne oblasti ter tako zagotavlja njeno odgovornost državljanom. Imeti informacijo pomeni imeti moč. Prvič se je pravica dostopa do informacij kot pravni institut pojavila leta 1766 v Kraljevini Švedski in Finski. Za očeta štejem finskega duhovnika Andersa Chydeniusa. Navdih

³⁸⁵ Poleg pristojnosti, ki jih določa Zakon o računskem sodišču ima računsko sodišče tudi obveznosti, ki jih predpisujejo tudi nekateri drugi zakoni in predpisi, na primer Zakon o političnih strankah in Zakon o volilni in referendumski kampanji. Po Zakonu o računskem sodišču mora računsko sodišče vsako leto obvezno revidirati pravilnost izvršitve državnega proračuna (pravilnost poslovanja države), pravilnost poslovanja javnega zavoda za zdravstveno zavarovanje, pravilnost poslovanja javnega zavoda za pokojninsko zavarovanje, pravilnost poslovanja ustreznega števila mestnih in drugih občin, poslovanje ustreznega števila izvajalcev gospodarskih javnih služb, poslovanje ustreznega števila izvajalcev negospodarskih javnih služb.

za pravico “biti informiran” je dobil pri cesarju dinastije Tang Tai Zhong, bil pa je pobudnik sprejema Zakona o svobodi tiska in dostopu do javnih dokumentov.³⁸⁶ Pomembna prelomnica na področju informacij javnega značaja pa je sprejem Deklaracije o človekovih pravicah Organizacije Združenih Narodov, v Parizu 10. decembra leta 1948. Pomemben je 19. člen: “Vsakdo ima pravico do svobode mišljenja in izražanja, všteveši pravico, da nihče ne sme biti nadlegovan zaradi svojega mišljenja, in pravico, da lahko vsak išče, sprejema in širi informacije in ideje s kakršnimikoli sredstvi in ne glede na meje.³⁸⁷ Sodobno poslovanje zahteva in obsega vse več informacij, ki so lahko interne ali notranje; organi jih uporabljajo znotraj svoje ustanove, ali pa so eksterne ali zunanje, torej z ostalimi podjetji ali organi, kjer pa je izpostavljen odnos z zunanjimi dejavniki. Ti zunanji dejavniki so vsi drugi, ki se z določeno institucijo srečajo in uporabljajo njene storitve. Pri eksternem delovanju je pomembna opredelitev in definicija informacij, ki so širši javnosti lahko dostopne in vidne.

Pravica vedeti in biti obveščen o delovanju organa pomeni uresničevanje cilja sodobne uprave – približati se državljanom. Najpomembnejši razlogi so (Prepeluh, 2005, str. 22): 1. razvoj družbe, saj je družba, v kateri živimo, informacijska družba, in informacija predstavlja nepogrešljivi del demokratične družbe in vpliva na delovanje institucije, ki je lastnica določene informacije, 2. razvoj prava o svobodi informacij, saj so mlade demokratične države spoznale, kako pomembna je demokracija svobode informacij in predstavlja bistveno izhodišče za vse ostale človekove pravice.

Do septembra 2013 je bilo na svetu 95 držav, ki so v svojem pravnem redu vsebovale določbe o dostopu do informacij; za predmetno področje je v RS pomemben 39. člen Ustave RS³⁸⁸ in Zakon o dostopu do informacij javnega značaja (ZDIJZ),³⁸⁹ katerega namen je zagotoviti javnost in odprtost (transparentnost) delovanja organov ter omogočiti enako uresničevanje pravice vseh fizičnih in pravnih oseb, da pridobijo informacije javnega značaja ter krepitev transparentnosti in odgovornega ravnanja pri upravljanju z javnimi sredstvi in s finančnimi sredstvi poslovnih subjektov pod prevladujočim vplivom oseb javnega prava. Organi in subjekti pod prevladujočim

386 Vanj je zapisal, da ima vsakdo pravico dostopa do dokumentov, ki jih ima v posesti država. Država mora uraden dokument vsakomur dati takoj, ko prejme zahtevo, in to brezplačno.

387 <http://www.varuh-rs.si>

388 Zagotovljena je svoboda izražanja misli, govora in javnega nastopanja, tiska in drugih oblik javnega obveščanja in izražanja. Vsakdo lahko svobodno zbira, sprejema in širi vesti in mnenja.

Vsakdo ima pravico dobiti informacijo javnega značaja, za katero ima v zakonu utemeljen pravni interes, razen v primerih, ki jih določa zakon.

Glavna omejitev te človekove pravice do svobode izražanja je 3. odstavek 15. člena Ustave RS, ki določa, da so človekove pravice in temeljne svoboščine omejene samo s pravicami drugih in v primerih, ki jih določa ta ustava.

389 To področje urejajo Zakon o dostopu do informacij javnega značaja (Uradni list RS, št. 51/2006 – uradno prečiščeno besedilo, in 117/2006 – ZDavP-2; ZDIJZ), Zakon o Informacijskem pooblaščenju (Uradni list RS, št. 113/2005 in 51/2007 – ZUstS-A; ZInFP), Zakon o splošnem upravnem postopku (Uradni list RS, št. 24/2006 – uradno prečiščeno besedilo, 126/2007 in 105/2006 – ZUS-1; ZUP) in Uredba o posredovanju in ponovni uporabi informacij javnega značaja (Uradni list RS, št. 76/2005 in št. 119/2007; UPIJZ).

vplivom si morajo na podlagi tega zakona prizadevati tudi, da je javnost čim bolj obveščena o njihovem delovanju. K temu jih še posebej obvezujejo določbe zakona, ki urejajo proaktivno posredovanje informacij javnega značaja v svetovni splet.³⁹⁰

Zakon definira informacijo javnega značaja ločeno za organe in za poslovne subjekte pod prevladujočim vplivom oseb javnega prava. Za organe zakon v 4. členu določa, da je informacija javnega značaja vsaka informacija, ki izvira iz delovnega področja organa, ne glede na obliko, v kateri se informacija nahaja (dokument, zadeva, dosje, register, evidenca li drugo dokumentarno gradivo) in ne glede na njen nastanek (ni pomembno, ali jo je ustvaril organ ali pa zgolj pridobil od koga drugega). Pri organih je torej informacija javnega značaja vsak dokument, s katerim organ razpolaga. Pri poslovnih subjektih pod prevladujočim vplivom oseb javnega prava pa so informacije javnega značaja le tiste informacije, ki jih kot take zakon izrecno opredeljuje. Gre za informacije o primeroma navedenih pravnih poslih, ki dosegajo učinke trošenja oziroma razpolaganja s sredstvi poslovnega subjekta pod prevladujočim vplivom (ZDIJZ uporablja izraz "izdatki"). Poleg tega so zajeti tudi podatki, ki se nanašajo na plače in druga izplačila članom poslovodnih in nadzornih organov v poslovnih subjektih pod prevladujočim vplivom ter podatke, ki se nanašajo na njihovo izpolnjevanje pogojev za imenovanje oziroma zaposlitev.

Organ ali poslovni subjekt pod prevladujočim vplivom oseb javnega prava lahko zahtevo zavrne: če so v zahtevanih dokumentih podane izjeme od prostega dostopa, ki jih opredeljuje ZDIJZ v prvem odstavku 6. člena³⁹¹ in 5.a členu (izjeme glede omejitev pravic strank, udeležencev ali oškodovancev v postopkih in varovanje tajnosti vira) ter če z dokumentom ne razpolaga. Poslovni subjekt pod prevladujočim

390 Zakon k posredovanju informacij javnega značaja obvezuje dva tipa zavezancev: 1) vse državne organe, organe lokalnih skupnosti, osebe javnega prava, nosilce javnih pooblastil in izvajalce javnih služb. Za te ZDIJZ uporablja skupno besedo »organi« ter 2) vse gospodarske družbe in druge pravne osebe zasebnega prava pod neposrednim ali posrednim prevladujočim vplivom, posamično ali skupaj, Republike Slovenije, samoupravnih lokalnih skupnosti in drugih oseb javnega prava. Za te ZDIJZ uporablja skupno besedo »poslovni subjeki pod prevladujočim vplivom oseb javnega prava. Kdo so zavezanci za posredovanje informacij javnega značaja, si je mogoče ogledati v registru zavezancev, ki se nahaja na spletni strani Agencije Republike Slovenije za javnopravne evidence in storitve (AJPES). Za vse pravne osebe, ki so vpisane v register zavezancev, velja domneva, da so zavezane za posredovanje informacij javnega značaja. Če pravna oseba ni vpisana v register, to še ne pomeni, da ni zavezana po ZDIJZ.

391 Izjeme (naštete taksativno):

- tajni podatek;
- poslovna skrivnost;
- varovan osebni podatek;
- podatek, zaupan v obdelavo Statističnemu uradu Republike Slovenije;
- kršitev zaupnosti podatka iz davčnega postopka ali davčne tajnosti;
- podatek v zvezi s kazenskim pregonom ali postopkom s prekrški, katerega razkritje bi škodovalo njegovi izvedbi;
- podatek v zvezi z upravnim postopkom, katerega razkritje bi škodovalo njegovi izvedbi;
- podatek v zvezi s sodnim postopkom, katerega razkritje bi škodovalo njegovi izvedbi;
- podatek iz še nedokončanega dokumenta, katerega razkritje bi povzročilo napačno razumevanje njegove vsebine;
- podatek, ki varuje naravno oziroma kulturno vrednoto;
- notranji dokument organa, katerega razkritje bi povzročilo motnje pri delovanju organa.

vplivom oseb javnega prava lahko zahtevo zavrne tudi, če je zahtevan dokument, ki po svojem učinku ne sodi med informacije javnega značaja. Obstajajo primeri, ko obstaja zakonska podlaga, da ne gre za varovane osebne podatke, če se obdelujejo za določen namen.³⁹² Ne glede na obstoj izjem od prostega dostopa, je treba dostop omogočiti, če je podan prevladujoč javni interes (izvedejo t. i. test interesa javnosti) in praviloma vedno, če gre za porabo javnih sredstev, podatke, povezane z opravljanjem javne funkcije ali delovnega razmerja javnega uslužbenca ali podatke povezane z okoljem (tretji odstavek 6.člena ZDIJZ). ZDIJZ za poslovne subjekte pod prevladujočim vplivom oseb javnega prava našteva podatke iz določenih vrst pogodb, glede katerih dostopa nikakor ne smejo zavrniti (absolutno javni podatki – prvi in drugi odstavek 6.a člena ZDIJZ). Za banke, ki so deležne ukrepov RS za krepitev stabilnosti bank, ZDIJZ posebej določa, da so zavezane posredovati tudi določene podatke iz kreditnih map neplačnikov (peti do sedmi odstavek 6.a člena ZDIJZ).

Test javnega interesa – dostop do zahtevane informacije se kljub izjemi dovoli, če je javni interes glede razkritja močnejši od javnega interesa ali interesa drugih oseb za omejitev dostopa do zahtevane informacije (test javnega interesa). Organ odloča, ali bo v konkretnem primeru javnemu interesu bolj zadoščeno z razkritjem ali zaprtjem informacije. Gre za test tehtanja (ang. *balance test*). Z njegovo pomočjo uradne osebe, Pooblaščenec kot pritožbeni organ in sodišča v postopku upravnega spora pretehtajo, ali pravica širše javnosti vedeti prevladuje nad drugimi pravicami – izjemami. Sešteje se negativne in pozitivne učinke morebitnega razkrivanja informacij ter pretehtati, ali prevlada pravica vedeti, torej javni interes, ali pa ena od izjem, zapisanih v ZDIJZ-A.

Testa ni dopustno izvajati, če gre za:

1. podatke, ki so označeni s stopnjama strogo tajno ali tajno;
2. davčno tajnost fizičnih oseb;
3. statistično zaupne podatke;
4. tajne podatke tuje države ali mednarodne organizacije;
5. davčne podatke, ki jih slovenskim organom posredujejo tuje države.

³⁹² Zakon o zemljiški knjigi – načelo javnosti vpisov v glavno knjigo (ime in priimek lastnika parcele)
 Zakon o sodnem registru – sodni register je javna knjiga (imena družbenikov, zakonitih zastopnikov)
 Zakon o kmetijstvu – podatki iz upravnih odločb o dodelitvi sredstev po tem zakonu so javni, razen davčne številke, enotne matične številke in identifikacijske številke kmetijskega gospodarstva;
 Zakon o javnih financah – podatki o dodeljenih subvencijah, državnih pomočeh, posojilih in drugih oblikah državnih pomoči, so javni;
 Zakon o sistemu plač v javnem sektorju – plače v javnem sektorju so javne. Javnosti so dostopni naslednji podatki: podatki o delovnem mestu, nazivu ali funkciji, o osnovni plači, o dodatku ter delu plače za delovno uspešnost, razen dodatka za delovno dobo.
 ZDIJZ (3. odst. 6.čl.) – podatki o porabi javnih sredstev ali podatki, povezani z opravljanjem javne funkcije ali delovnega razmerja javnega uslužbenca.

Če dokument le delno vsebuje podatke, ki predstavljajo izjemo od prostega dostopa in je te podatke mogoče izločiti iz dokumenta, ne da bi to ogrozilo njihovo zaupnost, mora organ iz dokumenta izločiti te podatke (na primer s prekritjem) in prosilcu omogočiti dostop do preostalega dela dokumenta (t. i. delni dostop). Bistveno je, da zavezanec prosilcu v odločbi (organ) oziroma pisnem odgovoru (poslovni subjekt pod prevladujočim vplivom) pojasni razloge, zaradi katerih je zavrnil dostop do zahtevanega dokumenta. Le tako namreč lahko prosilec preveri, ali je zavezanec njegovo zahtevo upravičeno zavrnil.

Dostop do informacij javnega značaja imajo vse pravne in fizične osebe. To pomeni, da to niso le državljani in prebivalci s sedežem v Sloveniji. V Evropski uniji imajo namreč le slednji pravico do dostopa, medtem ko ostalim institucije lahko dobrijo dostop, niso pa zavezane tega storiti. ZDIJZ predvideva tri temeljne načine dostopa do informacij javnega značaja, in sicer neposredni dostop na svetovnem spletu, postopek z ustno zahtevo za dostop in postopek s pisno zahtevo.

Vsak organ mora na spletu brezplačno objaviti: prečiščena besedila predpisov, ki se nanašajo na delovno področje organa; programe, strategije, stališča, mnenja, študije in podobne druge dokumente; predloge predpisov, programov, strategij in drugih podobnih dokumentov; vse objave in razpisno dokumentacijo v skladu s predpisi o javnih naročilih; podatke o upravnih storitvah in druge informacije javnega značaja; vse informacije javnega značaja, ki so jih prosilci zahtevali najmanj trikrat. Nadzor nad izvrševanjem te določbe izvaja ministrstvo, pristojno za upravo. Če organ ne objavlja redno zgoraj navedenih informacij, mu tega ne more naložiti Informacijski pooblaščenec, temveč ministrstvo, pristojno za upravo, ki lahko odgovorni osebi organa izreče globo.

V postopku z ustno zahtevo za dostop je organ prosilcu dolžan omogočiti dostop do informacije javnega značaja tudi, kadar jo ta zahteva ustno, razen če gre za podatke, ki so od dostopa izvzeti na podlagi predpisanih izjem. Če organ ugodí zahtevi, mora nemudoma dati informacije na vpogled ali mu zagotoviti prepis, fotokopijo ali elektronski zapis. Če zahtevamo informacijo samo na vpogled, nam mora v tem primeru organ omogočiti vpogled na tak način, da imamo dovolj časa, da se seznanimo z vsebino zahtevane informacije. Gre za način, ki je kar najbolj enostaven, saj predstavlja neformalno zahtevo. Namenjen je rutinskemu posredovanju vsakodnevnih informacij. Ta postopek ni upravni postopek. Ob zavrtni ustni zahtevi je smiselno, da prosilec vloží pisno zahtevo za dostop do informacij. Postopek s pisno zahtevo je upravni postopek, ki ga je mogoče sprožiti kot vsak upravni postopek. V praksi je to najpomembnejši način dostopa do informacij, zato je ta način tudi najbolj podrobno

urejen v ZDIJZ. ZDIJZ za pisno obliko šteje tudi zahteve v elektronski obliki v skladu z določbami zakona.³⁹³

Od informacij javnega značaja je treba ločevati informacije za medije, ki jih ureja Zakon o medijih v 45. členu: gre za informacije, ki jih organ na lastno pobudo posreduje medijem, in informacije organa, ki jih organ posreduje mediju kot odgovor na vprašanje in so vezane na delovno področje organa. Informacije morajo biti resnične in celovite. Če je vprašanje pisno in če bo organ odgovor zavrnil ali delno zavrnil, mora o tem pisno obvestiti medij do konca naslednjega delovnega dne od prejema vprašanja. Medtem velja rok za odgovor po ZDIJZ 20 delovnih dni, ZMed določa 7 delovnih dni za odgovor oz. 3 dni za dodatna pojasnila. ZMed se nanaša na odgovore na vprašanja, ZDIJZ pa na dokumente ki so v materializirani obliki. Za pritožbeni postopek po ZMed se uporabljajo določbe ZDIJZ, pritožba pa je dovoljena samo, če odgovor na vprašanje izhaja iz dokumenta.

20.1.4.8 Udeležba javnosti pri delu organov

Informacije javnega značaja so omejene le na pisno obliko oz. materializirano obliko, čeprav obstaja zelo širok prostor dela javne uprave, ki poteka prek razprav, govornih besede. To pomanjkljivost države se odpravlja prek *javnosti sej*. *The Government in the Sunshine Act* (1976; ZDA) je eden od številnih zakonov iz sklopa dostopa do informacij, ki naj bi ustvarili večjo preglednost delovanja države. Zakonodajni namen "sončne" zakonodaje (sunshine - "sončni sij") je bil naslednji: "Ljudje so edini legitimni temelj moči; iz njih izvira katerakoli ustavna listina... država je in mora biti služabnik ljudstva; morala bi biti v celoti odgovorna ljudem za ukrepe, ki jih je domnevno izvaja v njihovem imenu".

Zakon določa (z 10 izjemami), da mora biti vsak del sestanka državnega organa odprt za javnost. Obvestilo o sestanku mora biti vnaprej dano javnosti (mora iti za "sestaneček" in za organ kot "agency"). "Sestaneček" je "razprava posameznih članov organa, ki lahko ukrepajo v imenu organa, kadar takšne razprave določijo ali povzročijo skupno ravnanje oz. ukrepanje organa (vključuje tudi razprave, ki "uspešno predeterminirajo uradna ravnanja)". "Organ" je kolegijski organ, sestavljen iz dveh ali več posameznih članov ... in vse podrejene enote, pooblaščen, za delovanje v imenu organa. "Član" je posameznik, kot del kolegijskega organa. Če se dovolj članov orga-

³⁹³ Kadar vložimo pisno zahtevo za dostop do informacij javnega značaja, jo naslovimo na tisti organ, za katerega menimo, da razpolaga z informacijo. V zahtevi moramo opredeliti informacijo, s katero se želimo seznaniti, prav tako pa določiti, kako želimo biti z njo seznanjeni. V zahtevi nismo dolžni izkazovati pravnega ali kakršnega koli drugega interesa niti nismo dolžni navesti namena uporabe informacij, ki jo želimo pridobiti. Če je podana pisna zahteva nepopolna in jo tako organ ne more obravnavati, organ prosilca pozove, da jo v roku, ki ga določi organ, dopolni. Rok ne sme biti krajši od treh delovnih dni. Če organ zahtevi za dostop do informacij javnega značaja ugotovi, o tem napravi le uradni zaznamek. Če pa zahtevo deloma ali v celoti zavrne, o tem izda pisno odločbo, katere sestavni del sta tudi obrazložitev izreka in pravni pouk, s katerim je prosilcu omogočeno, da proti odločitvi organa vložijo pravno sredstvo.

na, ki bi lahko glasovali, sreča in razpravlja o vprašanih, ki jih organ trenutno raziskuje ali jih bo po vsej verjetnosti raziskoval v prihodnje, se to srečanje razume kot "sestanek". Zaprt za javnost je lahko le, če gre za zakonske izjeme. Zakon našteva deset posebnih izjem za določene vrste podatkov, ki jih ni treba razkriti (če se v javnem interesu organ ne odloči nasprotno); gre za info: v zvezi z nacionalno obrambo; povezane izključno z notranjimi pravili in praksami osebja; tajnimi podatki, poslovno skrivnostjo, z obtožbami oseb zaradi storitve kaznivega dejanja; z informacijami, če bi razkritje predstavljalo kršenje zasebnosti; povezane s zapisi o preiskavi, kjer bi to škodovalo pravici do obrambe, razkritju vira ali življenju ali varnosti uradnih oseb; ki bi privedle do finančne špekulacije ali ogrožitve stabilnosti finančnih institucij in info, povezane s sodelovanjem organa v (sodnih ali upravnih) postopkih.³⁹⁴

Vprašanja za ponavljanje:

1. Katere vrste nadzora nad upravo poznaš?
2. Kaj so inšpekcije, kakšna je njihova umestitev v sistem javne uprave?
3. Katera so temeljna načela delovanja inšpekcijskih služb?
4. Kakšne so pristojnosti in pooblastila inšpektorjev?
5. Kakšne ukrepe lahko izvajajo inšpektorji?
6. Kako poteka nadzor nad lokalno samoupravo?
7. Katere posebne oblike kontrole uprave poznaš?
8. Kaj sodi v okvir sodne kontrole?

³⁹⁴ Prim. Poslovnik Državnega zbora RS: delo državnega zbora je *javno*, če ta poslovnik ne določa drugače in Poslovnik Vlade RS (obratno kot PoDZ-1): novinarji in drugi predstavniki javnosti *praviloma niso* navzoči na sejah vlade. Razprave članov in drugih udeležencev seje se štejejo za podatke z *najvišjo stopnjo tajnosti*, če vlada ne odloči drugače.

21 SODNA KONTROLA

Osrednji argument teorije pravičnosti ni tisto, kar nas spodbudi k razmišljanju o pravičnosti in nepravčnosti, temveč predvsem prepoznavanje možnosti za odpravo slednje (Sen, 2009).

Vsakdo ima pravico, da o njegovih pravicah in dolžnostih ter o obtožbah proti njemu brez nepotrebnega odlašanja odloča neodvisno, nepristransko in z zakonom ustanovljeno sodišče. Sodi mu lahko samo sodnik, ki je izbran po pravilih, vnaprej določenih z zakonom in s sodnim redom (23. člen URS). Pravica do sodnega varstva je ne le temeljni odraz načela delitve oblasti, ki vzpostavlja z njim tudi samostojno sodno vejo oblasti, pač pa predstavlja eno splošnih, temeljnih pravnih načel.³⁹⁵ V okviru pravice do sodnega varstva gre za pravico do sojenja brez nepotrebnega odlašanja, za pravico do nepristranskega in neodvisnega sodišča ter pravico do zakonitega (naravnega sodnika). V nadaljevanju na kratko povzemamo vsebino dela nekaterih sodišč.³⁹⁶ Iz predhodnih poglavij lahko razberemo, da se glavna izhodišča sodne presoje nanašajo na izrecnost, dopustnost, očitnost, kapricioznost, arbitrarnost, razumnost oz. sposobnost prepričevanja, tj. na pojme, ki se *bolj kot na pravo nanašajo na splošno, logično oziroma zdravorazumsko sposobnost* podajanja smiselnih razlogov in subsumpcije le-teh pod konkretna ravnanja (vse navedeno lahko v okviru razlage uporabi tudi izvršna veja oz. upravni organi v okviru svojih oblik nadzora). Takšna sposobnost pa naleti na več problemov: osnovni je *problem razumevanja*. Razlaga se vedno nanaša na pravilo konkretnega, individualnega, kjer prevladuje posamezna volja pred namenom zakonodajalca ali pred možnim drugačnim pomenom, sicer iste besede ali koncepta (npr. odgovornost, transparentnost imata lahko več pomenov). Med pravniki je močno zakoreninjeno (v pravni hermenevtiki že dolgo preseženo) pojmovanje, da sta subjekt, ki pravno normo išče in jo spoznava, in pravno besedilo, v katerem je pravna norma deloma ali v celoti vsebovana, drug

395 Lord Coke je že v primeru Heydon iz leta 1584 podal smernice v postopku zakonske razlage ("pravilo izogibanja zlu", ang. *the mischief rule*): "sodišča morajo vedno razlagati tako, da se zatre zlo in omogoči pravno sredstvo, da se zatre subtilne izume in izogne nadaljevanju zla ... in doda moč ter življenje zdravilu in sredstvu glede na pravi namen ustvarjalcev zakona (Beck, 1990). Ameriško Vrhovno sodišče pa v primeru *Marbury v. Madison*. 5 US 137 (1803) poleg možnosti ustavnosodne presoje zakonov zapiše tudi, da 'bistvo državljskih svoboščin temelji na pravici vsakega posameznika, da zahteva pravno varstvo, kadarkoli je oškodovan. Ena od prvih dolžnosti države je da omogoči to zaščito'.

396 Za podrobnejšo obravnavo sodne kontrole glej npr. Šturm, Lovro (ur.) (2002). *Komentar Ustave Republike Slovenije*, Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije; Tone Jerovšek, Polonca Kovač (2010). *Upravni postopek in upravni spor*. Ljubljana: Fakulteta za upravo; Božo Grafenauer, Tjaša Ivanc, Boštjan Brezovnik, Mitja Pukšič (2010). *Upravni postopek in upravni spor*, Maribor: Pravna fakulteta; Božo Grafenauer, Janez Breznik (2005). *Upravni postopek in upravni spor*, Ljubljana: GV Založba; Janez Breznik (ur.). *Zakon o upravnem sporu s komentarjem* (2008). Ljubljana: GV Založba.

od drugega ločena. Nasprotno: subjekt je tisti, ki pravilo spoznava, pomensko oplaja, sodoloča in dojema kot kulturnozgodovinski element,³⁹⁷ prek katerega pravno določbo razume kot pravno normo (tj. iz besedila razbere njen pomen). Če temu ne bi bilo tako, bi bili v idealnem primeru pravno določilo in pravna norma (ki jo kot rečeno izluščimo šele z razlago določila) združeni in bi ju lahko neposredno uporabili na nastale situacije. Pomen besed ne more biti nikoli enostavno razmerje med besedo in resničnostjo; besede (jezikovni znaki) so le sredstvo, prek katerih se izražajo naše misli. Pomen se tako nahaja med jezikom in stvarnostjo, ki jo dojemamo prek naših misli. Pomen posreduje kontekst besede in praksa njene uporabe.³⁹⁸

Kot *problem izhajanja* lahko označimo prevladujočo jezikovno razlago, od katere naprej se navadno ne uporabljajo preostale metode. Jezikovna metoda ostaja pri besedah, ki so zgolj sredstvo za izražanje misli, ki obstajajo že pred njihovim zapisom. V prenosu misli v jezikovne znake ter iz njih naprej v določen pomen je glavno stičišče s problemom razumevanja, kjer razumevanje opravljata dva ali več različnih subjektov.³⁹⁹ Zadnji subjekt, ki razlaga, je vedno v najtesnejšem stiku s trenutnim razumevanjem okolice o določenem problemu; pravno besedilo tako vedno zastaja za lastnim razlaganjem. Ob obeh zgoraj omenjenih problemih, je naslednji nekoliko bolj rešljiv problem, tj. *problem ločevanja* med razlogi in cilji zakonodajalca, ki ga skoraj vsakodnevno rešuje izvršna veja z izdajanjem podzakonskih splošnih in posamičnih upravnih aktov. Razlog je vzrok, cilj je namen. Če je za razloge jasno, da ni potrebna njihova navedba v zakonu, se za cilj zakona navadno pričakuje, da bo v njem zapisan. Takšno "pričakovanje" pa nima pravnih posledic, če namen zakona kljub temu izostane v svojem zapisu (čeprav lahko pripomore k lažji⁴⁰⁰ razlagi); posledice nastanejo šele, kadar niti s pomočjo pravil o razlagi pravnih norm ne moremo priti do jasne vsebine predpisa.⁴⁰¹

Skladnost podzakonskih aktov z zakoni se izvaja v okviru sodne presoje, pred tem pa v okviru izvršne veje; slednja naj bi pri tem upoštevala tudi *nekatera izhodišča skupna večini pravnih redov*. Splošno veljavna načela mednarodnega prava 38. člen Statuta Meddržavnega sodišča v Haagu izrecno uvršča med pravne vire mednaro-

397 Poskusite npr. razumeti *Dnevnik Ane Frank* brez razumevanja pomena holokavstva.

398 Jezik nastane zahvaljujoč misli, vendar potem pomaga misli, da se razvije in obogati. Teorija jezikovnega pomena je ozko povezana s teorijo miselne vsebine ali pomena. *Navadno izhajamo iz jezikovnega pomena, kot da je prvo v vrsti raziskovanja, vendar ima pomen (vsebinsa) misli določeno prednost v vrsti obrazložitve: pomen jezika pojasnjujemo s pomočjo pomena (vsebine) misli* (podčrtal M.P.). (Miščević, 2003, str. 94)N. Miščević, *Filozofija jezika*, Jesenski i Turk, Zagreb 2003, str. 94.

399 Težave razumevanja se lahko pojavijo celo pri isti osebi, ki razlaga svoje že nekoč napisano besedilo. Če je ta oseba zakonodajalec sestavljen iz množice poslancev, je ta težava še bolj očitna.

400 Tako je bil npr. v RS na referendumu zavrnjen zakon o malem delu, ki v besedilu ni vseboval namena zakona niti splošnih pravnih načel, ki bi omogočala njegovo lažjo razlago. Tako se je že v času njegovega nastajanja porodilo vrsto razlag, kar je ipso facto v nasprotju z ustavnim načelom pravne države.

401 Glej npr. odločbo Ustavnega sodišča RS, št. U-I-156/08-16 z dne 14. 4. 2011 (tč. 34).

dnega prava.⁴⁰² Gre za obča (meta, tj. nad) pravna načela, ki jih pripoznavajo civilizirani narodi - kar je (bilo) večno, povsod, s strani vseh (*quod semper, quod ubique, quod ab omnibus*). Tako lahko tudi za podzakonske splošne akte lahko rečemo, da morajo spoštovati "meta" načela, vendar morajo zaradi supremacije zakona upoštevati tudi zakon pri njihovem oblikovanju in razlagi. Višji predpis upravičuje sprejem podzakonskega predpisa, kjer sodišče presoja način njegovega sprejema (upoštevata se morebitno sodelovanje javnosti, legitimna pričakovanja, javno obravnavo, upravičence za sprejem, konstantnost s prejšnjimi ravnanji organa ipd.), presoja njegovo zakonitost glede na namen zakonodajalca, namen sprejemalca ter racionalnost (ali intenzivnejšo sorazmernost) glede na izražena sredstva. Ta skupna izhodišča pri sprejemanju podzakonskih predpisov so podobna splošnim pravnim načelom, ki se uporabljajo takrat, ko zakon ne more dati zadovoljivega odgovora. Za izhodišča upravnno-sodne razlage bi lahko razumeli problem razumevanja, izhajanja, splošna pravna načela in nekatere druge prisotne univerzalne elemente, ki jih ne moremo v celoti naštet ali podati njihovega dokončnega pomena. Gre bolj za podobnost vsebine⁴⁰³, ki jo lahko najdemo v večini pravnih redov in ki natančneje podajajo dejanske okoliščine v okviru katerih se sprejemajo avtoritativne odločitve od tistih, ki se formalno navajajo. Izhodišča predstavljamo v naslednjih podpoglavjih.

21.1 Vladavina prava

V zvezi z obravnavo (tudi izvrševanjem v okviru posamičnih aktov) podzakonskih predpisov je temeljnega pomena, da izvršna veja oz. uprava *ne ravna arbitrarno, samovoljno*. V okvir vladavine prava zato sodi legalitetno načelo. Upravni organi so pri svojem delu vezani na okvir, ki ga določata ustava in zakon, na ustavno in zakonsko podlago in nimajo pravice izdajati predpisov brez podlage v zakonu. Vladavina prava temelji tudi na ideji, da pravna pravila veljajo enako za upravljavce kot za upra-

402 1. Sodišče, katerega naloga je odločiti v skladu z mednarodnim pravom v sporih, ki se mu predložijo, naj uporablja:

- a) meddržavne dogovore, bodisi splošne bodisi posebne, s katerimi so postavljena pravila, ki jih države in sporu izrečno pripoznavajo,
- b) mednarodni običaj kot dokaz obče prakse, ki je sprejeta kot pravo,
- c) obča pravna načela, ki jih pripoznavajo civilizirani narodi,
- d) sodne odločbe, s pridržkom določbe 59. člena, in nauk najbolj kvalificiranih pravnih strokovnjakov različnih narodov, kot pomožno sredstvo za ugotavljanje pravnih pravil.

2. Ta določba ne omejuje pravice Sodišča, da odloča o zadevi *ex aequo et bono*, če se pravdne stranke o tem sporazumejo.

403 Tovrstno podobnost bi lahko navezali na pregovore (ne načela, ker si so vedno nasprotujoča) (Simon, 1997). Dokler lahko za vsako načelo najdemo enako verjetno in sprejemljivo nasprotno načelo, ne moremo govoriti o načelih, pač pa le o pregovorih. To drži še danes za večino načel, zato lahko še vedno uporabimo izhod, ki ga predlaga Simon: preden bi znanost lahko razvila načela, mora imeti koncepte (tako kot je pred zakonom težnosti obstajal koncept pospeška in teže). Prva naloga upravne teorije je, da oblikuje koncepte, ki bodo dovoljevale opis upravnih razmer, pomembnih za teorijo ... Upravni opisi trpijo zaradi površnosti, poenostavljanj in pomanjkanja realizma. Omejili smo se na sam mehanizem oblasti, ne da bi v njegov okvir uvrstili enako pomembne načine vplivanja na vedenje v organizaciji.

vljane. 'Država je poklicana k sprejemanju zakonov samo pod pogojem, da tudi sebe zaveže s temi zakoni' (Radbruch); enako velja za izvršno vejo. Na podlagi zakonov mora spoštovati pristojnost za izdajo akta, ne sme kršiti določb ustave in zakonov, spoštovati mora formalne in procesne zahteve za izdajo splošnega akta (v ta del bi lahko uvrstili neupoštevanje vseh relevantnih okoliščin, dejstev, nerazumno sklepanje o dejstvih ali dokazih) in ne sme zlorabiti svoje pristojnosti (zasledovanje drugih ciljev izven jasno določenih). V okvir načela vladavine prava lahko uvrstimo tudi vsa podnačela, ki so zapisana v ustavi, zakonih, kakor tudi vrednostna merila,⁴⁰⁴ ki izhajajo iz posameznih človekovih pravic (in bi jih lahko kot merilo urejanja upoštevali tudi pri podzakonskih aktih, čeprav se z njimi ne bo v bistvenih delih urejalo posamezne človekove pravice, iz katere izhajajo). V ta okvir sodi tudi načelo neodvisnosti in nepristranskosti sodstva.

21.2 Spoštovanje temeljnih človekovih pravic

Spoštovanje človekovih pravic kot temeljni izraz liberalizma, povezanih z vladavino prava lahko opredelimo kot načelo pravne države. Izvršna veja s svojim ravnanjem ne sme posegati v človekove pravice niti ne sme določati načina njihovega izvrševanja, ker bi s tem posegla na področje vrednostnih določb politike in zakona. S tem v zvezi je zelo zanimiva klavzula Henrika VIII, prek katere lahko izvršna veja spremeni posamezne dele zakona in se nahaja v britanskem zakonu o človekovih pravicah (!) iz leta 1998. Čeprav je bil sodoben koncept človekovih pravic razvit po drugi svetovni vojni (sprejem Univerzalne deklaracije ZN o človekovih pravicah leta 1948), pri čemer lahko intelektualne osnove sledimo prek zgodovine filozofskih izhodišč, naravnega prava in svoboščin, ki so jih imela antična mesta, sta postavila enega temeljnih političnih in pravnih mejnikov njihove uveljavitve britanski Bill of Rights (1689) in francoska Deklaracija o pravicah človeka in državljana (1789).

21.3 Institucionalno ravnotežje

Ravnotežje med institucijami je vzpostavljeno z načelom delitve oblasti, ki preprečuje koncentracijo in monopol oblasti, vzpostavlja medsebojni nadzor nad vejami oblasti, razporeja državne naloge in pristojnosti na način ohranjanja ravnotežja in enakomerne porazdelitve moči med posameznimi vejami oblasti in njihovimi nosilci. Delitev oblasti se ne pojmuje ločeno pač pa povezovalno, kjer vsaka veja omogoča nemoteno delovanje druge in obratno. Ker gre za enotno oblast, izvrševano s

⁴⁰⁴ Npr. iz človekove pravice svobode gibanja (32. člen URS) izhajajo vrednostna merila: prosto gibanje, izbira prebivališča, svobodna zapustitev in vrnitev v državo, zagotovitev poteka kazenskega postopka, preprečitev širjenja nalezljivih bolezni, zavarovanje javnega reda, interesi obrambe države. Vsa ta merila lahko uporabimo smiselno kontekstu posameznega podzakonskega urejanja, ne glede na to, da podzakonski akt ne bi urejal svobode gibanja.

strani različnih institucij, morajo vse skrbeti za to, da njihovo delovanje poteka čim bolj nemoteno in učinkovito. Vsaka veja se mora vzdržati posegov v drugo, medtem ko mora imeti druga na voljo ustrezne protiukrepe (sankcije) za takšno ravnanje.⁴⁰⁵ Ravnotežje se ugotavlja v vsakem konkretnem primeru glede na določene pristojnosti institucij, okoliščine in razloge za konkretno ravnanje. Izven pristojnosti, ki se nanašajo na razmerje države do posameznika, se institucionalno ravnotežje lahko nanaša tudi na notranji management posamezne veje oblasti.

21.4 Uspešnost izvrševanja zakonskih določb

Uspešnost regulative se ne zagotavlja le z njenim pravilnim izvrševanjem, pač pa tudi z omogočanjem državljanov, da pridejo do nadomestila na področjih, kjer bi morala izvršna veja sprejeti podzakonski akt (izvršna klavzula) ali kjer to izhaja iz okoliščin primera (če so upravni organi sami večkrat izrazili potrebo po sprejemu akta ali jo priznali s strani pobud drugih oziroma, če bi bila izdaja podzakonskega akta nujno potrebna za uveljavljanje zakonskih ali celo ustavnih pravic). Polna uveljavitev zakona bi bila lahko ogrožena, če izvršna veja ne bi sprejela predpisov za njegovo izvrševanje in razčlenitev, zato je odgovornost na njej, da sprejme podzakonski akt ali opozori zakonodajalca, da s podzakonskim urejanjem ne more celovito rešiti posameznega področja, ne da bi posegla v pravice ali šla izven meja zakona. Uspešnost izvrševanja pravil predstavlja aktivno načelo zakonitosti, kjer izvršna veja aktivno spremlja razmere v družbi in jih skuša uravnavati takoj, ko se pojavijo odklonski pojavi, kar je hkrati tudi predpogoj učinkovitosti.

21.5 Upravna učinkovitost

Upravna učinkovitost spremlja upravo vse od absolutizma, zato ji lahko priznamo splošno veljavo. Upravno učinkovitost povezujemo z uspešnostjo izvajanja zakonskih določb, ne da bi s tem (preveč⁴⁰⁶) posegali v sam zakon. Aktivno ravnanje uprave pri zaznavanju problemov bi lahko uvrstili v zakonitost delovanja uprave v širšem smislu. Uprava je veja, ki ima dejansko večjo moč, kot jo ima po predpisih. Kot aparat z največjim številom zaposlenih, organov po celem področju in posedovanjem potrebnih sredstev in opreme je tista, ki najhitreje zazna in odgovori na spreminjajoče se razmere. To gibanje se neposredno povezuje z načelom sorazmernosti pri ure-

⁴⁰⁵ Za zagotavljanje ravnotežja izvršna veja ne sme samostojno uvajati novih pravic ali obveznosti, gibati se mora v okviru zakona in iz njega izhajati pri podzakonskem normiranju, kot sodna veja ne sme posegati v odločitve izvršne veje oblasti, če te izhajajo iz izvrševanja zakonov. Pravilnost izvrševanja se ugotavlja glede na konkretno področje urejanja in njegovo vsebino, zato naj bo sodna presoja zadržana, če le so dejanja uprave razumna, ne posegajo v človekove pravice, urejajo tehnična, razvojna, programska področja.

⁴⁰⁶ Gre za vrednostno opredelitev, okoliščine primera, vsebine zakona, nujnost ravnanja in podobno. Kaj pomeni torej beseda ‚preveč‘ lahko odgovorimo le glede na konkretni primer ob preučitvi vseh posledic na zakon, pravice in konkretno situacijo.

janju področja in s pričakovanji ljudstva po reakciji države glede na nastalo perečo situacijo. Razlog učinkovitosti je pripeljal do prenosa sodne pristojnosti odločanja na izvršno raven (upravni postopek) zaradi hitrejšega in cenejšega odločanja, ki se uporablja tudi znotraj sodne veje oblasti.⁴⁰⁷

21.6 Jasnost in določnost

Jasnost in določnost predpisov (*lex certa*) je izvedeno načelo pravne države, vendar je *per se* tako pomembno, da ga izpostavljam ločeno. S tem načelom se zagotavlja zanesljivost ravnanja, s tem pa predvidljivost in pravna varnost. Norma mora biti tako jasna, da lahko prizadeti ugotovi svoj položaj že na podlagi zakona, izvršni ravni pa predstavlja dodatno zahtevo pri uveljavitvi pravic ali naložitvi obveznosti iz ugotovljenega položaja. Zakoni prav zaradi tega niso pisani le za državne institucije, pač pa tudi za državljane. Prav zaradi tega morajo biti predpisi napisani ne le za sodnike in ostale pravne strokovnjake, pač pa za običajne državljane, ki berejo in razlagajo pravna določila s pomočjo slovnične sposobnosti, logike in zdravega razuma.

21.7 Dolžnost obrazložitve

Kolikor razlogi za delovanje izvršne veje pri izdaji podzakonskega akta niso že dovolj jasno navedeni v samem aktu, je potrebno dodatne okoliščine navesti v obrazložitvi akta. Dolžnost obrazložitve uprave izhaja iz učinkovite pravice do sodnega varstva, saj mora prizadeti poznati razloge za odločitev, da bi jo lahko izpodbijal, če z njo ni zadovoljen. Dolžnost obrazložitve konkretnih pravnih aktov izhaja navadno iz ustave ali zakonov. Pri podzakonskih aktih takšna dolžnost navadno ne obstaja (vsaj ne na takšni ravni). Sodišča se zato pri presoji zakonitosti podzakonskega akta oprejo na *svoje* razumevanje prava in morebitna dodatna pojasnila s strani vlade, za katera so zaprosena v okviru presoje.⁴⁰⁸ Obrazložitev predlogov podzakonskih predpisov bi morala vsebovati razloge in cilje, katere se želi doseči z določenim pravilom, ne le

407 Predlog za prenos pristojnosti presoje podzakonskih aktov iz Ustavenega sodišča na druga sodišča se sklicuje na ‚učinkovitost‘. Glej Poročevalec Državnega zbora RS, št. 37 z dne 22. 3. 2010. Odstop od načela delitve oblasti predstavljajo tudi sodbe, s katerimi sodišče tožbo kot neutemeljeno zavrne (ne le, če ugotovi, da je bil postopek pred izdajo izpodbijanega upravnega akta pravilen, da je odločba pravilna in na zakonu utemeljena), če spozna, da je izpodbijani upravni akt po zakonu utemeljen, vendar iz drugih razlogov, kot so navedeni v upravnem aktu; te razloge poišče in navede sodišče v sodbi. Glej 63. člen ZUS-1.

408 Če je podzakonski akt izdala vlada v prejšnji sestavi ali minister, potem ima nova vlada ali minister le možnost prebiranja stare dokumentacije, iz katere bi bil morebiti razviden namen oziroma razlog. Tu zadenemo na star spor med namembnostjo (izhaja iz pogodbenega (običajnega) prava in zagovarja, da mora razlagalec interpretirati zakon v luči namena, ki se skriva za ali v zakonu) in tekstualizmom (zagovarja običajni pomen pri interpretaciji predpisa, ne da bi vpogledali v ostala gradiva, ki nimajo narave zakona. Z razumevanjem nevtralne, tretje strani za razliko od subjektivne razlage zakonodajalca, naj bi bili sodniki manj podvrženi iskanju nejasnosti, ki uvaja njihove lastne poglede v pravo), ki ga na tem mestu ne moremo razrešiti, lahko pa ga nakažemo – iz odgovorov zakonodajalca večinoma izhaja, da napadeni zakon ni v neskladju z ustavo. V primeru razveljavitve sodišče ugotovi nasprotno – ali je zakonodajalec podal pravi namen ali pa sodišče bolj vé za namen zakonodajalca kot on sam, ali je namen zakonodajalca splojh resnična kategorija?

povzetek pravil. Poleg zahteve po jasnem delovanju na podlagi utemeljenih razlogov, služi obrazložitev tudi *uveljavljivitvi odgovornosti vlade in državne uprave*.

21.8 Upravno sodišče

Sodno varstvo pravice do sojenja brez nepotrebnega odlašanja se zagotavlja v upravnem sporu na podlagi 2. odst. 157. člena URS oziroma 3. odst. 1. člena ZUS. Izjemo od tega predstavlja le primer, ko bi do kršitve prišlo v postopku pred Vrhovnim sodiščem. V takšnem primeru bi isto sodišče odločalo o kršitvi, ki jo je samo zagrešilo, zato je v tem primeru dovoljena ustavna pritožba. Po 157. členu URS '[o] zakonitosti dokončnih posamičnih aktov, s katerimi državni organi, organi lokalnih skupnosti in nosilci javnih pooblastil odločajo o pravicah ali o obveznostih in pravnih koristih posameznikov in organizacij, odloča v upravnem sporu pristojno sodišče, če za določeno zadevo ni z zakonom predvideno drugo sodno varstvo. Če ni zagotovljeno drugo sodno varstvo, odloča v upravnem sporu pristojno sodišče tudi o zakonitosti posamičnih dejanj in aktov, s katerimi se posega v ustavne pravice posameznika. Člen predstavlja konkretizacijo 23. člena URS in dodaja, da je izvršilna oblast podvržena neodvisni sodni kontroli zakonitosti njenega odločanja v konkretnih stvareh. Vzpostavlja se upravno–sodna kontrola zakonitosti upravnih aktov ter dodatno – če ni zagotovljeno drugo sodno varstvo – se odloča v upravnem sporu tudi o zakonitosti posamičnih dejanj in aktov, s katerimi se posega v ustavne pravice posameznika. Vsaka ustavna pravica mora biti pravno varovana, zato ta člen zajema vse primere, za katere ni zagotovljenega drugega sodnega varstva.

Upravno sodišče je tisto, ki je pristojno za odločanje v upravnem sporu; v njem nadzira zakonitost posamičnih aktov državne uprave. Gre za spor med posameznikom – tožnikom in pravno osebo – tožencem, ki je izdala upravni akt na I. stopnji, s katerim naj bi bila posamezniku kršena kakšna pravica ali pravna korist. Upravno sodišče lahko nezakonit akt odpravi in upravnemu organu, ki je izdal sporni akt, naloži, kako naj ravna pri izdaji novega akta. Lahko pa Upravno sodišče tudi samo odloči o predmetni zadevi in v tem primeru sodba Upravnega sodišča nadomesti odločbo, ki jo je izdal upravni organ. Zoper sodbo Upravnega sodišča je dovoljena pritožba, o kateri odloča Vrhovno sodišče. Predmet izpodbijanja v upravnem sporu je lahko dokončen upravni akt,⁴⁰⁹ drug posamični akt, ki nima značaja upravnega akta in dejanja, s katerimi se posega v ustavne pravice posameznika, če ni predvideno drugo sodno varstvo, posamični akti v volilnih postopkih, o izvolitvah, imenovanjih, napredovanjih in razrešitvah funkcionarjev in nosilcev javnih služb, o imenovanjih, napredo-

⁴⁰⁹ Upravni posamični akt (odločba, sklep), ki jih organi državne uprave in drugi državni organi in organi lokalnih skupnosti ter nosilci javnih pooblastil izdajajo o upravnih stvareh, urejenih z materialnimi predpisi z upravnih področij.

vanjih in razrešitvah vodstvenih (položajnih) delavcev v javni upravi, če ni določeno delovnopravno varstvo pred delovnim sodiščem, soglasja ali potrditve k izvolitvam in imenovanjem direktorjev ali ravnateljev javnih zavodov, državnih podjetij, javnih agencij, javnih skladov, akti o urejanju premoženjskih in drugih razmerij med državo in lokalnimi skupnostmi ter o sporih med njimi in nosilci javnih pooblastil, če tako določa zakon ali če ni z ustavo ali zakonom določeno drugo sodno varstvo, ter akti državnih organov, organov lokalnih skupnosti in nosilcev javnih pooblastil, izdani v obliki predpisa, če urejajo posamična razmerja. Gre za razne uredbe, odloke, odredbe, prostorske izvedbene akte, če se nanašajo na pravice in obveznosti določenih posameznikov tj. pravnih ali fizičnih oseb.

21.9 Ustavno sodišče

Ustavno sodišče Republike Slovenije (US RS) je neodvisen in avtonomen državni organ, ki izvršuje ustavnosodno presojo – je najvišji organ sodne oblasti za varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin v državi ter varuh ustavnosti in zakonitosti. Med njegove glavne pristojnosti sodijo ocena ustavnosti zakonov ter ocena ustavnosti in zakonitosti drugih predpisov in odločanje o ustavnih pritožbah, s katerimi se uveljavljajo kršitve človekovih pravic s posamičnimi akti državnih organov, organov lokalnih skupnosti in nosilcev javnih pooblastil. Večino pristojnosti Ustavnega sodišča izrecno določa že Ustava, dopušča pa, da se določijo tudi z zakonom. Med njegove glavne pristojnosti sodijo ocena ustavnosti zakonov ter ocena ustavnosti in zakonitosti drugih predpisov in odločanje o ustavnih pritožbah, s katerimi se uveljavljajo kršitve človekovih pravic s posamičnimi akti državnih organov, organov lokalnih skupnosti in nosilcev javnih pooblastil. Ustavno sodišče tako opravlja: I) sodni nadzor nad splošnimi pravnimi akti – sodišče v postopku za oceno ustavnosti in zakonitosti izvaja sodni nadzor nad ustavnostjo in zakonitostjo podzakonskih predpisov.

Postopek se začne z zahtevo upravičenega predlagatelja (DZ, 1/3 poslancev DZ, Vlada, DS, sodišča, lokalni sveti in sindikati), ali na pobudo kogarkoli, ki izkaže pravni interes, t.j. da predpis neposredno posega v njegove pravice oz. pravne interese oz. pravni položaj. II) Sodni nadzor nad posamičnimi pravnimi akti – na osnovi ustavne pritožbe, ki jo lahko vložijo vsakdo, ki meni, da mu je bila s posamičnim aktom organa javne uprave kršena njegova človekova pravica ali temeljna svoboščina. Ustavno pritožbo je mogoče vložiti šele takrat, ko so izčrpana vsa druga pravna sredstva. Upravne pritožbe se torej vlagajo zoper sodbe Vrhovnega sodišča v upravnem sporu o zakonitosti upravnih aktov in ne neposredno zoper upravne akte. III) Sodni nadzor nad materialnimi dejanji – kadar so človekove pravice in temeljne svoboščine kršene z materialnimi dejanji organov javne uprave, je v skladu z Ustavo možno zahtevati

sodno varstvo od sodišča, pristojnega za upravne spore, če z zakonom ni predpisano drugo sodno varstvo. Takšno sodno varstvo pride v poštev, dokler kršitev traja.

21.10 Evropsko sodišče za človekove pravice

Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) je bilo ustanovljeno na podlagi Evropske konvencije o človekovih pravicah, z dodatnim Protokolom št. 11. Število sodnikov je enako številu držav članic – trenutno 47. Vsaka država članica predlaga tri kandidate izmed katerih Parlamentarna skupščina izvoli enega. Omejitve glede števila sodnikov iste narodnosti ni - predlagani sodnik ni nujno državljan te države. Sodniki so izvoljeni s strani Parlamentarne skupščine Sveta Evrope, za dobo šestih let. Sestava sodišča se menja na tri leta, zato je ob prvi sestavi sodišča polovica sodnikov imela le tri letni mandat. Sodniki na sodišču delujejo v svojem imenu in niso odgovorni nobeni državi. Ne smejo opravljati nobenih dejavnosti, ki so v nasprotju z njihovo neodvisnostjo ali nepristranskostjo ali so v nasprotju z zahtevami, ki jih prinaša polni delovni čas. Njihov mandat poteče tudi, če dopolnijo 70 let. Vsaka država pogodbenica (državna pritožba) ali posameznik (individualna pritožba), ki trdi, da je žrtev kršenja Konvencije, lahko vloži svojo pritožbo neposredno na sodišče v Strasbourg, navajajoč kršitev ene izmed pravic, določenih v Konvenciji. Evropsko sodišče za človekove pravice je pritožbeno. Vse obravnave in zaslišanja Evropskega sodišča so javna.⁴¹⁰ Posamezniki lahko vloge vložijo sami, pravna zastopnost pa je priporočena in običajno obvezna, ko je tožena stran obveščena o sprejemljivosti pritožbe. Svet Evrope tistim, ki nimajo dovolj lastnih sredstev zagotovi pravno pomoč. Uradna jezika sodišča sta angleščina in francoščina, vendar lahko tožitelji pošljejo vlogo v uradnem jeziku ene od držav pogodbenic. Ko je enkrat pritožba proglašena za sprejemljivo, pa se mora uporabljati eden izmed uradnih jezikov sodišča, razen če predsednik senata (ali velikega senata) dovoli nadaljnjo uporabo jezika, v katerem je napisana vloga.⁴¹¹

21.11 Sodišče Evropske unije

Od ustanovitve leta 1952 je naloga Sodišča Evropske unije, da zagotavlja „spoštovanje prava pri razlagi in uporabi“ pogodb. Sodišče Evropske unije v okviru te naloge: nadzira zakonitost aktov institucij Evropske unije, skrbi za to, da države članice izpolnjujejo obveznosti iz pogodb, na predlog nacionalnih sodišč razlaga pravo Unije. Sodišče je tako pravna avtoriteta Evropske unije in s sodišči držav članic skrbi za skladno uporabo in razlago prava Unije. Sodišče Evropske unije ima sedež v Luxembourg, sestavljajo pa ga Sodišče, Splošno sodišče (ustanovljeno leta 1988) in Sodišče

⁴¹⁰ Le v redkih primerih, kadar tako določi senat, so zaradi posebnih okoliščin, zaslišanja zaprta za javnost. Pritožbe in vsi drugi dokumenti, ki so vloženi v register sodišča so praviloma dostopni javnosti.

⁴¹¹ www.svetevrope.si/sl/evropsko_sodisce_za_clovekove_pravice/predstavitel/index.html

za uslužbenke (ustanovljeno leta 2004). Vsa tri skupaj so od ustanovitve izdala približno 28.000 sodb.⁴¹² Sodišče⁴¹³ v okviru razlage prava EU zagotavlja njegovo enako uporabo v vseh državah EU. Poleg držav članic in institucij EU se na Sodišče lahko obrnejo tudi podjetja, organizacije in posamezniki, če menijo, da je določena institucija EU kršila njihove pravice. Sodišče Evropske unije sestavlja po en sodnik iz vsake države članice EU. Sodišču pomaga devet generalnih pravobranilcev. Njihova naloga je podati pravno mnenje o zadevah, predloženih Sodišču. Njihovo delo mora biti javno in nepristransko. Sodnike in generalne pravobranilce imenujejo države članice EU za obdobje šest let z možnostjo ponovnega imenovanja. Da bi Sodišče Evropske unije uspešneje reševalo številne predložene zadeve in zaradi boljše pravne zaščite državljanov, je EU ustanovila Splošno sodišče, ki je pristojno za obravnavo tožb fizičnih oseb, podjetij in nekaterih organizacij ter zadev, povezanih s konkurenčnim pravom. Sodišče za uslužbenke Evropske unije razsoja v sporih med Evropsko unijo in njenimi uslužbenci.

Sodišče odloča o zadevah, ki se mu predložijo. Najpogosteje odloča po petih različnih postopkih: predhodno odločanje (sodišče države članice se obrne na Sodišče Evropske unije s prošnjo za razjasnitev določenega vidika prava EU), tožba zaradi neizpolnitve obveznosti (postopek zoper državo članico zaradi neizpolnjevanja prava EU), ničnostna tožba (vloži se zoper predpis EU, za katerega se meni, da krši pogodbe in temeljne pravice EU), tožba zaradi nedelovanja (postopek zaradi nedelovanja institucije EU oziroma ne-sprejemanja določenih odločitev), pritožba (fizična oseba, podjetje ali organizacija se lahko pritoži zoper odločitev ali ukrep EU).

Vprašanja za ponavljanje:

1. Kaj sodi v okvir sodne kontrole?
2. Katera sodišča odločajo o vsebini pravic in obveznosti s področja upravnega prava?
3. Kaj če ni formalno zagotovljeno določeno sodno varstvo?
4. V kakšnih primerih odloča sodišče
 - v upravnem sporu?
 - v ustavnosodnem sporu?
 - v sporu varovanja človekovih pravic?
 - v predhodnem postopku?

412 http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/

413 Glej http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_sl.htm

22 UPRAVNO PRAVO – POSKUS OPREDELITVE

Poskus definiranja upravnega prava je že vnaprej obsojen na neuspeh, saj se njegova vsebina dnevno spreminja. Poseganje v vse pore družbenega življenja, kjer se (domnevno ali potencialno) nahaja javni interes povzroči, da je njegova vsebina odvisna od časa in prostora (tj. posamezne države v okviru njenih meja ali širše kot del mednarodne skupnosti) ter vsakokratnih razmer, ki prevladujejo v danih okvirih. Že navedeno nam daje slutiti, da ne gre za “čistokrvno” vrsto; gre za “mešanca”, ki je sestavljen zelo eklektično (SSKJ: prevzemanje in spajanje različnih sistemov, pogledov, ugotovitev), a kljub temu s svojevrstnim karakterjem. Večina avtorjev se zato posveča njegovi procesni naravi in s tem povezanim poštenim postopkom, vendar se pri tem ne sme pozabiti na njegove materialne, vsebinsko pogojene institute: vsebine brez postopka so neuresničljive, postopki brez vsebin so odvečni, tako prve kot druge pa razlagajo (in po njih postopajo) javni uslužbenci.



Slika 4: Eklektična narava upravnega prava

Glede na navedeno smo se namenili podati poskus definiranja upravnega prava proti koncu učbenika in ne ne začetku (kot bi bilo to v navadi), saj je mogoče primerneje, da se osvojijo nekateri njegovi temeljni elementi, da bi lahko šele bolje razumeli njegovo vsebino ali bolje – njegovo bistvo.

Upravno pravo je od sedemdesetih let prejšnjega stoletja doživelo nov pristop k regulaciji; deregulacija temelji na skrbi po pretirani regulaciji in izhodišču, da lahko reguliramo tudi tako, da *ne*-reguliramo (podobno kot je molk lahko odgovor). Gre za odpravo pretirane regulacije; le-ta naj bi zmanjšala njen vpliv, s tem pa tudi vpliv upravnega prava – in s tem države – na liberalnejšo vizijo delovanja družbe. Do nedavne svetovne gospodarske krize je na področju ekonomije (in s tem tudi prava) od 1980-ih let naprej prevladoval neoliberalizem kot naslednik liberalnega kapitalizma, s katerim upravno pravo (na prvi pogled) naj ne bi imelo veliko skupnega.⁴¹⁴ Upravno pravo je namreč klasični predstavnik državnega intervencionizma, ki sledi politiki New Deala, Keynesovi potrebi po državni regulativi⁴¹⁵ in demokratični zahtevi po zakonitem delovanju države.⁴¹⁶ Paradoksalno pri tem pa je, da poskus liberalizacije (ob socialni državi je *per se* samoumevno, da pride do povečanja pravil) vodi do povečanega vpliva države. Kljub prizadevanjem po zmanjšanju pravil, so se procesi deregulacije na temeljih novega javnega managementa “zlomili” na lastnih predpostavkah: prizadevanje po uvajanju konkurence prek deregulacije je privedlo do povečane *re*-regulacije, do državnega intervencionizma, k čemur je prispevala svoj del tudi sodna razlaga.⁴¹⁷ Če se izvajanje prepusti deležnikom izven državne uprave, se poveča kontrola (npor. pravila poročanja, nadzora, računovodenja), z njo pa tudi javnopravna pravila. Dejansko življenje takop nikoli ne nudi enostavnih delitev, pač pa kaže *kompleksnost* medsebojnih razmerij in vsestranskih vplivanj (poe-nostavljamo vedno ljudje zaradi lažjega vplivanja na okolico, v kateri živimo). Tudi v

414 V resnici je prav deregulacija in re-regulacija privedla do regulatorne države in s tem še do povečanja upravnega prava. Delno se je spremenila le njegova vsebina.

415 Keynes je zagovarjal tezo, da je kapitalizem po svoji naravi nestabilen in da zato potrebuje stalen nadzor države, ki mora omejiti destabilizacijske učinke recesij, depresij in obdobji pretirane rasti. To zagovarja tudi Joseph E. Stiglitz v delu *Globalization and its discontents* (W.W. Norton & Copmany, New York 2002). Meni, da prenegla liberalizacija blagovnih in finančnih trgov ni najboljša. Država mora ščititi svoje proizvajalce in delovna mesta, z administrativnimi ukrepi mora ščititi finančni trg pred špekulativnim kapitalom. Nedvomno se je oprl na Polanya in njegovo vgrajenost ekonomskega v družbeni sistem in ne obratno ...

416 V resnici je bilo ravno obratno – New Deal in intervencionizem sta sledila (sta se oprla na) upravnemu pravu kot obliki poseganja države v razmerja na trgu in do posameznikov, ki je obstajala pred 1930-mi leti prejšnjega stoletja.

417 Vrhovno sodišče ZDA je že leta 1983 v primeru *Motor Vehicle Manufacturers Association of United States, Inc. v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* 463 U. S. 29 (1983) potrdilo, da se standard arbitrnosti in kapricioznosti uporablja tako za regulacijo kot tudi za deregulacijo. Sodišča deregulacije niso enačila z neaktivnostjo uprave, pač pa kot zrcalno stanje nekdanje politike organov, ki mora izpolnjevati enake procesne zahteve kot regulacija: ‘pri določitvi primernega standarda presoje za deregulacijo so sodišča skušala pomiriti svojo skrb glede ohranitve zvestobe namenu zakonodajalca s hkratnim priznanjem potrebe po ohranitvi upravne fleksibilnosti. Skrbnost presoje je bila dvignjena nad nivo, ki se uporablja pri nedelovanju organov, fleksibilnost pa je bila ohranjena tako, da je bila uporabljena na enaki ravni kot regulacija’ (Garland, 1985, str. 525).

času (neo)liberalizma je upravno pravo urejalo pretežni del družbenega življenja, le na ekonomskem področju je dopuščalo zasebnemu sektorju več svobode (oziroma se je temu skušalo čim bolj približati). Upravno pravo je izšlo iz civilnega prava, kjer je v dogovorno avtonomne odnose zaradi varovanja in napredovanja javnega interesa začelo vnašati enostranske modifikacije in na drugi iz ustavnega prava, kjer je zaradi učinkovitosti njegovega izvrševanja in delovanja posameznih ustavnih institucij, dodajalo izvedbena pravila.

Državni intervencionizem se večinoma izvaja prek upravnega prava kot sredstva, s katerim zasleduje cilje v javnem interesu. Čeprav je XIX. stoletje kot stoletje zakonikov (vsaj na ravni pravnih pravil) varovalo svetost lastnine in nedotakljivost zasebne sfere, se je “za hrbet” tega, že dobro utrjenega liberalnega stoletja, prikradel za meščanski razred ta – ne-bodi-ga-treba – “otrok države”, ki kot *enfant terrible* “ne zamolči ničesar, kar je videl pri sosedovih in kar se dogaja doma”. Tako oznako bi lahko imelo upravno pravo, saj *mora* zaradi svobode in človekovega dostojanstva govoriti o vsem, kar se “(ne)pravnega” dogaja v družbi, še posebej tisto, kar je proti volji oblastnikov. Ker upravno pravo večinoma izvajajo (ali vsaj skrbijo)⁴¹⁸ in nadzorujejo njegovo izvajanje) javni uslužbenci,⁴¹⁹ so le-ti (bi morali biti) ta grozen otrok; taka bi morala biti strokovna in neodvisna uprava pri odkrivanju dejstev, razgaljanju dejanskega stanja, predlaganju rešitev in razkrivanju nepravilnosti. Če jim to ne uspe (stanje se zamolči, ki se ne bi smelo zamolčati) ga mora odkriti *strogi* sodni preizkus.⁴²⁰

Razvoj upravnega prava v veliki meri temelji na sodni praksi, ki je izoblikovala njegova temeljna načela, a vendar – kot je pred patologijo anatomija – se je pred sodnim sporom potrebno ozreti na ravnanje uprave. Vsak problematični otrok se ne znajde

418 Skrb in nadzor ter odmik od neposrednega izvajanja, zasledovanje ciljev prek sklepanja pogodb s finančnimi učinki glede na izpolnjevanje kriterijev (kakovosti), je ena glavnih značilnosti regulatorne države (za razliko od upravne, kjer država neposredno prek webrovske linijske komande in nadzora skrbi za izvajanje nalog), ki je našla svoje mesto v idejah novega javnega managementa.

419 Javni uslužbenci so tisti, ki predstavljajo javno upravo in katerih glavni opredelilni element so javna pooblastila. Upravnotehnična smer, ki se je razvijala v ZDA, je dala velik poudarek javnim uslužbenecem. Prvi zametki upravnega prava so zadevali predvsem uslužbenko pravo, pa tudi danes je upravni organ (ang. administrative agency) neposredno povezan z zaposlenimi (ang. agents): ‘kot beseda organ [agency] nakazuje, so pristojni [authorities], ki so predmet upravnega prava kot javni uslužbenci, uradniki komisije ipd. [agents-officers, boards, commissions and the like] bili ustanovljeni s strani nekega predstojnika, da bi izvajali cilje te osebe ali organa’ (Mashaw idr., 2003, str. 12).

420 Navadno so pravna vprašanja prepuščena sodišču, dejanska pa upravi; med sodstvom in upravo obstajajo vmesne stopnje, kjer je sodišče bolj (dejansko stanje) ali manj popustljivo (diskrecija, pravna vprašanja) glede odločitev uprave; čeprav se zdi, da ima uprava tu več proste presoje, gre prav za nasprotno. Ravno tu se mora uprava potrditi, da logičnost izhaja iz ugotavljanja dejanskega stanja. Prav na to opozarjajo ameriški avtorji, ker bi se tujcem lahko zdele odločitve sodišč čudne: ‘Kako čudno. Ameriška sodišča so popustljiva do javnih organov glede vprašanj prava, kjer so pravzaprav sodišča strokovnjak, izvajajo pa zelo poglobljeno analizo politik, kjer so javni organi strokovnjak. Zdi se, da razumejo prav obratno’ (Breyer idr., 2006, str. 403). Sodišča so popustljiva le v primerih, kjer imajo na voljo dovolj informacij – manj, ko je informacij, strožja in globlja je prosoja. Ne govorimo o sporu polne jurisdikcije, kjer bi sodišče samo odločilo o pravici oziroma obveznosti sami (o upravni stvari) namesto uprave. Sodišče le v okviru osnovne koncepcije upravnega spora (presoja zakonitosti in pravilnosti odločanja o upravnih stvareh, o katerih odločajo upravni organi) s strogim vpogledom presodi, ali obstaja dovolj velika logičnost odločitve. Če ne, jo razveljavi in vrne upravi v ponovni postopek.

že kar v poboljševalnici; vsekakor ima veliko energije, za katero je eden od ustanovnih očetov ameriške ustavnosti, Hamilton menil, da je izvršilni veji oblasti nujno potrebna za dobro upravljanje (1987). Ta “energetska točka” se tudi po več kot dveh stoletjih od Hamiltonove izjave, še vedno nahaja v javni upravi kot najštevilčnejšemu državnemu aparatu. Zadovoljevanje javnih potreb zaradi različnosti preferenc res da ne more biti nikoli optimalno za vsakogar,⁴²¹ pomeni pa predvsem *upravljanje*, tj. *odločanje*, ki se odvija znotraj javne uprave. Kolikor se ta po naravi dela ukvarja s pravnimi razmerji med državnimi oblastnimi organi ter med neoblastnimi organi in posamezniki, gre za upravno pravo.

Ideja osvetlitve upravnega prava temelji na predpostavki o “problematičnosti” – ali bolje njegovi temeljni lastnosti – upravnega prava v smislu nezmožnosti njegove opredelitve, še manj njegovega natančno načrtovanega prihodnjega odzivanja na probleme, ki izhajajo iz same kompleksnosti narave, tehnologij, številnih razmerij, prepletanj, učinkovanj, prostora in časa; nekje vmes je še psihologija človeka, ki je vpeta v omenjena razmerja. Prispodobno bi lahko iskali v poimenovanju otroka s strani staršev in njihovi temeljni vzgoji (na katero že zelo kmalu vplivajo tudi ostali dejavniki), ki otroka pripravi na njegovo kasnejše samostojno življenje, na katerega sicer lahko vplivajo, ne morejo pa ga resno spremeniti brez volje otroka, takrat odraslega posameznika. Primerjavo z otroki uporabljamo za javne uslužbenke: Aristotelov *homo politicos* dandanes postaja vse bolj Simonov *homo administrativus, adaptivus, celo expertus* (Crowther-Heyck, 2005). Je tisti, ki v okviru kontrol in izven njih⁴²² izbira najprimernejše odločitve, jih kot sredstva za zadovoljitev ciljev podaja politiki v obliki predlogov in odločilno vpliva na odločitve. Iskanje rešitev (le) v organizacijskih oblikah, kot so neodvisne javne agencije (kot visoko strokoven in neodvisen organ, ločen od vplivov politike), se ni izkazal za čudežni recept,⁴²³ ki bi popeljal države iz krize; kljub temu, da gre za stare recepte,⁴²⁴ se še vedno nismo dovolj naučili iz zgodovine. Z nastankom Evropske unije se je začela (in kot tip ve-

421 Po mnenju Aristotela naj bi država zares obstajala šele takrat, ko bi bila sposobna zadovoljiti vse potrebe ljudstva, vendar je dokončnost takega cilja oddaljena tako kot Platonova vladavina kraljev in filozofov. Država naj bi po njem postala država šele takrat, kadar je združena masa v stanju, da lahko zadovolji vse svoje potrebe (Aristotel, 2010, str. 1261b, 7).

422 Hierarhija in stroga kontrola izvajanja že dorečenega ne omogoča produktivnega iskanja idej, kolikor višje vodstvo tega ne dopušča; kolikor to dopušča, je že izven klasične hierarije in kontrole, čeprav še vedno v okviru upravnega prava.

423 Administrativne reforme, ki so bile implementirane v zadnjih desetletjih, čeprav so bile včasih oblikovane, da bi zagotovile alternativne instrumente kot organe, ki zaobidejo tisto, kar razumemo kot trdne hierarhije in meje sekularizirane Webrove države, niso nikjer privedli do odprave linijskih ministrstev, ki ostajajo robustna odlika vsakega državnega aparata v sodobni Evropi (Cole & Eymeri-Douzans, 2010, str. 399).

424 Prva neodvisna regulatorna agencija je bila ameriška *Interstate Commerce Commission (ICC)*, ustanovljena prav leta 1887, ko je Woodrow Wilson zahteval ločitev uprave in politike. Tovrstne agencije so odigrale ključni del v politiki New Deal; novo javno upravljanje se je v Veliki Britaniji začelo z ustanavljanjem t. i. next-step agencij, ki so upravljalsko in finančno ločene, a del ministrstva. Ne gre za nič drugega kot za organ v sestavi ministrstva, ki so ga kontinentalne države poznale že v začetku 20. stoletja. *Plus ça change, plus c'est la même chose* – bolj ko se stvari spreminjajo, bolj ostajajo enake. Tako je leta 1849 zapisal francoski pisec Jean-Baptiste Alphonse Karr. To drži tudi za organizacijske oblike organov države.

denja, ki ne upošteva sistemskih in bioloških lastnosti, nadaljuje) t. i. evropeizacija regulacije (Majone, 1996), katere trend je skupaj z nastankom različnih tipov agencij zmanjšal neposredne kontrole nacionalnih vlad, ki so jih imele nad procesom regulacije, a kljub temu države ostajajo še vedno glavni regulator kljub obstoju nadnacionalnih regulativnih režimov. Evropeizacija (ali nastanek regulatorne⁴²⁵ države) je močno povečala delež upravnega prava tako na nacionalni kot transnacionalni ravni. Ker del, ki se nanaša na porast pravil, celo prek deregulacije (“svobodnejši trgi z več pravili”) (Vogel, 1998) ne potrebuje večjega dokazovanja (ker ga potrjujejo številke sprejetih predpisov), bomo skušali osvetliti “misterij”⁴²⁶ upravnega prava, s katerim država ureja razmerja med organi in med njimi ter posamezniki. Upravno pravo na drugi strani in stran od vseh partikularnosti, dobiva vse bolj enotnejšo (globalno) vsebino, predvsem zaradi prakse Sodišča Evropskih skupnosti, Sodišča za človekove pravice, Meddržavnega sodišča v Haagu, Prizivnega telesa Svetovne trgovinske organizacije v Ženevi in drugih forumov odločanja. Skupni opredelilni elementi so ob specializaciji posameznih področij prvi znak odraslosti. Dandanes se umešča med prostor neomejene svobode in javni interes, kjer upočasnjuje in varuje, pospešuje in omogoča razmerja svobode, da se ne bi sprevrgle v svoje nasprotje.⁴²⁷ Včasih je slednje tudi politika sama, ki ga je ustvarila.

22.1 Upravno pravo – nezmožnost enopomenske opredelitve

Opredelitev upravnega prava je toliko kot avtorjev, ki skušajo ujeti neoprijemljivost, izmuzljivost pojmovne opredelitve. Upravno pravo ni le pravo, ureja več kot upravo. Nanaša se na (državno, nadnacionalno, mednarodno, tudi pogodbeno⁴²⁸) urejanje okolja in ljudi, ki v njem živijo, zato se spreminja glede na pojmovanja v času in prostoru. Različni položaji onemogočajo postavitev enotne definicije, če ga opazujemo zgolj s posameznega vidika. Na upravno pravo bi lahko gledali kot na vedo o bistvu in smotru ter hkrati o omejevanju države, o razmerjih države do posameznika, do stvari ter njihovih medsebojnih vplivanj, ki so vnaprej (bolj ali manj) pravno urejena. V tem delu ga lahko enačimo s politiko in javno upravo. Upravno pravo na samem začetku izhaja iz praktične filozofije v okviru metafizike, ki prek logike odpira vrata

425 Pojem sta skovala Harold Seidman in Robert Gilmour v njeni študiji ameriške vlade prek prehoda od pozitivne države do regulatorne. Pozitivna država naj bi bila država, ki neposredno zagotavlja dobrine in storitve, medtem ko regulatorna skuša doseči enake cilje na posreden način, prek regulacije (usmerjanja in nadzora), zasebnega sektorja in trgov. Več o tem glej v (Seidman & Gilmour, 1986).

426 Kolikor razumemo upravno pravo kot klasično razmerje nadrejene oblasti in podrejene volje, lahko zаметke upravnega prava iščemo že v bibliji (Geneza), kjer Bog ukazuje, prepoveduje, zaslišuje in kaznuje.

427 V času absolutizma bi lahko rekli, da se je umeščalo v polje neomejene samovolje, kjer je v vladarjevem interesu pospeševalo in razdiralo obstoječa razmerja. Ker beseda in dejanja (ne le dogovori) zavezujejo, se je sčasoma preneslo iz nevezanega v vezano delovanje uprave.

428 Kjer je ena ali druga stran po pogodbi zavezana, da se v določenih primerih podredi volji druge strani, kjer obe ali več strani ustanovijo skupno telo, ki mu dajo določene pristojnosti.

filozofiji. Metafizika kot temelj Aristotelovega filozofskega dela govori o stvareh, ki stojijo za naravnimi fiziološkimi pojavi in tvorijo sam njihov začetek. Za konkretno politiko stojijo nefizikalne vrednote; splošni del upravnega prava se prav tako nanaša na to, kar je za dejanskim stanjem, kar naj bi se uporabljalo v vseh primerih enako, kar je temelj (naravne) pravičnosti. V ta del ne sodi le načelo enakosti, pač pa tudi ostala splošna pravna načela, ki so po svoji naravi splošna in prisotna v večini pravnih redov z različnimi imeni, a s podobno vsebino. Z idejo vseprisotnosti nečesa, kar je *za* ali onkraj konkretnega fizičnega ozemlja posamezne države, kar se nanaša na razmerja (vsake) države do ljudi, bi ga v tej luči grške metafizike⁴²⁹ lahko zapisali tudi v "grško-slovenskem" slogu: UPRAVNO PRAVO.

Kompleksnost upravnega prava so avtorji od Otta Mayerja naprej skušali definirati *negativno* (uprava je tista dejavnost države, ki ni niti zakonodaja niti sodstvo), čeprav sam Mayer v nadaljevanju dodaja, da ni vse uprava, kar ni niti zakonodaja niti sodstvo.⁴³⁰ V prehodu od negativne opredelitve⁴³¹ do današnjih⁴³² pojmovanj upravnega prava se je le-to označevalo glede na različna izhodišča: predvsem gle-

429 Čeprav navadno govorimo o nastanku upravnega prava z uveljavitvijo načela zakonitosti ob prehodu absolutističnih sistemov v demokratične sisteme vladavine, ne smemo pozabiti, da se je zakonitost poudarjala že v antični Grčiji (Platon tako npr. izda delo Zakoni, gr. *Nomoi*), da Hammurabi v preambulo svojega zakonika (med 1792 in 1750 pr. n. št.) zapiše, da tisti, ki »priznava pravico, vlada po zakonu« in da najbolj očitna »stara« podreditev oblasti pravilom razvidna iz 61 dela Magne Carte Libertatum. Slednji del določa ustanovitev komisije, sestavljene iz 25 baronov, ki bi se lahko v primeru kršitve kateregakoli člena ali kršitve miru, kadarkoli sestala in preglasovala kraljevo voljo (če le-ta ne bi odpravil kršitve v 40 dneh) in zasedla njegove gradove, premoženje ali katerakoli druga sredstva, vse dokler ne bi bila odpravljena kršitev glede na odločitev komisije (Leeming, 1915, str. 115, 117).

430 V ta sklop sodijo ustavnopravne pomožne dejavnosti kot so npr. razpust parlamenta, določanje plebiscita, razpis splošnih volitev. Sem bi se uvrstilo tudi delovanje države, kjer izstopa iz kroga svojega pravnega reda; v ta del on uvršča mednarodno dejavnost, vodenje vojn, primere prava nujnosti (še posebej sprejemanje ukazov v izrednem stanju ipd.). Tako Mayer v zaključku definira upravo kot delovanje države za uresničevanje njenih namenov v okviru pravnega reda izven sodstva (Krbek, 1955, str. 13). Podobno je negativno Waline opisal upravo glede na uslužbenca, ki sprejemajo akte: »administrativna funkcija je tista, ki jo izvajajo javni uslužbenci (agents publics), ki niso niti parlament niti sodniki. Krbek na mesto tega starega razlikovanja med zakonodajo, sodstvom in upravo meni, da je pravilneje in bolj sistematično razlikovati med: »sprejemanjem pravnega predpisa, konkretnim izvrševanjem in kontrolo izvršitve. Klub temu je treba takoj poudariti, da s tem ni izčrpana celotna dejavnost države, ker obstajajo tudi takšne dejavnosti države, ki se ne morejo pravno zajeti. Če je za posamezne državne dejavnosti ali organe značilno, da lahko vsebujejo samo eno od teh treh dejavnosti (izključno ali v glavnem – tako npr. zakonodaja prvo, sodstvo drugo in državno tožilstvo tretjo) je za upravno dejavnost značilno prav to, da vsebuje vse tri: uprava tako sprejema pravne predpise, jih izvršuje kot tudi nadzira njihovo izvajanje (Krbek, 1950, str. 75–76).

431 Takšen postopen prehod je čutiti tudi pri starosti nekdanjega jugoslovanskega upravnega prava, akademiku Krbku: '[u]pravno pravo je skupek pravnih norm, ki regulirajo pravne odnose, ki nastanejo v procesu državne pravne dejavnosti, kot na sploh vsi tisti pravni predpisi, ki jih izvajajo organi državne uprave – izvzemajoč (v obeh primerih) tiste pravne predpise, ki sodijo v katero drugo pravno vejo. Da se upravno pravo ne da opisati na pozitiven način, je nujna posledica pojava, zaradi česar se tudi sam pojem uprave lahko točno določi samo negativno' (1950, str. 123)'.

432 Negativna definicija se uporablja tudi dandanes: 'Upravno pravo so pravila, ki se nanašajo na organizacijo in delovanje izvršilne veje minus pravila, ki se nanašajo na organizacijo in delovanje zakonodajne in sodstva in minus pravila, ki sodijo v kakšno drugo vejojavnega prava, kot je davčno pravo in pravo socialne varnosti' (Lust, 2002, str. 6). Negativna definicija izven upravnega prava uvršča dejavnost zakonodajne in sodne veje oblasti, vendar je takšna opredelitev točna le v kolikor gre za neposredno delovanje teh vej; če zakonodajalec sprejme zakon, ki ureja državno upravo ali njeno organizacijo, ne moremo reči, da vsebina ne sodi v upravno pravo, pač pa le konkretna dejavnost zakonodajalca. Če sodnik (ne)razsodi, gre za ravnanje sodstva, ki ima lahko vsebino v upravnem pravu (sodni zaostanki, upravni spor).

de na *kontrolno* državne moči, ki zagotavlja, da ostajajo pristojnosti države v okviru zakonskih mej, da varujejo državljane pred njihovo zlorabo (Wade & Forsyth, 2014) (**kontrolna funkcija**), glede na *pristojnosti* državnih organov (glavni namen je zaščita posameznikovih pravic (Seerden & Stroink, 2002), predstavnikov javnosti (Harter, 2002) – **varovalno nadzorna funkcija**), glede na pravila, ki jih je potrebno učinkovito izvajati glede na cilje (s hkratnim določanjem pritožbenih poti zoper odločitve države (Jones & Thompson, 2002) – **funkcionalna funkcija**), na zagotavljanje odgovornosti države prek pospeševanja participacije s strani zainteresiranih skupin (**legitimacijska funkcija**), na pristojnosti sodišč (glede na primere, ki jih je *Conseil d'Etat* sprejel v obravnavo (Auby, 2002) ali druga (redna) sodišča⁴³³ – naravnopravna funkcija), na konkretizacijo ustave⁴³⁴ (**ustavna funkcija** kot značilnost nemškega upravnega prava), na tip demokratične družbe in politične teorije, v kateri živi posamezen narod (P. P. Craig, 2003) (**demokratično – politična funkcija**), na mešano pravo med javnim in zasebnim, kjer javni del konstituira in opredeljuje upravno pravo (Chapus, 1996) (**javnopravna funkcija**), na področje svojega predmeta, kot dela uprave, katerega označuje njegova avtonomnost s pravili, različnimi od zasebnega prava (Braibant, 2002) (**avtonomno – avtoritativna funkcija**), itd...

Ob sledenju avtorjev bi lahko ob kompleksnosti tega področja in organov, ki ga uporabljajo, uporabili pretežno organizacijsko-procesni vidik: *upravno pravo sestavlja sklop pravil, ki se nanašajo na ustavno (pod)izvedbo⁴³⁵ organizacije in delovanja državnih organov ter na primere, ko v upravnih⁴³⁶ zadevah, upravni in drugi organi ter nosilci javnih pooblastil odločajo o pravicah, obveznostih ali pravnih koristih posameznikov, pravnih oseb in drugih strank*. Ker je tudi ta definicija pomanjkljiva (kaj je upravna zadeva, do kam je priznan pravni [upravičen, zadosten] interes, ni poudarjena varovalna, nadzorna, naravnopravna in legitimacijska funkcija), se lahko zopet vrnemo na sam začetek. Kaže, da je opredelitev (glede na zaželenost posamezne vrednote) odvisna predvsem od družbeno-zgodovinsko-politične situacije (*konteksta*),

433 Bistvo upravnega prava temelji na sodnih doktrinah, ki na podlagi nepisanega prava postavljajo splošne pravne standarde za ravnanje javnih oblasti (Wade & Forsyth, 2014, str. 6). Podobno Craig: ‚[n]aravna pravičnost in sodni nadzor sta pravni osnovi, ki vzpostavljata upravno pravo‘ (P. P. Craig, 2003, str. 3).

434 Upravno pravo je ustavno pravo postavljeno v konkretne pojme (Werner, 1959, str. 527). ‚Upravno pravo je del ustavnega prava, ki razkriva, katere stvarne in izvršljive omejitve se lahko postavijo upravnim ravnanjem‘ (Smith & Brazier, 1998, str. 577).

435 Že na ustavni ravni lahko rečemo, da ‚upravni akti niso tiste odločitve, ki jih nosilci zakonodajne in sodne veje oblasti sprejemajo za izvrševanje svojih ustavnih pristojnosti, in tisti akti, ki jih sprejemajo nosilci izvršilne veje oblasti in so utemeljeni na politični diskreciji, podeljeni na podlagi ustavnih in zakonskih pooblastil‘ (glej 3. člen Zakona o upravnem sporu, Ur. l. RS, št. 105/06), zato bi ta del izostanka upravne poti sodil v okvir upravnega prava.

436 Upravna zadeva kot družbeno razmerje je dejansko ali predvidljivo nasprotje med zasebnim in javnim interesom, ki ga mora pristojni organ s svojo odločitvijo razrešiti. V primeru, ko takšno nasprotje obstaja oziroma ga je mogoče predvideti, to situacijo v abstraktni pravni normi opredelimo kot upravno zadevo in jo kot pristojnost poverimo posameznemu upravnemu organu v odločanje. Prisotnost javnega interesa oziroma udeležba z vidika javne oblasti predstavlja enostranski izraz centralne oblasti, zato lahko upravno pravo uvrstimo v sistem pravnega monizma.

ki naj bi jo urejalo upravno pravo. V vseh teh primerih predstavlja nekakšen *katalizator*, ki naj bi pretvarjal škodljive učinke v manj škodljive, kot drugo pa (s pomočjo organov javne uprave in strank v postopku) *regulator*, ki naj bi ohranjal zeleno smer ali značilnost. Upravno pravo je tako družbeni katalizator med neomejenimi željami posameznikov in nujnimi potrebami skupnosti, med pravicami posameznika in javnim interesom (slednji izide iz obravnave načela suverenosti kot Rousseaujeva občja volja – *volonté générale*; določa pravila, ki urejajo odnose v določeni družbeni skupnosti in sicer v razmerju med javnim ter med javnim in zasebnim sektorjem) ter regulator, ki prek javnih pooblastil, pravic in dolžnosti, ohranja smer z aktivnim spremljanjem okolice in povratnim vplivanjem na potrebne prilagoditve.

Kot naslednji pripomoček pri opredeljevanju bi lahko uporabili Aristotelovo delo, v katerem je obravnaval stvari in njihovo zunanje proizvedeno gibanje, tj. *Fizika (Physica)*.⁴³⁷ V tretjem poglavju druge knjige *Fizike* meni, da je treba uporabiti štiri različne razlagalne principe glede na vprašanje vzroka za obstoj določene stvari (tako tudi upravnega prava ali katerekoli druge stvari). Po Aristotelu ima vsaka stvar štiri vzroke: izvorni materialni vzrok (vsebina – lat. *causa materialis*), formalni vzrok (oblika – lat. *causa formalis*), gibalni vzrok (sila, ki povzroči združitev vsebine in oblike – lat. *causa efficiens*) in končni vzrok (cilj – lat. *causa finalis*). Ker ima beseda vzrok lahko več pomenov (vzročna zveza), ima ista stvar več vzrokov, kjer eni stojijo pred, ob ali za drugimi. Vzroki posameznih lastnosti so nujni elementi pri vsaki obravnavi obstoja in narave stvari; vsaka odsotnost ali sprememba katerekoli izmed vzrokov povzroči obstoj drugačne vrste stvari. Obrazložitev vseh štirih vzrokov pa zajame vso pomembnost in realnost (naravo) stvari. Vzrok pomeni tisto, kar je konkretno ali kar je genus, kar je naključna lastnost ali kar je genus te naključnosti (npr. simpatija), kar je bodisi sestavljeno ali vsako zase; vseh teh šest vzrokov predstavlja bodisi *dejanske* ali *potencialne* vzroke. Razlika je v toliko, da vzroki, ki so dejansko na delu in konkretno obstajajo, prenehajo obstajati hkrati z njihovim učinkom, kar pa ne drži pri potencialnih vzrokih.⁴³⁸ Pri preiskovanju vzroka za vsako stvar je treba vedno iskati tisto, kar je najbolj natančno. Poleg tega je treba splošne učinke pripisati splošnim vzrokom, konkretne učinke pa konkretnim vzrokom; moči so relativne glede na možne učinke, dejansko delujoče vzroke pa stvarjem, ki so bile dejansko deležne teh učinkov. Aristotelov vidik naj bi zadostoval za obravnavo števila vzrokov in načina njihovih povezav tudi pri upravnem pravu. Kaj je torej narava stvari upravnega prava? Sestavljali naj bi ga omenjeni štirje vzroki. Pojavi se z določeno realno ali potencialno vsebino in obliko (tako materija kot oblika sta odvisni od oko-

437 <http://classics.mit.edu/Aristotle/physics.2.ii.html#187> (17. 11. 2016)

438 Potencialni vzroki lahko predstavljajo vzrok za določeno delovanje, ne da bi se tudi sami dejansko realizirali (npr. varnostna grožnja povzroči varnostne priprave ne glede na to, da se grožnja ne uresniči, predvidevanje večje nezaposlenosti sproži delo na področju ustvarjanja novih oblik javnih del, čeprav se nezaposlenost ne poveča).

liščin oziroma področja, od možnosti njunega vzajemnega delovanja – kako lahko določena oblika vpliva na vsebino in obratno v realnih in potencialnih stanjih), ki je združena prek skupnega povezovalnega elementa (zakonito in legitimno delovanje javne oblasti) in končnim ciljem (dobro družbe kot celote, skupna korist, ki se *lahko* doseže tudi prisilno). Izkaže se, da gre sicer vedno za *zakonito delovanje javne oblasti za skupno dobro*, vendar je to šele en del narave stvari *upravnega prava* (delovanje javne oblasti predstavlja združene zakonite oblike in pojavnost tega delovanja; vsebina in oblika *delovanja* oblasti sta gibalni razlog, ki povratno vpliva na prvotno materijo in obliko, na katero delujeta): *potrebna je še navezava na materijo področja in na pojavnost (obliko) te materije, na kateri naj bi poskušali vplivati*. Potrebno se je vprašati: “Na kakšen način in s kakšnimi zakonitimi sredstvi (lahko) javna oblast deluje na prvotno materijo in njeno obliko, da bi iz te dejavnosti izšlo skupno dobro”?

V povezavi z naravo stvari upravnega prava (upravna zadeva) ugotovimo, da je *upravno pravo skupek (potencialnih⁴³⁹) področij (materij in njihov oblik), na katere posega ali bi lahko posegala država prek zakonitih in legitimnih sredstev za skupno dobro družbe kot celote,⁴⁴⁰ vse to pa se uresničuje ali na prostovoljni osnovi, lahko pa tudi prek javne oblasti*. To bi bila narava stvari upravnega prava, ki se v potankostih (v ožjem smislu) lahko uvršča tudi na druga področja,⁴⁴¹ za vse pa bi veljalo, da bi bilo treba ožjo definicijo določati glede na okoliščine obravnavanih primerov. Postavljeni definiciji upravnega prava je glede na njeno (funkcionalno) vsebino podoben opis ‘upravnega prava kot veje javnega prava, ki se ukvarja z aktualnim delovanjem države, z upravnim procesom, ki se začne po sprejemu nujne primarne zakonodaje in se nanaša na vsakodnevno upravljanje države na centralni in lokalni ravni, ki postavlja ustavno določene politike v prakso’ (Smith & Brazier, 1998, str. 577).

439 Ta del se navezuje predvsem na aktivno načelo zakonitosti, ki se usmerja predvsem na spremljanje stanja, analizo, preučevanje in podajanje novih predlogov (regulator) glede na ugotovljeno dejansko stanje. Preden se namreč odloči država za določen ukrep je potrebno imeti zanj dovolj informacij. Stanje ne sme kulminirati že v javnih protestih; država je zavezana, da budno spremlja okolico, v katero posega.

440 Vloga družbenega katalizatorja je, da poskuša vse negativne vplive in učinke obrniti v prid družbe kot celote.

441 Podobno bi lahko definirali tudi *javni interes*, kar bi vzpostavilo sinonim za upravno pravo kot javno vejo prava v najširšem smislu (javni interes se pojavlja tudi v drugih pravnih vejah, kjer je skupno dobro v izhodišču manjše in kjer izstopa predvsem zasebna korist pogodbenikov ali strank v sporu; kljub temu je v ozadju prisoten celoten interes družbe po urejenosti takih področij in njihovem nemotenem delovanju, ker lahko posledice nedelovanja vplivajo tudi na družbo kot celoto – obligacijsko, delovno, civilno procesno, dedno, avtorsko pravo, na področja, kjer je v večji meri prisotna javna oblast – kazensko, vojaško pravo, ali zakonitost delovanja – uslužbenko pravo, organizacija državne uprave). Ker država vse bolj posega na raznovrstna področja družbenega življenja, katerih posledice se širijo izven območja posameznika (varovanje okolja, segregiranje ozračja, migracije, zdravstveno stanje ljudi, kriminal ipd.) postaja pravni interes vse bolj omejujoča funkcija nadzora nad delovanjem države. Upravno pravo se sooča z novim vstopom legitimnih akterjev na posamezna področja (naravovarstveniki, skupine za zaščito človekovih pravic, živalskih in rastlinskih vrst ipd.) tj. v smeri širjenja javnega interesa. Tudi javni interes doživlja svojo renesanso (nova pojmovanja procesne legitimacije), saj se ga ne pojmuje več izključno z vidika javne oblasti, pač pa z vidika akterjev, ki želijo dobro družbi kot celoti.

22.2 Upravno pravo in njegova meta-pojavnost

Antična dela kažejo na prepletanje civilnega življenja s politiko (politika, javna uprava, upravno pravo, ekonomika itd. so združene v celoto kot vprašanje, kaj je dobro za družbo in kaj ne). Pred pojmovanjem upravnega prava, ki mu dandanes postavlja namen zakonodajalec, je vprašanje dobrega za družbo v zgodovini postavljeno v vladarja, ki zagotavlja le mir in spokojnost, “*pax et tranquillitas*”. Interes nadaljnega obstoja narekuje, da se interes vladarja postopoma prevesi iz omejevanja podanikov v smeri interesa celotne skupnosti. Tu lahko zaznamo prehod iz formule obstoja, od “*ius eminens*” vladarja v opravičevanje vladarjevih ravnanj za dobro ljudstva po shemi opravičenja sredstev glede na cilj, v policijsko “pravo”, tj. kameralistiko. Od popolnoma osebne koristi se mišljenje premakne v osebno mišljenje vladarja o tem, kaj je dobro za skupnost (a je še vedno le osebno mnenje). Izhaja le iz opravičenja sredstev glede na cilj brez možnosti pravne utemeljitve dejanj. Z nastopom pravne države se namen premakne v zakonodajalca, v njegovo pojmovanje dobrega za skupnost, v javni interes.

Upravno pravo je pri izbiri sredstev vezano na njihovo vzročno učinkovanje; presoja naj bi bila vzročno - vrednostna glede na postavljen namen (tudi tu gre za dedukcijo občega namena na konkretna sredstva; tudi tu lahko govorimo o izurjenosti, ne naučenosti, podobno kot pri subsumciji občega pravila pod konkretno). *Kavzalno razumevanje vedno zahteva formo reda, ki postavi razmerje med sredstvom in namenom.* Namen je osnova za utemeljitev izbranih sredstev na podlagi njihovih (dovoljenih) učinkov. Če so se norme v policijski državi navezovale na “naloge” državnih organov (ne glede na uporabljena sredstva, naloge, ki jih je postavil vladar), lahko govorimo le o normah, ki urejajo pristojnosti. Norme v pravni državi se nanašajo še na razmerje do sredstev, s katerimi se zasleduje namen zakonodajalca (pojavi se načelo sorazmernosti). Obrat proti vse večji specifikaciji pogojev delovanja uprave ima (poleg vse širših nalog) za posledico množičen porast norm javnega prava. Dejansko stanje mora biti v čim večji korelaciji s pravno normo. To *racionalno* iskanje alternativ (sredstev) in njihovih učinkov, njihovo specifikiranje, preciziranje in ločevanje (kdaj je ukrep nujen, primeren in potreben), sodi v celostno razumevanje vzročno posledičnih odnosov, s čimer pa zgolj pravo ne more priti do konca. Ker vzročno-posledičnega *kognitivnega* delovanja posameznika ne moremo nikoli v celoti spoznati, se pravna hermenevtika skrči na razumevanje dejanskega stanja, na sposobnosti (zdravo)razumskega mišljenja in sposobnost podreditve empiričnih dejstev pod normativne na način, da iz njih dobimo smisel (razumno, “normalno” razlago). V resnici gre bolj za človeško sposobnost kot pravno znanost, bolj za *urjenje* kot učenje. Gre za neko vrsto univerzalnosti človeka, ki razlaga, subsumira dejanja pod pojme in jim (tudi interesno) skuša vnesti svoj pomen. Človek kot *homo politicos* ureja družbo (kot celo-

to), zato je napačno javnemu interesu pripisovati le partikularnosti; prav obravnava (le) posameznega področja predstavlja njegovo napako.⁴⁴² Pri upravnem pravu gre tako kot pri ostalih vejah prava v osnovi za *zdrav razum*, ki ga apliciramo na družbo kot celoto (a pri tem ne gre spregledati vseh napak kognicije). Zdravorazumsko ujemanje vsebine javnega interesa med tistim, ki ga določi država in tistim, ki ga razumejo državljani, tvori jedro legitimnosti. Ta miselna sposobnost, ki jo ima večina ljudi preprečuje, da bi se skrivali za zapletene formule in oblike delovanja, če gre v osnovi za preproste ideje, ki temeljijo na združevanju moči za skupno premagovanje individualno nepremagljivih težav. Do velika pomena pride obrazložitev, pojasnitev razlogov, ki so vodili k odločanju, saj se sicer popolnoma racionalna odločitev (za nekoga, ki ima več informacij) zdi za drugega (ki jih nima) popoln nesmisel.

Ker je tudi na področju ekonomskega liberalizma prisoten družbeni intervencionizem v smeri nujno potrebnih varoval zoper neomejeno konkurenco in zlorabo prevladujočega položaja (kot zaščito družbe pred egoističnimi idejami posameznikov), si družba v odsotnosti formalnega upravnega prava ali celo pred upravnim pravom, ne pomaga s konkurenco, pač pa z *njegovim preseganjem, z modifikacijo zakonitosti*. V mirnem času gre za nepisano pravo v obliki *splošnih pravnih načel*, v vojnem stanju in drugih izrednih razmerah pa za *institut izrednih razmer*, kjer posamezne pravice pridejo v ozadje družbene nujnosti. V teh okvirih gre za razmerje nadrejenosti *meta*-upravnega prava in podrejenosti klasičnega upravnega prava, ko nadrejenost in podrejenost odstopi mesto višji nadrejenosti splošnega načela ali izrednega stanja. Vermeule je npr. na podlagi prevladujočega instituta izrednega stanja po teoriji nemškega jurista Carla Schmitta⁴⁴³ iz časa nemškega Rajha, razglasil ameriško upravno pravo (nastalo po 11. septembru, ki se nanaša na razloge nacionalne varnosti) za Schmittovsko (2009) (v resnici gre za iskanje vsebin, ki bi lahko imele pečat tako zakonitosti kot nezakonitosti op.), saj naj bi upravno pravo vsebovalo, vgrajeno neposredno v strukturo, serijo zakonskih 'črnih lukenj' in 'sivih lukenj'.

Zakonske črne luknje nastanejo, ko zakoni ali pravna pravila "ali eksplicitno izvzemajo eksekutivo od zahtev vladavine prava ali eksplicitno izključujejo sodni pregled nad dejanji eksekutive. Sive luknje, ki so zakrite črne luknje se pojavijo ko 'sicer obstaja nekaj zakonskih omejitev nad eksekutivo – ne gre za zakonsko neveljavnost – vendar so omejitve tako nepomembne, da vladi omogočajo, da počne skoraj vse kar želi. Sive

442 Ko se odločamo o javnem interesu na določenem področju je treba javni interes primerjati z drugimi področji in ugotavljati, kaj bi na določen način tako ugotovljen javni interes povzročil na drugem področju (npr. vprašanje je, ali bi enormna zaostritev prometnih kazni povečala prometno varnost, zagotovo pa bi nesorazmerno poslabšala položaj revnejših slojev prebivalstva; ali bi velike kazni za delo na črno vodile k njegovemu zmanjšanju ali povečanju pritiska na socialno blagajno).

443 Njegovo navezavo na *Reichspräsidenta* (v delu *Verfassungslehre*, München, Dunker und Humboldt 1928), bi lahko iskali tudi v Heglovi najvišji opredelitvi suverenosti monarha kot 'momenta zadnje voljne odločitve, ki odreja samo sebe', 'kot zadnja odločujoča subjektiviteta, dvignjena nad vsako odgovornost za upravne postopke' (§ 279, 284). Hegel, Osnovne crte filozofije prava. Veselin Masleša, Sarajevo 1964, str. 239, 244.

luknje tako predstavljajo 'fasado ali obliko vladavine prava prej kot njeno vsebinsko zaščito (Dyzenhaus, 2006, str. 3).

Tako kot izjema potrjuje pravilo (v delu, ki iz pravila ni izrecno izvzet), izredno stanje hkrati ukinja in potrjuje pravo. Z nujnim dodatkom – pritrujeta nečemu, kar je *izven njiju*. Že Rimljani so vedeli, da službene dolžnosti opravičuje *nujnost*.⁴⁴⁴ Stanje izrednega suspendira redno; na področju prava izredne razmere (začasno) lahko suspendirajo večino pravic. Zakonodajalci izredne razmere ne upoštevajo, saj jih navadno ne morejo opredeliti drugače kot v obliki nedoločenih pravnih pojmov.⁴⁴⁵ Ne zato, ker jih ne bi želeli, pač pa zato, ker jih drugače ne morejo. Vedo pa, da je njihova navedba potrebna in *koristna*.⁴⁴⁶ Če izredno stanje suspendira nekatere ustavne pravice, v manjši meri suspendira upravno pravo. Na splošno pa lahko o "meta" upravnem pravu govorimo vedno, ko gre za potrebo po ureditvi nekega področja, na katerem je zazevala pravna praznina; takrat se jo poskuša zapolniti z ustavljenimi tehnikami razlage (če tudi to ni možno pa s spremembo pravil), za vse pa je bistveno, da odločevalec "želi" zapolniti vrzel med pravicami posameznika in pravico skupnosti (javnim interesom), tako da v najboljši možni meri poskusi združiti to, kar dopušča pravo, s tistim, kar narekuje interes, tako da si pravica in korist nikoli ne bosta prišli navzkriž (kot bi rekel Rousseau). Kaže, da je potreba po po regulaciji nejasnosti za mirno urejanje zadev in reševanje sporov, globoko usidrana v samo bistvo človeka.

Specifika upravnega prava je torej njegovo "živo" gibanje med javnim in zasebnim, med (ustavnimi) načeli, odprtimi in zaprtimi pojmi, bolj ali manj določenimi standardi, ne/določenimi pojmi, med vezanim delovanjem, pravico do prostega preudarka, med bolj ali manj zadržano sodno presojo, med *lex cetra* in *lex non certa*, med učinkovitostjo in zakonitostjo, celo med zakonitostjo in moralo. Zgodovinske okoliščine so šle v smeri tendence o zakonitosti uprave (Francija), v smeri *rule of law* in litigacijskega postopka (Velika Britanija), dopolnjenega z varovanjem pravic posameznika, z nemškim *Rechtstadt* principom. Državni aparat naj bi deloval neodvisno, nepristransko in enakopravno; če je pojmom na teoretični ravni enostavno slediti, so na praktični težje ovire. Če se na ekonomski ravni prisotne tendence neoliberalizma na pravnem področju *ex automata* pridružijo liberalni deregulaciji v obliki državne re-regulacije, se prav tako na pravnem področju jasnim, predvidljivim in zanesljivi-

444 Officii necessitas excusatur (Digesta 34, 9, 5 § 13, Paulus).

445 Ustava Republike Slovenije npr. govori o ‚veliki in splošni nevarnosti, ki ogroža obstoj države‘ (92. člen), nemški Grundgesetz o ‚neposredni nevarnosti za obstoj ali za svobodno demokratično ureditev federacije ali dežel‘ (91. člen), francoska ustava o ‚resni in neposredni nevarnosti, če je moteno pravilno delovanje ustavnih javnih oblastev‘ (16. člen) ipd.

446 Zakon, skoz in skoz realistična formulacija določenih pogojev ohranitve občestva, prepoveduje nekatere dejanja v določeni smeri, posebno če se obračajo proti občini: ne prepoveduje pa miselnosti, iz katere pritekajo – saj so ista dejanja potrebna v drugi smeri, namreč proti *sovražnikom* skupnosti. V normalnih okoliščinah se temu smejemo; samo v izjemnih primerih, ko skupnost živi *absolutno* onkraj nujnosti, da se mora bojevati za svoje bivanje, sploh prisluhnemo takim rečem. Požvižgamo se na miselnost, ki ji ni več videti *koristnosti* (Nietzsche, 1991, str. 124).

vim pravilom na isti način vrivajo nepredvidljiva (nedoločena) pravila in pravica do prostega preudarka upravnega organa, ki sta nerazdružljiva elementa upravnega prava kot njegova alfa in omega (A in Ω). Človek pove vedno nekaj več od tega, kar je mislil; 'tako pri sprejemanju pravil kot pri ostalih aktivnostih sta diskrecija in red v konstantni napetosti; v njej bi lahko kdo našel sam motor, ki poganja procese javnega prava' (Strauss, 1992, str. 1463). Ta tenkočutni duh (*esprit de finesse*), ki razmejuje družbeno življenje in pravila v obvezno *dejstvenost*⁴⁴⁷ prava, se upira otipljivim pravilom in načelom. 'Ker so vajeni jasnih in oprijemljivih geometričnih načel in sklepajo šele, ko so si ta načela dodobra ogledali in jih pretipali, se zgublajo v pretanjenih rečeh, kjer načel ni mogoče tako otipljivo zaznati. Saj jih komaj vidimo: bolj jih čutimo, kakor vidimo; in neskončno težko jih je posredovati tistim, ki jih sami ne začutijo' (Pascal, 1986, str. 35).

O nezmožnosti popolnega udejanjanja pravil sta govorila že Platon in Aristotel. V večini primerov, še posebej na področju upravnega prava drži, da so 'vrednote in njihovo spreminjanje v sorazmerju z rastjo moči postavljalca vrednote' (Nietzsche, 1991, str. 16).⁴⁴⁸ Postavljalcev postavlja tako zakonske pojme kot njegove izjeme ali druge *skrajnosti*, četudi se ne bi štele za pravo (*apices iuris non sunt iura*⁴⁴⁹), pri tem mora paziti na dejstvenost (upravnega) prava, sicer pristane v legolatriji (člaščenju) prava *per se*, ne glede na dejansko stanje, ki naj bi ga urejalo. Ta dejstvenost prava (povezava dejanskega in normativnega) je prispevala k temu, da se ne sprašujemo več o upravičenosti diskrecije in njene kontrole, pač pa o boljšem *razumevanju* same vsebine regulacije. 'Sodoben pristop do vprašanj regulacije se razlikuje od razumevanja klasičnih pravniških skrbi glede diskrecije in se usmerja v boljše razumevanje regulatornih politik' (Sunstein, 1999, str. 343). Tudi pri upravnem pravu velja, da je tisto, kar imamo v rokah naše orodje ali orožje, sredstvo, ki vodi do pravice ali krivice.

Vedno je prisotna potreba po pravu, a vedno gre tudi za prilagoditev vsebine okoliščinam. Stvar je toliko bolj pomembna ali zanimiva za posameznika, kolikor več pozornosti posveča tej stvari,⁴⁵⁰ kar pomeni, da ne smemo izpred oči izgubiti celote vseh bistvenih okoliščin (javnega interesa oziroma vprašanja kaj bi bilo dobro za skupnost, ne da bi zaradi tega preveč trpeli posamezniki) na račun okoliščin, v katerih se pojavlja opazovana stvar. Upravnemu pravu, ki presega njegovo običajno

447 Dejstvenost: nenavaden in nejasen pojem, pri katerem je jasno samo to, da izhaja iz besede *dejstvo*. Pomeni, da je pravo odkrilo dejstva v njihovi pristnosti, se jim prepustilo, se jim pustilo oblikovati, si nehalo umišljati, da jih lahko prikraja ali da jih spreminja. Narava in družba se tu izražata neposredno, medtem ko si je pravo pridržalo nevsiljivo urejevalno vlogo (Grossi, 2007, str. 26).

448 To ugotovitev za njim potrdilo več avtorjev (npr. Chomsky, Krugman, Grossi).

449 Skrajnosti (osti) v pravu niso pravo.

450 Profesor Rivero je poudaril, da je v morju veliko več sardin kot *latimeria chalumnae* (vrsta redke tropske ribe, ki živi v velikih globinah in za katere se je donedavna menilo, da so izumrle že pred milijoni let op.), vendar so profesorji naravoslovja veliko bolj zainteresirani za njih kot za sardine, ki so preprosteje in enostavnejše. V pravni oblasti je enako. Srečujemo se z množico komentarjev, knjig, tez o izjemnih, eksotičnih fenomenih, ki nimajo velike praktične vrednosti (Braibant, 2002, str. 34).

rabo, tako lahko damo predznak “meta”, tj. “nad”, saj ne moremo zanikati njegovega obstoja prav v trenutku, ko bi ga najbolj potrebovali.⁴⁵¹ Kompleksnost okolice, vsestransko povezana in prepletena vplivanja, interes družbe kot celote, vzročno vrednostna izbira, kognicija in zdravorazumsko mišljenje, podrejanje empiričnih dejstev pod normativne, gibanje med javnim in zasebnim, med načeli, odprtimi, zaprtimi ter nedoločenimi pojmi, med vezanim delovanjem in prostim preudarkom, med učinkovitostjo in zakonitostjo, splošnimi pravnimi načeli, ki prevzemajo dejstvenost prava – vse naštetu temelji na načelu nujnosti, ki ne suspendira upravnega prava v prvotnem smislu zagotavljanja učinkovitosti pri izvrševanju nalog in funkcij. Ker je bila tej primarni želji pridružena skrb za spoštovanje pravic, se mora tej primarni smeri (čas kameralistike; v tej smeri gredo tudi novejši pogledi na upravno pravo z uveljavljanjem idej novega javnega managementa), (ponovno) pridružiti vrednostna ideja zakonitosti. *Ne glede na (kaotične) razmere, vedno obstaja določena oblika reda*, vedno obstaja nekdo, ki koordinira, deluje, predlaga in ukazuje. Lahko bi rekli, da je nad zapisanim upravnim pravom *meta*-upravno pravo, ki ga presega in ki ne zavrne odločanja o pravici (*denial of justice*)⁴⁵² ter je podobno ne glede na posamezne ustavne ureditve.⁴⁵³ Nad navadnim je izredno (dejanska vsebina), tako kot je nad pravilom načelo (normativna vsebina); oba se povežeta (prek akterja ali razlagalca) na nov način.⁴⁵⁴ Razmerje bi lahko opredelili v smislu subsidiarnosti, ko višja raven (očetovska instanca) prepušča prosto delovanje nižji do trenutka, ko položaja sama ni več sposobna obvladovati. Pravo varuje ne-pravo (Jellinek & Jellinek, 1914, str. 338), redne razmere varuje “odsotna” izrednost.⁴⁵⁵ Meta-upravno pravo je “živo pravo”, *ki uravnava življenje, po katerem ljudje dejansko živijo*. Lahko bi ga opredelili tudi kot Jellinekovo “normativno moč dejanskega”, ki je našla mesto tudi

451 Odnosi javne oblasti morajo biti takrat najbolj složni, odnosi nad-in-podrejenosti morajo biti jasno določeni in upoštevani, izvrševanje ukazov poteka na najvišji ravni, enako velja za kontrolo, poročanje, obveščanje. Ne gre spregledati, da se je javna uprava razvila iz vojaških oblik delovanja (hierarhija, linijsko in štabno vodenje, enotnost komande in kontrole, logistika, komunikacije, reforme, strategije). Glej npr. (Shafritz idr., 2011). Pravna teorija ne more zanikati obstoja izrednosti, kar nikoli niti ni poskušala.

452 Ustavno – upravno pravo obstaja tudi v državah, ki formalno nimajo ustave, zelo lepo pa se to izraža tudi v jurisprudenci sodišča Evropskih skupnosti, ki ne razlikuje med ustavnim in upravnim pravom, vse od primera *Algera* (Joined Cases 7/56 & 3-7/57 *Algera v. Common Assembly* [1957] E.C.R. 39) naprej, ko je moralo poiskati rešitev, ki je ustanovitvene pogodbe niso predvidevale. „Evropska skupnost je primarno sestavljena iz pravil upravnega prava, še posebej iz področja, ki se nanaša na upravljanje gospodarstva. Evropska skupnost, ki jo Evropsko sodišče pravice opisuje kot skupnost temelječo na pravu, bi bila lahko bolj natančno opisana kot skupnost temelječa na upravnem pravu“ (Schwarze, 1992, str. 4).

453 Bolj ko se človek premika od ustavnega prava proti upravnemu, njegova pravila in načela pa proti njegovim metodam, manj pomembne so temeljne razlike med političnimi okviri različnih političnih sistemov ... Ne gre za nobeno vsebinsko razliko med želenimi ekonomskimi učinki na sistem upravnega prava med parlamentarno monarhijo in predsedniško demokracijo (Ruffert, 2007, str. 8).

454 Lahko bi govorili o univerzalni meta-pojavnosti, ki se pojavi, ko z obstoječim naborom pravil ne moremo priti do (učinkovitega) rezultata. Tudi normalno stanje vsebuje meta-pojavnost v obliki splošnih pravnih načel, ki jih priznavajo civilizirani narodi. Craig na ravni EU med meta-načela uvvršča vladavino prava, ravnotežje med institucijami, uspešnost in sodelovanje in upravno učinkovitost (glej 2012, str. 270–279).

455 Za temi pojmi se skrivajo le *okolščine konkretnega časa in prostora*, ki vedno znova narekujejo vsebino javnega interesa, vsebino »normalnosti« v danem trenutku (*Quod licet lovi, non licet bovi*) glede na nabor informacij in zdravorazumsko procesiranje.

v Ehrlichovi “normi za odločitev” oziroma Poundovi ločitvi med dejanskim pravom in tistim, ki je zapisano v knjigah (“*law in action*” ter “*law in books*”) (Hertogh, 2009).

22.3 Vrednosti v upravnem pravu

Če je pravilneje kot le iz norme, izhajati iz celovitosti reda-norme (iz psiholoških, družboslovnih, ekonomsko-političnih razlogov in ciljev), je napačno v redu, normi videti le javno regulacijo. Slednja je ena izmed vidikov (meta)norme. Če je vse-pri-sotna (univerzalna) norma (red), tega ne moremo trditi za formalno pravo kot enega izmed njenih vidikov. Gre za bistveno razlikovanje pripravljalca novih pravil (pre-težno javnega uslužbenca) med formalnimi pravili, ki jih mora izvrševati taka kot so (*vladavina prava*) in meta-pravili, tj. s pogledom na formalna pravila, *kakršna bi morala biti* ob pogoju spremenjenih okoliščin v družbi (*legitimnost pravil*). Uveljavitev norme s strani države, njeno spreminjanje, prevzemanje drugačne vsebine, nespoštovanje in na koncu privedba do diametralno nasprotnega učinka od prvotno zamišljenega kaže, da “*norma*” živi izven pravne norme, tiste formalne norme, ki jo predpiše pravni red (njeni učinki so toliko bolj vidni, če formalna norma odstopa od ustavljenih pričakovanj). Pravni red mora pri svojih uzakonitvah pravil izhajati iz vseobsežnosti norme, računati mora na vrsto (pozitivnih in negativnih) posledic in posrednih učinkov, ki jih bo pritegnila pravna norma. Čas, ki poteče od sprejema pravila do njegovih popravkov, se zvede na vprašanje temeljite priprave pravil, predhodne analize stanja, na katerega naj bi poseglo pravilo, ter povratne informacije v čim bolj *realnem* času (takrat ko se pravilo izvaja, ne čez eno ali pet let) in prostoru. Univerzalni red, ta meta-norma deluje izven države (vsaka družba si je ustvarila svoj red, tudi pred-državne), ki jo poskuša zaobjeti v njeni vsebini. Država poskuša to storiti na različne načine na določenem področju: z (ne)posredno proizvodnjo javnih dobrin in storitev ob odsotnosti tržnih mehanizmov, javnim financiranjem zaželenih zasebnih dejavnosti (državne pomoči) in javno regulacijo za korekcijo tržnih napak, zasebnih dejavnosti (širši smisel – javni interes) ter zagotavljanju varnosti, zdravja, življenja in premoženja ljudi in ostalih ustavno varovanih vrednot (ožji smisel). *Vrednote* v sebi vključujejo red, v upravnem pravu pa tudi *javni interes* kot tisto odsotno vsebino (določa se ob obravnavi konkretnih primerov), ki jo posameznik najde, če je nepristranski (se odmisli kot osebo z lastnimi interesi) in ko tehta razmerje posameznikov kot potrošnikov (zasebni, egoistični interesi) do posameznikov kot državljanov (interes skupnosti, altruistični interesi). Aristotel je menil, da je ukvarjanje s politiko višje od etike, ki je le en del politike (*Eth. Nic.* 1094 7-11); tudi upravno pravo ima z vrednostnimi odločitvami v sebi del, ki se nanaša na moralo. Iz nje izvirajoče vrednote (ne vrline – te sodijo v etiko) so vseskozi prisotne, so življenjskega pomena, so nenehno okoli nas, jih ne vidimo, a se vedno pokažejo z vzpostavitvijo razmerje

do *drugega*, do druge osebe. Izredno stanje, dnevi žalovanja, praznikov, pomilostitev, svečana prisega, čast in vest so izven (klasično pojmovanega) prava, kljub temu pa prispevajo k njegovi vsebini (Goodrich idr., 2013).

Ker javna uprava v osnovah temelji na vojaških oblikah, je ena izmed njih tudi lojalnost, ki bi jo dandanes iz osebne podrejenosti vladarju prevedli v odgovornost za *zakonito* delo. Prav ta neoprijemljivi del skrbi tako za zapolnjevanje pravnih praznin, za inovativne rešitve, nove vsebine starih pravil, kot za zgoraj omenjene sive in črne luknje. Zanikanje dejavnosti z nasprotno dejavnostjo, izrednih razmer z načelom pravne države, ne da prave rešitve. Belo ni ne-belo, črno ali sivo, pač pa *mavrica*. Na to nas opominja Heglova dialektika s troedinostjo teze, antiteze in sinteze. Pri odločanju so vedno na delu tudi (delno) nezavedni procesi, avtomatizem zdravega razuma, moralna načela, čustva, vsakokratne okoliščine, ki se povezujejo tudi na nam neznane načine. Tudi če bi razveljavili vsa pravila, bi država delovala,⁴⁵⁶ vzpostavila bi pa se nova pravila. Sistem, ki skrbi za učinkovit pretok energije in usmerjanje v zelene smeri, je prvenstvena naloga ljudi, ki so zaposleni v okviru države, politikov in javnih uslužbencev. Ena izmed večjih dolžnosti, ki jo država zahteva od zaposlenih, je že omenjena *lojalnost*. Lojalnost ima prvenstveno *moralno* vsebino, ki je zaradi spoštovanja nadrejenosti in podrejenosti, ubogljivosti *pravilom*⁴⁵⁷ zahtevala nujno sožitje med pripadniki in s tem omogočala njihovo preživetje. Lojalnost je zato nujno tudi povezana s častjo, ki velja med pripadniki določene skupnosti, obe pa z vojaško disciplino.⁴⁵⁸ Lojalnost v nasprotju z običajnim pojmovanjem ne pomeni le podrejenosti nadrejenemu, pač pa prej poštenost do zavez ali oblicacij in s tem pravil, na katere smo pristali. Na podlagi povedanega se izkaže, da je vrednost, vrednota (upravnega prava) nad golimi ukazi nadrejenega. Le ti se morajo kot sredstvo opravičevati v cilju izven njih.

456 Čemur smo še danes priča ob raznih državnih prevratih, zamenjavah oblasti in nastajanju novih držav.

457 Izvor besede lojalnost lahko najdemo v stari francoščini, v besedi "*loial*", ki naj bi izhajala iz latinske besede *legalis*. Gre za trdno spoštljivost pravil, v večji meri glede na njihov cilj kot na njihov izvor (Bog, vladar, država, pravo). V zgodovini lahko najdemo več primerov "smrtne lojalnosti" do pravil, ki naj bi jih postavil Bog (svetniki, mučeniki, borci za sveto vojno, Antigona) ali (absolutni) vladar (vojaki, ki so vedeli za neizogibno smrt – npr. japonske *jacuze*), medtem ko je še vedno najbolj znan primer smrti zaradi spoštljivosti, ubogljivosti pravil zaradi pravil (kljub neutemeljenosti obtožbe in možnosti pobega iz zapore), *Sokratova smrt*. Ko naj bi se z obtožbo od njega zahtevalo, da se odreče svoji filozofiji, je to primerjal s svojimi vojaškimi izkušnjami. Filozof ki odstopi od svoje filozofije je kot vojak, ki odstopi od borbe, ker mu preti smrt v bitki (dialog Fajdon). Brezpogojno spoštljivost do pravil, lojalnost do pravnega reda, tudi za ceno svojega življenja, lahko zasledimo tudi v odgovorih posameznih razkrivalcev nepravilnosti (t. i. *whistleblower*), ki razkrijejo dejanja tudi za ceno lastnega življenja.

458 Lojalnost nima več enake vsebine kot jo je poznala zgodovina. Država ne more od zaposlenega, še manj od državljana zahtevati brezpogojne lojalnosti ob hkratni zahtevi po spoštovanju načela zakonitosti. Zakonitost je prva pravna vrednota in stoji nad lojalnostjo. V konfliktu med lojalnostjo in zakonitostjo mora prva nujno kloniti, kar se kaže v naznanjanju kaznivih dejanj s strani vseh, kasneje pa tudi v uzakonjenih pravilih razkrivanja nepravilnosti s strani zaposlenih.

22.3.1 Upravno pravo in njegova kompleksno-antropološka pojavnost

Stiska uči misliti. *‘Stvári ne moreš bolj koristiti, kakor če jo preganjaš in podiš z vsemi psi’* (Nietzsche, 1991, str. 191). Upravna teorija se je ob nezmožnosti zanikanja izrednih razmer in nujnosti, ob spominu na absolutizem in grozote svetovnih vojn, ob nezmožnosti podajanja dokončne definicije upravnega prava (prav tako javnega interesa) z vsemi močmi vrgla v opredeljevanje nedoločenih pravnih pojmov, diskrecijske pravice, oblastnih aktov, vezanega delovanja, vladavine prava, opredeljevanja s tem povezanih pojmov (npr. pojem državnega organa, osebe javnega prava, teritorialnih enot), sodnih pristopov in načinov sodnega poseganja v upravne odločitve. Po zatonu absolutnih monarhij, v katerih čas štejemmo uradni “začetek” upravnega prava, so tudi demokratični režimi kot konstitutivni element te veje prava, priznati nedoločene pravne pojme, diskrecijsko pravico in oblastne akte, čeprav se je temu (v ZDA okoli 1935 leta) upirala doktrina nedelegiranja (prepoved nadaljnega prenašanja pristojnosti – lat. *delegata potestas non potest delegari*) kot temeljni izraz načela delitve oblasti.⁴⁵⁹ Nastanek upravne države, ki jo postavljamo v obdobje New Deal (čeprav upravnim normam v današnjem pomenu besede lahko sledimo vse od “začetka konca” absolutnih monarhij, nekatere [vsaka, ki na kakršenkoli način omejuje moč oblasti v razmerju do takratnih “podanikov”] pa so obstajale že veliko prej), je predstavljal temeljni odstop od striktnega pojmovanja delitve oblasti in prepovedi mešanja funkcij. Povojna evropska družba je imela pred očmi vojne grozote, zato je z vsemi močmi sicer podprla načelo zakonitosti, vendar le-ta na upravnem področju zaradi njegove zahteve po učinkovitosti in s tem povezane dejanskosti in nepredvidljivosti dogodkov, ne more delovati kot predviden ideal, če v sebe ne vključuje človeka in njegove vrednote, ki jih goji v razmerju do soljudi.

Zakoni morajo biti splošni, abstraktni, jasni in nedvoumni. Kljub temu gre za *ideal*, ki mora upoštevati dejanske spremembe v toku življenja, se **prilagajati dejanskemu stanju**; ker se da množico brezpravnih potešiti s formalno enakostjo le kratek čas (če se ne odpravlja dejanska neenakost), se morata tudi splošnost in abstraktnost uresničevati prek individualnosti in konkretnosti. Življenja ne moremo napovedati le s splošnimi in abstraktnimi pravili, ki mu le poskušajo slediti. Kovanje življenja v nespremenljiva pravila (če bi bilo možno) bi pomenilo njegovo ujetost in odmiranje. Tako je tudi z upravnim pravom: načela, nedoločeni pravni pojmi, diskrecija, standardi, dobre prakse in podobni neoprijemljivi primeri predstavljajo nujni vzvod, transmisijo⁴⁶⁰ prilagajanja splošnih pravil življenjskim potrebam. Upravnega prava

⁴⁵⁹ V EU je še dandanes prisoten odpor do prenašanja pooblastil za odločanje na decentralizirane organe (posebej v delu, ki se nanaša na široko pojmovanje diskrecije), ki temelji na restriktivni sodni praksi Sodišča Evropskih skupnosti. Gl. temeljni primer s tega področja, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA v High Authority of the European Coal and Steel Community* [1958] ECR 133.

⁴⁶⁰ V idealnem primeru bi to transmisijo predstavljala podzakonska regulativa, ki bi le izvedla vse potrebno za uresničitev ciljev, postavljenih na zakonodajni ravni.

in njegovih sredstev, konkretnih ukrepov, ne moremo ločiti od zakonov, ki naj bi ga opredeljevali na abstraktni ravni. Če *rule of law* ostaja nediferenten do posledic njegove uporabe, se sprevrže v svoje nasprotje. Če se vrnemo k upravnemu pravu, ne moremo npr. zanikati trditve, da “upravno pravo preprečuje zlorabo oblasti in varuje pravice posameznika” s tem, da “upravno pravo ne preprečuje zlorabe oblasti in ne varuje pravice posameznika”. Šele skupni imenovalec, ki se nahaja tako v zakonodaji kot dejanskem stanju, nam omogoča večjo ali manjšo potrditev ali njunega ravnotežja,⁴⁶¹ medtem ko o absolutni potrditvi ali zanikanju ne moremo govoriti.⁴⁶² Nedoločnost pravnih pojmov ali diskrecije ne moremo zanikati zgolj z zahtevo po vezanem delovanju uprave, ker bi s tem spregledali bistvo varovanja človekovih pravic v sorazmerju z učinkovitostjo varovanja javnega interesa. Oba instituta sta lahko tako sredstvo kršenja kot omogočanja pravic. V času globalizacije, hitrih sprememb, kompleksnosti okolice, se nepredvidljivost povečuje, z njo pa se sorazmerno s tem povečuje tudi pomembnost (moč) uprave, ki ji je zakonodajalec primoran dati več zakonskih določil. Temu sledi tudi sodstvo, ki z bolj ali manj zadržano presojo posega v odločitve uprave (glede na družbeno-politično-ekonomske razmere v katerih se nahaja država). Bolj ko je odločitev tehnične, strokovne, politične (nacionalna varnost, mednarodni odnosi, ekonomski ukrepi) narave, bolj je zadržana sodna presoja.⁴⁶³ Kompleksnost upravnega prava se kaže v tem, da izhaja iz normativnega in dejanskega stanja, v katerem naj bi pravila povzročila svoj učinek. Delež jasnosti prvega ali drugega dela je vedno različen, enak zapis povzroča drugačne učinke. Ti so odvisni od pravila, od dejanskosti, njunega prepletanja, to pa je naprej odvisno od dojetanja in vrednostne ocene ocenjevalca in razlagalca, ki gre prek njih samih z drugimi “spontanimi” učinki:

Stvar ni izčrpana v svojem smotru, temveč v svoji izpeljavi, niti rezultat ni dejanska celota, temveč je on *skupaj* s svojim nastajanjem; zakaj smoter zase je neživo obče, tako kot je tendenca zgolj gnanje, ki še pogrša svojo dejanskost, in goli rezultat je truplo, ki je tendenco pustilo za seboj. Prav tako je različnost meja stvari; je tam, kjer se stvar neha, ali je tisto, kar ta ni. Zakaj namesto, da bi se takšno početje ukvarjalo s stvarjo, je vedno že čez; namesto, da bi se v njej pomudilo in se v njej pozabilo, posega takšno vedenje vedno po nečem drugem in ostaja celo pri samem sebi, namesto da bi bilo pri stvari in se ji predalo (Hegel, 1998, str. 11).

461 Možna bi bila lahko tako formalna zloraba oblasti (neupoštevanje podzakonskih ali celo zakonskih predpisov) z namenom varovanja ustavnih pravic, kot uporaba oblasti, ki bi bila skladna s pravili *strictu senso*, ki bi kršila pravice posameznika.

462 Ne moremo reči, da upravno pravo vedno preprečuje zlorabo oblasti in varuje pravice posameznika, kot tudi ne moremo reči, da upravno pravo, tudi v primerih, ko omogoča zlorabo oblasti in kršenje pravic posameznika, kljub temu ne nudi določenega kaznovanja za zlorabo ali zadoščenja posamezniku.

463 Sodišče odloča o pravnih zadevah in le o pravu so sodniki hkrati tudi pravni izvedenci (*iura novit curia*); v drugih zadevah vsebinsko podajo svoje mnenje izvedenci drugih strok, ki jih sodišče upošteva pri sicer prosti presoji dokazov.

Pravilo *per se* je vedno le prva faza v razvoju vsebine; pravilo *je* uporaba pravila, je uporaba njegovega *eksponentnega ponavljanja in povratne reakcije*. Ob izdani sodbi je enako pomembna njena izvršba. Nedoločeni pravni pojmi, diskrecija, načela, predstavljajo na zakonski ravni prvo fazo, ki svojo vsebino dobijo s svojo uporabo in povratnim usmerjanjem na zakonska določila. Takšno delovanje pa je odvisno od družbeno-političnih okoliščin, v katerih se nahaja država. Nekako podobno in širše kot Marxov dialektični materializem, kjer družbeno zavest določa materialna osnova družbe, v katero se ne vrivajo le produkcijske sile in produkcijski odnosi, pač pa večrazsežnost določenega stanja in trenutka. To kompleksnost ne more zajeti pravilo, pač pa jo lahko delno zajame le človek. Vzode imamo le za ravnanje javnih uslužbencev, za katere je Hegel menil, da se 'v obnašanju in izobraževanju uslužbencev nahaja točka, kjer zakoni in odločitve uprave dotikajo posamičnost, dobivajoč veljavnost v resničnosti' (§ 295) (1991).⁴⁶⁴ Pravilo (upravno pravo) je v resničnosti *takšno, kakršno* ga uveljavljajo javni uslužbenci (ob upoštevanju vse normativno-dejanske specifikke).⁴⁶⁵ Bolj, ko opozarjajo na nepravilnosti, na posledice slabega ravnanja, bolj so enfant terrible. Kar je prav. Sodna presoja sledi kasneje, lahko tudi čez več let (pri čemer potrdi večino odločitev uprave). Tudi za upravno pravo (kot za druge stvari) velja, da je na ravni, kot si ga zaslužimo. Javni uslužbenci so po številu največja skupina v javni upravi; po večini se uvrščajo v srednji razred in ga na nek način tudi predstavljajo, tj. pravno zavest in vrednote tega dela.⁴⁶⁶

Da ta večina v okviru izvršne veje ne bi zagospodovala – kljub okrnjeni klasični ideji o delitvi oblasti⁴⁶⁷ – skrbi predvsem sodna veja. Sodniki posegajo v ta vmesni prostor, kjer s svojimi presojami dopuščajo obstoj sredine med zakonitostjo in prostotrom izven prava (*praeter legem*). V slednjem primeru ne gre za nezakonitost, ker nekega (konkretnega) stanja zakoni ne urejajo, pač pa za določene primere vnaprej

464 To, zunanje stališče, ki se omejuje na opazne regularnosti vedenja ne more reproducirati, je način, po katerem pravila funkcionirajo v življenju tistih, ki ponavadi tvorijo večji del družbe. To so *uradniki* (podčrtal M.P.), pravniki ali zasebniki, ki le te uporabljajo v najrazličnejših življenjskih situacijah kot smernice za vodenje družbenega življenja, kot osnovo namer, zahtev, dovolil, kritik ali kazni, z eno besedo, v vseh znanih življenjskih opravilih, ki potekajo v skladu s pravili (Hart, 1994, str. 112).

465 Tako se v definiciji Walina, da je 'upravna funkcija tista, ki jo izvajajo javni uslužbenci (*agents publics*), ki niso niti parlament niti sodniki' (v Krbek, 1950, str. 74) skriva več vsebine, kot jo daje le negativna opredelitev.

466 Ko ljudstvo zahteva dosledno izvajanje načela legalitete v javni upravi, bi to ljudstvo (v povprečju) postopalo na enak način kot javni uslužbenci, če bi bili kot taki tudi zaposleni. Ne gre toliko za spremembo miselnosti, kot zgolj formalno spremembo statusa (ne/zaposlitve v javnem sektorju); enako dobro je razvidna razlika pri posamezniku kot potrošniku in kot državljanu – v obeh primerih bi ista oseba lahko sprejela drugačne odločitve.

467 Prehod v sistem parlamentarne demokracije ni pomenil nič več in nič manj kot to, da je prišlo do odstopa od delitve oblasti, ki je bila v državnem sistemu ustavne monarhije postavljena med monarhom in ljudskim parlamentom. Odslej naprej stojita vlada in parlament – pod predpostavko, da ima vlada v njem dovolj stabilno večino – na isti strani. Tisti, ki ta politični blok obvladuje ali ga vsaj vodi, ima na ta način takojšen dostop do samega zakona, kakor tudi vzvod za celotno izvršilno oblast – in njen pomen je vedno večji. Sistem parlamentarne demokracije in Montesquiejev model delitve oblasti v tej luči sploh nista združljiva – ali drugače, pomen tovrstne delitve oblasti je zaradi sistemskih sprememb na področju izvršilne oblasti bistveno oslabil (Šturm, 1998, str. 16).

postavljajo le merila in kriterije, ki jih mora uprava pri svojem odločanju in ravnanju upoštevati. Stanje, ki se rešuje z diskrecijsko pravico, je izven prava. Prav tako velja v skoraj enaki meri za nedoločene pravne pojme, ki se nanašajo na področja planiranja, razvoja, urbanizma, varovanja okolja. Liberalno načelo, ki se je uveljavilo s sprejemom ustav 19. stoletja zapoveduje, da je posamezniku dovoljeno vse, kar mu ni izrecno prepovedano, medtem ko za upravo velja, da ji je dovoljeno le to, kar ji je izrecno dovoljeno. Ta "kar ji je izrecno dovoljeno" se pri nedoločenih pravnih pojmi, nujnosti, diskreciji in času izrednega stanja sorazmerno s pojmi vse bolj približuje "sivi luknji" kot prikriti pravni praznini, saj manjka vsebina tega, kar naj bi ji bilo dovoljeno. Vsebinsko ugotovi šele uprava pri konkretnem zapolnjevanju pojma glede na dejansko stanje. To zapolnjevanje pa temelji na vrednostnih in zdravorazumskih komponentah, ki zakonske in ustavne norme šele razlaga s tega izhodišča.

Eno od uveljavljenih načel na državni in nadržavni ravni je načelo *sorazmernosti*, ki se je razvilo iz nemšega policijskega oziroma upravnega prava s prepovedjo pretiranih oziroma prekomernih ukrepov v drugi polovici 19. stoletja. V osnovi gre le za zdravorazumsko (evolucijsko) razmišljanje o tem, kako žrtvovati čim manj dobrin in kako priti do čim boljših učinkov. Sorazmernost priznava večina nacionalnih sodišč, Sodišče evropskih skupnosti in Evropsko sodišče za človekove pravice. Načelo sorazmernosti kot prvi pogoj posega zahteva, da je potreba po poseganju države na določeno področje *nujna*.⁴⁶⁸ Nujnost bi lahko v tem delu enačili s pojmom *javnega interesa*. Če je konkreten poseg nujen, je nujnost tudi v javnem interesu. Javni interes je *per se* nedoločen pravni pojem na *višjo* potenco. Kot tak lahko vsebuje na eni strani nujnost, izredna stanja, na drugi pa načelo zakonitosti, načelo pravne države ipd. Kot tak je le beseda in da bo 'meso postala', ni dovolj že njeno poimenovanje v zakonu, pač pa potrebuje razvoj, svojo celoto pojavnosti, ki povratno vpliva na vsebino besede. Pravno določilo postane norma šele z njegovo razlago. Pri tem ne more mimo vrednot, mimo pravičnosti, ki ima svoj temelj v načelu dobrega upravljanja.⁴⁶⁹ Med parlamentom in ljudstvom se nahaja državni uradnik (javni uslužbenec, sodnik).⁴⁷⁰ Upravno pravo po večini uporablja državna uprava kot (spodnji) del izvršilne obla-

468 Glej npr. *odlUS*, št. U-I-330/97 z dne 30. 11. 2000 (10 tč.).

469 To načelo se 'pogosto uporablja kot standard za »upravno pravičnost«, transparentnost postopka sprejemanja odločitev, za izboljšanje razmerja med državnimi organi in državljani. Takšne aspiracije so razvrščene med vrednotami, ki jih skupno priznavajo vsi sodobni demokratični sistemi upravljanja, ki so zavezani vladavini prava. Zagotovo ta zelo abstraktna in ponekod tавтоloška opredelitev ne daje jasne slike na to, kaj naj bi se dobro upravljanje nanašalo v konkretnih primerih. Na ravni EU je koncept še manj vkoreninjen v pravni sistem kot je to v primeru držav, zato se ob hitrem in evolutivnem karakterju EU določa predvsem v primeru pravnih praznin, ki jih zapolnjuje sodišče evropskih skupnosti – mogoče gre za najbolj zanesljivo točko pri obravnavi nepravilnosti izvršilnega ravnanja institucij evropskih skupnosti. Dobro upravljanje se na koncu zvede na to, kar pravi sodišče evropskih skupnosti' (Nehl, 1999, str. 17–18).

470 Z vprašanjem lokacije oblasti se ukvarja že Sveto pismo: 'čast in oblast in moč našemu Bogu na veke vekov' (Raz 7, 12), ljudstvo pa je dodalo: 'ljudem pa denar in slavo'. Očitno so upoštevali rek Jazusa Kristusa ob njegovem pogledu na cesarjevo glavo na denarju: 'Dajte cesarju, kar je cesarjevega in Bogu, kar je Božjega' (Mr 12, 13-17).

sti, v kateri je zaposleno največje število državnih uslužbencev. Poleg najbolj številnega sprejemanja upravnih aktov pripravlja državna uprava po večini predloge zakonov, ki jih sprejema zakonodajna veja. Ljudi pri odločanju vodijo vrednostne usmeritve, pravna načela, veljavne norme, želje, interesi, potrebe. Šele odgovorna in skrbna presoja vseh okoliščin in dejstev lahko da približno sliko na določenem področju, saj se dokončna resnica nenehno izogiba kakršnikoli opredelitvi. Povezava med presojo in upravnih pravom je v tem, da jo mora slednje upoštevati, če želimo doseči zastavljene cilje s čim večjim učinkom, ne da bi pri tem žrtvovali višje vrednote. Ob odsotnosti ene same lokacije oblasti, vsaka njena potencialnost in realnost razlaga javni interes na svoj način. Ne glede na legitimnost demokratično izvoljenih organov, ga po večini razlagajo poklicni javni uslužbenci, ki svojo majhno formalno oblast spremenijo v neformalno avtoriteto prek skrbno pretehtanih odločitev. Do sedaj se teorija še ni celostno lotila obravnave področja *interpretacije pravil s strani izvršilne veje*, ki je zaradi odnosov hierarhije, enotnosti komande, instančnega nadzora in dolžnosti upoštevanja vseh podzakonskih aktov (katere sodnik ne upošteva, če meni, da so nezakoniti, t. i. *exceptio illegalis*) vsaj nekoliko drugačna od sodne.⁴⁷¹

Velik del upravnega prava temelji ne le na zakonitosti, pač pa tudi na ravnanjih posameznika v javni upravi. Na karakterno raven se je osredotočala tudi teorija javne uprave: na področje razkrivanja nepravilnosti (*whistleblowing* – Miethe, Cohn, Hunt, Hesch), na upravno vedenje (Simon), na birokracijo pri dejanskem izvrševanju (*Street Level Bureaucracy* – Lipsky), na javno izbiro, maksimiranje proračuna (Stigler, Peltzman, Niskanen), na uslužbenca, ki želi biti vodja (Servant Leadership – Greenleaf), medtem ko se je upravno pravo osredotočalo predvsem na institucije javne oblasti, varovanje pravic posameznika in razlago sodnih odločb (čeprav je uslužbensko pravo vseskozi del upravnega prava). Če teorije javne uprave kažejo na moralno ali egoistično plat javnih uslužbencev, se teorije upravnega prava tega področja ne dotikajo, pač pa le formalno določajo ob javnih pooblastilih še bolj ali manj klasične pravice in obveznosti, ki izhajajo iz delovnega razmerja. Pred in za razlago stoji odgovorna, etična javna uprava, etični posameznik. Pred Heglovo etično državo morajo obstajati etični uslužbenci, le ti pa morajo iti skozi usposabljanja in izobraževanja, ki osebi dajo znanje, da ve kaj hoče, kaj zmore in kaj mora storiti. Ker ideal ne more biti dosežen, bo sodna veja obstajala vse dotlej, dokler uslužbenci ne bodo dosegli Platonove države kraljev in filozofov. *Ad kalendas graecas*. Kljub temu bi poudarek na vrednotah javne službe, pravne države, ustavnih načelih in osebni odgovornosti premaknil upravno pravo in celotno ravnanje javne uprave na etično višjo raven.⁴⁷² Dokler še v 21. stoletju poslanci in najvišji funkcionarji podajajo iz-

471 Na to bi kazali vsi primeri, ki so jih sodišča zavrnila na temelju njihove vsebine, ne pa zaradi morebitne osebne uradniške samovolje.

472 Združitvi upravnega prava s karakterjem posameznika sta se zelo približala Barron in Kagan (2001). Dolžnost za pripravo podzakonskega predpisa bi prek zakona poimensko prenesla na točno določenega uslužbenca

jave, ki bi sodile v temni srednji vek, bo dela za teorijo in prakso več kot dovolj. Ob tej kompleksnosti je težko odgovoriti na vprašanje o tem kdo razlaga, veliko lažje pa ga je zamenjati z vprašanjem Cicera: *Qui bono?* Korist od upravnega prava mora imeti vedno javni interes, tj. ljudstvo kot celota glede na konkreten čas in prostor. Na ramenih države (javnih uslužbencev in državljanov) je, da v danem trenutku napolni ta, nedoločen pravni pojem.

Vladavina prava abstraktno in objektivno določa tako razmerja med institucijami kot med posamezniki. Ker mora uprava upoštevati razlike v dejanskem stanju in odločati glede na stopnjo različnosti je jasno, da so za izpolnitev pravila v njegovi abstraktnosti in konkretnosti potrebne vse veje oblasti s poudarkom na racionalno-subjektivnem (temeljne značilnosti človeka *per se*, kot so vrednote, zdrav razum, logika) in konkretnem posamezniku, ki ima pred očmi skupnost kot celoto. Prebivalci ocenjujejo javne politike ne tako kot so zapisane, pač pa kako so izvajane, kakšno “življenjsko iskro” jim vdahnejo javni uslužbenci. Kakšen pomen ima takšno rezoniranje za upravno pravo? Na eni strani ga ustvarjajo kompleksne družbeno-politične razmere, na drugi sodna praksa, na tretji zakonodaja, na četrti univerzalnost reda; v vseh teh razmerjih se ustvarja skupni *ethos* administracije, ki se kot skupek vseh pojavnosti posreduje med načeli in nujnostjo, med pravom in prisilo, kompleksnostjo in enostavnostjo, zakonitostjo in pravičnostjo. Ta način življenja kot notranji vir, se nanaša na vsakega posameznika in človeka kot vrsto. Ta *homo mensura* (Protagoras) pristop je vse, kar imamo na voljo. Ker smo nepopolni, ker so naša čutila nezanesljiva, ker so informacije nepopolne, so temu primerni tudi naši približki idealnemu.

Tako kot človekove pravice postavljamo za univerzalno vrednoto, jo vedno spremlja univerzalno (v smislu pojavnosti) javno pravo, javni interes, upravno pravo, pravice skupnosti kot celote. Če bi jih pustili v izvrševanje vsakemu posamezniku, bi se sesedle vase, v neomejen užitek, ki je obsojen na neuspeh. Zopet smo pri javni oblasti, vendar tokrat za račun človekovih pravic, tudi na račun posameznega interesa postavljenega v prostor javnega. Človekove pravice ne moremo ločiti od javne oblasti, od skupnosti, ki jim šele daje priznanje, tako kot ne moremo ločiti pravice od dolžnosti, sicer dobimo le privilegij nekoga in prisilo drugega. Na področju upravnega prava prevladuje javni interes, ki je podprt z monopolom fizične sile; že to je dovolj, da mora uslužbenec vedno za pravilom videti predvsem človeka. Teorija in praksa se morata zato usmeriti v moralo javnega sektorja v okviru uporabe dejanskih pooblastil in za to potrebnega usposabljanja. Načelo svobodne vladavine je

v javni upravi, ki bi bil v tem aktu tudi naveden. Sodišča so do sedaj gledala na upravne organe kot enotne organe, ob zanemarjanju njihove različnosti, hierarhije, različnih nivojev in spodbud, ob osredotočanju le na pooblastilo zakonodajalca za podzakonsko urejanje ob izpustitvi samo-lastnega načina organa v postopku sprejemanja odločitev). Na njih je podobno gledala sama izvršilna veja – tako lahko ugotovimo, da je bil Zakon o državnih uslužbencih povojne Jugoslavije iz leta 1946 v delu, ki se nanaša na opravljanje del po navodilih in odredbah, naprednejši od našega veljavnega Zakona o javnih uslužbencih iz leta 2002.

resnično le, kolikor gre za vladavino svobodnih, kolikor njihovo svobodno odločitev preverja racionalna presoja, skladna s skupnim interesom. Narava nas uči, da je potrebno sprejeti solidarnost, skupnost na račun egoizma. Goljufije v javnem sektorju, korupcija, nepotizem, nezakonito pridobivanje premoženja, neracionalno trošenje sredstev, nepravilnosti vseh vrst, tajnost informacij in dogovorov, navideznost ciljev in motivov, javnih razpisov in naročil, ki gredo v milijonske zneske, (še vedno) nerazumno grobe kršitve zakonodaje in pravic, spodkopavajo upravno etiko, lahko pa ji nudijo novo izhodišče. Potrošniška družba, ki si želi dobrin “tukaj in sedaj”, je za oddaljene vrednote neuporabna.

Upravno razumevanje okolice, ki tehta med pravicami posameznika in skupnostjo ter vsakemu delu daje tisto, kar mu gre, izhaja iz naravnopravnega temelja pravičnosti. Kljub različnim pravnim ureditvam in metodam uporabe ter razlage lahko v upravnem pravu zasledimo tudi univerzalne elemente - javni interes, pristojnost, vladavina prava, racionalnost, prepoved prekomernega poseganja, volja in namen zakonodajalca, dobra vera, skrbnost, varnost, previdnost, vrednote, ki jih priznavajo civilizirani narodi. Šele na tej višji ravni, ki se nam odpira pred očmi v obliki systemskega upravljanja, nadsacionalnih povezav, globalizacije, policentričnosti, svetovne medodvisnosti in omejenosti virov, se verjetno nahaja nova osnova za rešitev pred tem, da upravno pravo ne bo nek Sančo Pansa intervencionistične Don Kihotovske države. Svoboda je nerazdružljivo povezana z njenim omejevanjem; zagotavlja jo tudi upravno pravo, v čemer je njegova največja legitimnost. Prihodnost bo morala biti pripravljena na nove oblike systemskega zagotavljanja, neposredne transparentnosti (možnost neposredne seznanitve oz. vpogleda posameznika brez posredovanja javne oblasti) in pravice do jasnega odgovora ne glede na mesto javne oblasti. To bodo glavna področja, na katerih bo treba imeti odgovore. Tudi ti bodo predstavljali do neke mere le krpanje problemov, vsaj dokler jih bo zagotavljal le – najsibo še tako etičen in moralno kreposten – javni uslužbenec, odmaknjen od neposredne politične in državljanske kontrole. Tudi tak javni uslužbenec še vedno ne dosega temeljne maksime demokratične vladavine prava in suverenosti ljudstva. Vsekakor pa drži, da lahko za ta cilja veliko postori(mo).

Ta del je namenoma pisan nekoliko “filozofsko”; namen ni, da bi (po)znali upravno pravo kot stroj na pamet, pač pa da uvidimo njegovo medsebojno prepletenost z drugimi stvarmi, njegovo širše učinkovanje, celoto stvari in funkcionalno poskušamo zajeti osebe in stvari ter njihove povezave in kombinacije. Pravilo ni nikoli le pravilo: vedno ima tudi učinke (ki povratno vplivajo nanj). Na nas (vas) je, da jih spojimo v smeri čim večje uspešnosti, zakonitosti, učinkovitosti, etičnosti, tj. osebne odgovornosti za prijatelja, kolektiv in družbo kot celoto. To je glavno izhodišče upravnega prava; vsi pravni instituti so potem le sredstva, s katerimi ga skušamo uresničevati v čim večji meri.

Vprašanja za ponavljanje:

1. Kaj pomeni eklektična narava upravnega prava?
2. Zakaj se upravnega prava ne da ujeti v ustaljene kalupe?
3. Kaj predstavlja evropeizacija regulacije?
4. Kako bi opisali meta-pojavnost upravnega prava?
5. Kaj predstavlja doktrina nedelegiranja?
6. Kaj pomeni, da pravilo je uporaba pravila?
7. Kakšno vlogo ima javni uslužbenec pri upravnem pravu?

23 ZAKLJUČEK

Upravno pravo je od sedemdesetih let prejšnjega stoletja doživelo nov pristop k regulaciji; temelji na skrbi po pretirani regulaciji. Državni intervencionizem se je večinoma izvajal prek upravnega prava kot sredstva, s katerim je zasledoval cilje v javnem interesu. Razvoj upravnega prava je v veliki meri temeljil na sodni praksi, ki je izoblikovala njegova temeljna načela in ki nenehno pomaga upravi, da sledi novejšim oblikam tehnološkega in družbenega življenja. Z nastankom Evropske unije se je začela t. i. evropeizacija regulacije, katere trend naj bi skupaj z nastankom različnih tipov agencij zmanjšal neposredne kontrole nacionalnih vlad, vendar države kljub temu ostajajo glavni regulator. Do nedavne svetovne gospodarske krize je na področju ekonomije (in s tem tudi prava) od 1980-ih let naprej prevladoval neoliberalizem kot naslednik liberalnega kapitalizma, s katerim upravno pravo (na prvi pogled) naj ne bi imelo veliko skupnega. Upravno pravo je namreč klasični predstavnik državnega intervencionizma, ki sledi politiki New Deala, Keynesovi potrebi po državni regulativi in demokratični zahtevi po zakonitem delovanju države.⁴⁷³ Tudi v času (neo)liberalizma je upravno pravo urejalo pretežni del družbenega življenja, le na ekonomskem področju je dopuščalo zasebnemu sektorju več svobode (oziroma se je temu skušalo čim bolj približati). Upravno pravo je izšlo iz civilnega prava, kjer je v dogovorno avtonomne odnose zaradi varovanja in napredovanja javnega interesa začelo vnašati enostranske modifikacije in na drugi iz ustavnega prava, kjer je zaradi učinkovitosti njegovega izvrševanja in delovanja posameznih ustavnih institucij, dodajalo izvedbena pravila.

Kompleksnost okolice, vsestransko povezana in prepletena vplivanja, interes družbe kot celote, vzročno vrednostna izbira, kognicija in zdravorazumsko mišljenje, podrejanje empiričnih dejstev pod normativne, gibanje med javnim in zasebnim, delajo specifično upravnega prava za "živo" gibanje, ki se vsem omenjenim značilnostim prilagaja, jih kroji, usmerja in nadzira z načeli, odprtimi, zaprtimi ter nedoločenimi pojmi, bolj ali manj določenimi standardi, vezanim delovanjem in prostim preudarkom, med bolj ali manj zadržanim odločanjem, med *lex cetra* in *lex non certa*, med učinkovitostjo in zakonitostjo, celo med zakonitostjo in moralo. Glede na stopnjo različnosti so, za izpolnitev pravil v njihovi abstraktnosti in konkretnosti, potrebne vse veje oblasti s poudarkom na racionalno-subjektivnem (temeljne značilnosti človeka *per se*, kot so vrednote, zdrav razum, logika) in konkretnem posamezniku, ki ima pred očmi skupnost kot celoto.

⁴⁷³ V resnici je bilo ravno obratno – New Deal in intervencionizem sta sledila (sta se oprla na) upravnemu pravu kot obliki poseganja države v razmerja na trgu in do posameznikov, ki je obstajala pred 1930-mi leti prejšnjega stoletja.

Kakšen pomen ima takšno rezoniranje za upravno pravo? Na eni strani ga ustvarjajo kompleksne družbeno-politične razmere, na drugi sodna praksa, na tretji zakonodaja, na četrto univerzalnost reda; v vseh teh razmerjih se ustvarja skupni *ethos* administracije, ki se kot skupek vseh pojavnosti posreduje med načeli in nujnostjo, med pravom in prisilo, kompleksnostjo in enostavnostjo, zakonitostjo in pravičnostjo. Ta način življenja kot notranji vir, se nanaša na vsakega posameznika in človeka kot vrsto. Ta *homo mensura* (Protagoras) pristop je vse, kar imamo na voljo. Ker smo nepopolni, ker so naša čutila nezanesljiva, ker so informacije nepopolne, so temu primerni tudi naši približki idealnemu.

Tako kot človekove pravice postavljamo za univerzalno vrednoto, jo vedno spremlja univerzalno (v smislu pojavnosti) javno pravo, javni interes, upravno pravo, pravice skupnosti kot celote. Če bi jih pustili v izvrševanje vsakemu posamezniku, bi se sesedle vase, v neomejen užitek, ki je obsojen na neuspeh. Zopet smo pri javni oblasti, vendar tokrat za račun človekovih pravic, tudi na račun posameznega interesa postavljenega v prostor javnega. Človekove pravice ne moremo ločiti od javne oblasti, od skupnosti, ki jim šele daje priznanje, tako kot ne moremo ločiti pravice od dolžnosti, sicer dobimo le privilegij nekoga in prisilo drugega. Na področju upravnega prava prevladuje javni interes, ki je podprt z monopolom fizične sile; že to je dovolj, da moramo za pravili videti predvsem človeka. Narava nas uči, da je potrebno sprejeti solidarnost, skupnost na račun egoizma. Goljufige v javnem sektorju, korupcija, nepotizem, nezakonito pridobivanje premoženja, neracionalno trošenje sredstev, nepravilnosti vseh vrst, tajnost informacij in dogovorov, navideznost ciljev in motivov, javnih razpisov in naročil, ki gredo v milijonske zneske, (še vedno) nerazumno grobe kršitve zakonodaje in pravic, spodkopavajo upravno etiko, lahko pa ji nudijo novo izhodišče. Kljub različnim pravnim ureditvam in metodam uporabe ter razlage lahko v upravnem pravu zasledimo tudi univerzalne elemente - javni interes, pristojnost, vladavina prava, racionalnost, prepoved prekomernega poseganja, volja in namen zakonodajalca, dobra vera, skrbnost, varnost, previdnost, vrednote, ki jih priznavajo civilizirani narodi. Šele na tej višji ravni, ki se nam odpira pred očmi v obliki nadnacionalnih povezav, globalizacije, policentričnosti, medsebojne svetovne odvisnosti in omejenosti virov, je nova osnova za rešitev pred tem, da upravno pravo ni le Sančo Pansa intervencionistične Don Kihotovske države, kot na drugi strani lahko predstavlja tudi osnovo novim podrejanjem. Svoboda je nerazdružljivo povezana z njenim omejevanjem prav zaradi njenega vzdrževanja in povečevanja. Svobodo zagotavlja tako tudi upravno pravo, v čemer je tudi njegova največja legitimnost. Prihodnost bo morala biti pripravljena na nove oblike zagotavljanja transparentnosti, odgovornosti in utemeljevanja odločitev ne glede na mesto odločanja. To bodo glavna vprašanja, na katera bo treba najti odgovore.

STVARNO KAZALO

A

absolutna oblast 45
absolutni monarh 47, 75, 276
abstraktnost 5, 7, 99, 102, 134, 271
akti ministra 157
akti poslovanja 151, 152
akti uprave 119, 156
akti vladanja 74, 75, 77, 78, 79, 80, 81, 82,
134, 156, 187
akti vlade 156
Algera 258
argumenti načel 10
argumenti politik 10
avtonomnost 6

B

Becker 254

C

centralizacija 24, 36, 46
civilna družba 5
civilno pravo 84
Costa v. ENEL 251, 252
človekove pravice 5, 13, 40, 52, 78, 79, 90,
120, 139, 188, 289, 296, 310, 311, 338

D

deklaratorna odločba 135
delegata potestas non potest delegari 123,
329
delegatus non potest delegare 123
delna odločba 136
delovno pravo 3, 74, 84
direct applicability – glej: načelo neposre-
dne uporabnosti
direct effect – glej: načelo neposrednega
učinka;
direktiva 271
diskrecija 183, 184
diskrecijska pravica 62

diskriminacija 14
dokončnost 139
dokumentacijska materialna dejanja 140
dopolnilna odločba 136
družbena pogodba 49
država 1, 4, 5, 16, 17, 24–30, 32, 33, 41, 42,
45, 48, 50, 55, 58, 65, 66, 67, 68, 69, 71,
73, 74, 76, 80, 82, 85, 89, 90, 91, 103, 145,
152, 153, 154, 155, 160, 174, 184, 187,
190, 191, 194, 196, 200–204, 209, 222,
223, 224, 227–233, 236, 238, 239, 240,
253, 264, 266, 269, 270, 271, 273, 276,
289, 293, 294, 295, 296, 300
država kot agent 260
državljan 1
Državna revizijska komisija 295
državno tožilstvo 290
Dworkin 9

E

eksistenčna odvisnost 107
eksterni učinki 68
enakost pred zakonom 259
Evropska unija 267, 269
Evropski upravni prostor 266
Evropsko sodišče za človekove pravice 311

F

fevdalizem 26, 45
formalizem 5, 34
formalna teorija 104

G

generalna odločba 136
generalnost 7, 99, 134

H

hierarhija pravnih norm 95
horizontalni učinek 253

I

individualizem 70
 individualnost 8
 informacija javnega značaja 101, 144, 288,
 295, 296, 297, 300
 inšpekcija 279, 280, 281, 283, 286, 288
 inšpekcijski nadzor 40, 241, 280, 284
 inšpektor 280, 285, 286, 287
 inšpektorat 160, 281, 284
 interes 1, 9, 27, 28, 37, 49, 50, 57, 58, 60,
 70, 84, 92, 103, 164, 200, 202, 204, 206,
 210, 223, 292, 296, 298, 338
*Internationale Handelsgesellschaft mbH v.
 Einfuhr- und Vorratstelle fuer Getreide
 und Futtermittel* 251
 interni akt 45, 143, 145, 147, 157
 interpretacija 167, 168, 255
 Izjeme od načela zakonitosti 163
 izredno stanje 186
 izvršilna funkcija 33
 izvršilna klavzula 110
 izvršilna oblast 41, 100, 131, 166
 izvršilne naloge 40, 139

J

javna agencija 192
 javna dobrina 66
 javna domena 235
 javna infrastruktura 237, 239, 246
 javna korist 238
 javna lastnina 236, 237, 238
 javna naročila 154
 javna služba 69
 javna stvar 235, 236, 237, 238
 javna uprava 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32,
 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 276
 javni interes 27, 48, 49, 50, 51, 53, 109, 281,
 298, 338
 javni zavodi 191
 javno dobro 39, 66, 152, 153, 199, 209, 237,
 238, 242, 243, 245, 246
 javno naročilo 204, 211, 212
 javno pooblastilo 193, 195, 196, 211
 javno pravo 3, 47, 49, 73, 74, 338

K

Kadi proti Svetu in Komisiji 252
 kazensko pravo 85
 Kelsen 39, 45, 96, 173
 Komisija za preprečevanje korupcije 292
 koncesija 203
 konflikt 4, 41
 konkretnost 8
 konstitucionalizem 46
 konstitutivna odločba 135
 kontrola 275, 278, 279, 280, 303
 instančna 278
 upravna 278
 korporacije javnega prava 191
 krajevna odvisnost 107

L

legalitetno načelo 112
 legitimni cilj 15, 49, 65
 liberalna država 1
 Listina o temeljnih pravicah 265
 Lizbonska pogodba 265
 lojalnost 29

M

Marleasting 256
 materialna dolžnost 224
 materialna kršitev 160
 materialna teorija 104
 materialni akti uprave 139
 materialno upravno pravo 42
 mednarodno javno pravo 83
 MIR 4
 mnenje 273
 molk organa 135
 morala 5, 33, 52, 89, 160, 173, 194, 203,
 239, 280, 300, 338

N

nacionalizacija 224
 načela upravnega prava 13, 43
 načelo enakosti 13, 263
 načelo (ne)delegiranja 123
 načelo neposrednega učinka 249
 načelo neposredne uporabnosti 252
 načelo posrednega učinka 255

načelo pravne varnosti 261
 načelo previdnosti 70
 načelo primarnosti evropskega prava 250
 načelo sorazmernosti 14, 15, 260, 261, 285
 načelo subsidiarnosti 262
 načelo transparentnosti 264
 načelo zakonitosti 15
 načelo zakonitosti 16
 nadzor 48, 198, 199, 209, 241, 275, 287, 299
 nedoločeni pravni pojem 62
 nedoločen pravni pojem 42, 163
 negativna odločba 135
 nemožnost izključitve 66, 242
 neodvisna agencija 282
 neodvisnost 16, 51, 195, 276, 282
 nepopolni trgi 67
 neposredni učinek 252, 253
 neposredno učinkovanje predpisa 178
 nepristojnost 159, 160
 nepristranost 51, 85
 nerazumnost 15
 nerivalstvo v potrošnji 66, 242
 nevezana odločba 135
 nezakonnost 15, 159
 nezakonnost v namenu akta 161
 nočni čuvaj 65
 norma 4, 7, 96, 174

O

običaj 5, 63
 oblast 2, 4, 5, 16, 17, 22, 32, 43, 46, 48, 49, 53, 54, 57, 68, 71, 73, 74, 77, 91, 100, 131, 140, 152, 191, 196, 203, 204, 207, 208, 227, 229, 233
 oblastni akt 153
 odločanje po prostem preudarku 42
 odločba 272
 odškodninska odgovornost 227, 229, 231, 232
 odvisne pravne norme 102, 106
 ombudsman 288, 290
 organ v sestavi 281
 organ v sestavi ministrstva 158
 originalne pravne norme 99

P

paternalizem 70
 politična diskrecija 79
 pomankljive informacije 67
 popularna tožba 90
 posamični akt 62, 78, 79, 80, 105, 131, 154
 posamični akt za izvrševanje javnih pooblastil 197
 posamični pravni akt 105
 posamični upravni akt 133, 134
 posebna pravica uporabe javnega dobra 246
 posebno materialno pravo 42
 pozitivna odločba 135
 pravica do dobrega upravljanja 265
 pravičnost 5, 16, 30, 45, 276, 279, 288
 pravila konsistentnosti 8
 pravna država 5, 6, 15, 16, 48, 138, 145
 pravna načela 9, 10, 42, 62, 81, 269
 pravna norma 7, 29
 pravna oseba javnega prava 189–190
 pravna pravila 3, 39, 42, 57, 61, 73, 85, 155, 169
 pravna praznina 172
 pravna varnost 259
 pravni akt 13, 83, 84, 95, 97–101, 104, 119, 120, 133, 141, 152, 271, 272, 273
 pravni interes 79, 89, 310
 pravni red 3, 96, 270
 pravni vir 61
 pravnomočnost 137, 138
 precedens 10, 11
 premoženje države 239
 prepoved delegacije 123
 prepoved diskriminacije 263
 presoja ustavnosti in zakonitosti 82
 primarna zakonodaja 270
 princ Napoleon 76
 priporočilo 272
 pristojnost 5, 16, 23, 24, 31, 61, 76, 97, 101, 119, 128, 142, 145, 158, 159, 289, 291, 338
 procesna kršitev 160
 procesna neprimernost 15
 Procesno upravno pravo 43
 proračun 40, 42, 103, 133, 139, 190, 239, 278

prosti preudarek 135, 183

R

racionalizem 6
 Računsko sodišče 241, 288, 294
 razlastitev 221, 223
 razvojne naloge 40, 192
 realna upravno-materialna dejanja 142
 RED 4
 regulacija 31, 70
 rekvizicija 224
 relacijska narava pravnih načel 11
 retroaktivnost 108

S

samovolja 46
 sankcija 4, 8
 sekundarna zakonodaja 270
 sklad javnega prava 191
 skupna odločba 136
 socialna država 1
 sodelovanje pri oblikovanju politik 40
 sodišče 11, 61, 73, 76, 79, 92, 105, 128, 132,
 138, 140, 149–151, 154, 155, 172, 174,
 190, 197, 199, 200, 231, 233, 241, 249,
 256, 271, 289, 292, 294, 295, 310, 311
 Sodišče Evropske unije 311
 sodni nadzor 42, 78, 80, 84, 165, 255, 310
 splošna raba 245
 splošni upravni akt 103, 131, 133
 splošnost 5, 7
 spremljanje stanja 28, 40, 280, 284
 standard 10
 status 46, 54, 79, 85, 89, 90, 91, 92, 158,
 189, 196, 260
 aktivni 91
 negativni 90
 pasivni 91
 pozitivni 91
 suverenost 49, 50, 74, 81, 239
 svoboda 5, 90, 120, 172, 296

T

tehtanje 2, 5, 15, 53, 109, 183
 temeljna načela 9
 temeljna pravna načela 9
 temeljne človekove pravice 259

teorija stopnjevitosti prava 96
 test javnega interesa 298
 tragedija skupnega 66

U

udeležba javnosti pri delu organov 300
 ultraaktivnost 109
 uprava 15, 17, 21, 23, 24, 37, 40, 76, 139,
 150
 upravljanje 21–26, 31, 33, 34, 36, 48, 61,
 74, 153, 190, 203, 209, 236, 238, 276,
 283, 284, 289
 upravna država 1
 upravna norma 42
 upravna odločba 58, 78, 80, 133, 207, 210
 upravna pogodba 199, 202
 upravne naloge 39, 41, 166, 193, 194, 198
 upravni akt 16, 25, 42, 58, 63, 76, 78, 79,
 101, 104, 110, 116, 119, 120, 132, 133,
 135, 136, 141, 142, 147, 150, 151, 153,
 154, 161, 206, 272, 291, 309
 upravni delikt 85
 upravni predpis 102, 131
 upravni spor 60, 80, 132, 138, 139, 197,
 207, 309
 upravno-pravni status posameznika 89
 upravnopravno razmerje 57, 58, 89
 upravno pravo 1, 5, 15, 41, 43, 45, 47, 53,
 73, 74, 82, 83, 84, 85, 86, 337
 Upravno sodišče 309
 uredba 271
 uredba z zakonsko močjo 120
 Ustava 17, 39, 47, 83, 99, 101, 103, 104,
 133, 140, 187, 196, 197, 245, 289, 310
 ustavna država 46
 ustavno pravo 47, 74, 83
 Ustavno sodišče 9, 52, 82, 147, 150, 151,
 156, 197, 310

V

van Duyn 254
Van Gend en Loos 250, 251
 Varnost 4
 Varuh človekovih pravic 288–289, 292
 Velika listina svoboščin 275
 vertikalni učinek 253
 vezana odločba 135

vladavina prava 6, 15, 338
Von Colson in Kamann proti Land Nordrhein-Westfalen 256
vrednote 5
vsebinska odvisnost 107

Z

začasna odločba 136
začetne pravne norme 99
zagotavljanje javnih služb 40
zakon 10, 11
zakonitost 5, 15–18, 24, 29, 30, 98, 106,
197, 275, 278, 309
zasebna lastnina 236, 237
zasebno pravo 74
zastopnik javnega interesa 291
zbirna (kompleksna) odločba 135
ZIN 12
znanost upravnega prava 62

LITERATURA

- Alatri, Paolo (1980). *Oris zgodovine moderne politične misli*. Delavska enotnost, Ljubljana.
- Anatole, France (2013) [Le Lys Rouge, 1894]. *The Red Lily – Complete*. CreateSpace Independent Publishing Platform.
- Androjna, Vilko in Kerševan, Erik (2006). *Upravno procesno pravo*. GV Založba, Ljubljana.
- Aristotel. (1994). *Nikomahova etika*. (K. Gantar, Prev.). Ljubljana: Slovenska matica.
- Aristotel. (2010). *Politika* (M. Hriberšek, Prev.). GV Založba.
- Aristoteles. (1994). *Nikomahova etika* (K. Gantar, Prev.). Slovenska matica.
- Auby, J.-B. (2002). *Administrative Law in France*. V R. Seerden & F. A. M. Stroink (Ur.), *Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States: A Comparative Analysis* (str. 59–89). Antwerpen: Intersentia Uitgevers.
- Barron, D. J., & Kagan, E. (2001). *Chevron's Nondelegation Doctrine*. *The Supreme Court Review*, 2001, 201–265.
- Beck, Anthony (1990). *Educating law students to diachrony: Heydon's case*. *Law and Critique*, Vol. 1, št. 1-2, str. 99–117.
- Beer, Stafford A. (2009). *Think before you Think*. Wavestone Press.
- Bentham, J. (1843). *The Works of Jeremy Bentham, Principles of Morals and Legislation, Fragment on Government, Civil Code, Penal Law* (Liberty Fund, Inc.). William Tait.
- Bingham, Tom (2011). *The Rule of Law*. Penguin Books, London.
- Bohinc, Rado (2005). *Osebe javnega prava*. GV Založba, Ljubljana.
- Bohinc, Rado, Cerar, Miro in Rajgelj, Barbara (2006). *Temelji prava in pravne ureditve*. GV Založba, Ljubljana.
- Braibant, G. (2002). *Administrativno pravo Francuske*. JP Službeni list SRJ Beograd.
- Breyer, S. G., Stewart, R. B., Sunstein, C. R., & Vermeule, A. (2006). *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases* (6 edition). New York, NY: Aspen Publishers.

- Bučar, France (1969). Uvod v javno upravo. Uradni list SRS, Ljubljana.
- Bugarič, Bojan (2004). Evropeizacija državne uprave: vpliv evropskega prava na državno upravo držav članic. V: Seliškar Toš, Mojca (ur.): Slovensko pravo in gospodarstvo ob vstopu Slovenije v EU. Ljubljana, Pravna fakulteta.
- Cass, Ronald A., Colin S. Diver, Jack M. Beermann, in Jody Freeman (2011). *Administrative Law: Cases and Materials, Sixth Edition*. New York, Aspen Publishers.
- Čebulj, Janez (2000). Upravno pravo-teme predavanj. Visoka upravna šola, Ljubljana.
- Čebulj, Janez (2004). O javni in o politični koristi. *Pravna praksa*, letnik 2004, št. 43.
- Čebulj, Janez in Strmecki, Mik (2006). Upravno pravo. Fakulteta za upravo, Ljubljana.
- Chalmers, Damian (2006). *European Union law: text and materials*. Cambridge University Press.
- Chapus, R. (1996). *Droit administratif général*. Montchrestien.
- Cicero, M. T. (1853). *The Treatises of M.T. Cicero: On the Nature of the Gods; On Divination; On Fate; On the Republic; On the Laws; and On Standing for the Consulship*. (C. D. Yonge, Prev.). London: H. G. Bohn.
- Cicero, M. T. (1853). *The Treatises of M.T. Cicero: On the Nature of the Gods; On Divination*;
- Cicero, M. T. (1913). *De officiis* (W. Miller, Prev.). William Heinemann, The MacMillan.
- Cijan, Rafael in Grafenauer, Božo (2002). Upravno pravo: Splošni del. Pravna fakulteta, Maribor.
- Cole, A., & Eymeri-Douzans, J.-M. (2010). Introduction: Administrative reforms and mergers in Europe - research questions and empirical challenges. *International Review of Administrative Sciences*, 76(3), 395–406. <https://doi.org/10.1177/0020852310373881>
- Conseil d'Etat. (2013). Etude annuelle 2013—Le droit souple. <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Etude-annuelle-2013-Le-droit-souple>
- Craig, P. (2012). *EU Administrative Law*. OUP Oxford.
- Craig, P. P. (2003). *Administrative Law* (5th edition). London: Sweet & Maxwell.

- Crowther-Heyck, H. (2005). *Herbert A. Simon: The Bounds of Reason in Modern America*. Baltimore: JHU Press.
- De Smith, Stanley in Brazier, Rodney (1994). *Constitutional and Administrative law*. Penguin Books 7th ed. London 1994.
- De Witte, B. (2000). *Institutional Principles: A Special Category of General Principles of EC Law*. V U. Bernitz in J. Nergelius, *General Principles of European Community Law*. Kluwer Law International, London.
- Demmke, Christoph (2002). *Undefined Boundaries and Grey Areas: The Evolving Interaction Between the EU and National Public Services*. EIPASCOPE, 2.
- Dragar Milanovič, Saša (2008). *Konkretni upravni akt ali upravna pogodba*. Magistrsko delo. Ljubljana.
- Duff, Patrick W. in Whiteside, Horace E. (1929). *Delegata Potestas Non Potest Delegari: A Maxim of American Constitutional Law*. *Cornell Law Review* 14, 168.
- Dworkin, R. (1975). *Hard Cases*. *Harvard Law Review*, 88(6), 1057–1109. <https://doi.org/10.2307/1340249>
- Dworkin, R. (1978). *Taking Rights Seriously* (Fifth Printing edition). Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Belknap Press of Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2006). *Justice in Robes*. Belknap Press.
- Dyzenhaus, D. (2006). *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ehrlich, E. (2009). *Fundamental Principles of the Sociology of Law* (4 edition). New Jersey: Transaction Publishers.
- Endicott, T. (2011). *Administrative Law* (Second Edition). Oxford; New York: Oxford University Press.
- European Policy Centre (2013). *European Administrative Space*. Dostopno na: <http://www.europeanpolicy.org/en/european-policies/european-administrative-space.html>
- Foucault, Michel (2007). *Življenje in prakse svobode*. Založba ZRC, Ljubljana.
- Garland, M. B. (1985). *Deregulation and Judicial Review*. *Harvard Law Review*, 98(3), 505–591. <https://doi.org/10.2307/1340869>
- Garner, B. A. (Ur.). (2004). *Black's Law Dictionary* (8th edition). Thomson West.

- Godec, Rupko (1993). *Upravne norme in upravni akti*. V: Godec in ostali, *Upravni zbornik*, IJU, Ljubljana.
- Goodrich, P., Barshack, L., & Schutz, A. (2013). *Law, Text, Terror*. Oxon, New York: Routledge.
- Grad, Franc, Kaučič, Igor, Nerad, Sebastian, Ribičič Ciril in Zagorc Saša (2007). *Ustavno pravo Evropske Unije*. Pravna fakulteta, Ljubljana.
- Grafenauer, B. in Breznik, J. (2005). *Upravni postopek in upravni spor*. GV, Ljubljana.
- Grafenauer, Božo in Brezovnik, Boštjan (2006). *Javna uprava*. Pravna fakulteta, Maribor.
- Grossi, P. (2007). *Pravna Evropa*. Ljubljana: Založba *cf.
- Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (1987). *The Federalist Papers* (Reprint edition). Harmondsworth: Penguin Classics.
- Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (1987). *The Federalist Papers* (Reprint edition). Penguin Classics.
- Hardin, Garrett (1968). *The Tragedy of the Commons*. *Science*, Vol. 162, str. 1243–1248.
- Hart, H. L. A. (1994). *Koncept prava*. Študentska organizacija Univerze v Ljubljani.
- Harter, P. (2002). *Administrative Law in United States*. V R. Seerden & F. A. M. Stroink (Ur.), *Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States: A Comparative Analysis* (str. 307–360). Antwerpen: Intersentia Uitgevers.
- Hayek, F. A. (1983). *Law, Legislation and Liberty: The Political Order of a Free People*. Routledge, London.
- Hegel, G. W. F. (1991). *Elements of the Philosophy of Right* (A. W. Wood, Ur.; H. B. Nisbet, Prev.). Cambridge University Press.
- Hegel, G. W. F. (1998). *Fenomenologija duha*. Ljubljana: Analecta.
- Hertogh, M. (2009). *Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich*. Oxford: Hart Publishing. http://classics.mit.edu/Aristotle/athenian_const.3.3.html
- Huang, H. (2009). *On public domain in copyright law*. *Frontiers of Law in China*, št. 4 (2).
- Hucker, Charles O. (1951). *The Traditional Chinese Censorate and The New Peking Regime*. *The American Political Science Review*, Vol. 45, št. 4 (1041-1057).

- Jambrek Peter, Perenič Anton in Uršič Marko (ur) (1988). *Magna Charta Libertatum (1215) v Varstvo človekovih pravic*. Mladinska knjiga, Ljubljana.
- Jellinek, G., & Jellinek, W. (1914). *Allgemeine Staatslehre*. Verlag von O. Häring.
- Jerovšek, Tone (1992). *Pravnomočnost konkretnih upravnih aktov*. Uradni list RS, Ljubljana.
- Jones, B., & Thompson, K. (2002). *Administrative Law in United Kingdom*. V R. Seerden & F.
- A. M. Stroink (Ur.), *Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States: A Comparative Analysis* (str. 199–251). Intersentia Uitgevers.
- Kaczorowsky, Alina (2008). *European Union law*. Taylor & Francis.
- Kahneman, D. (2013). *Thinking, Fast and Slow* (Reprint edition). New York: Farrar, Straus and Giroux.
- Kelsen, Hans (2005). *Čista teorija prava*. Pravna fakulteta in Cankarjeva založba, Ljubljana.
- Kent, Penelope (2001). *Law of the European Union*. Pearson Education.
- Kerševan, E. (2013). *Izdajanje upravnih odločb kot vidik uresničevanja človekovih pravic*. Pravna praksa, (12).
- Kirchheimer, Otto (1996). *State Structure and Law in the Third Reich* v Scheuerman E. William, *The Rule of Law under Siege*. University of California Press.
- Knez, Rajko, Mužina, Aleksij, Vesel, Tomaž, Sladič, Jorg (2004). *Odločitve sodišča evropskih skupnosti s pojasnili*, Nebra, Ljubljana.
- Kovač, Polonca (2006). *Pravni in sociološki vidiki javnih pooblastil*. Fakulteta za upravo, Ljubljana.
- Kranjc, Janez (2008). *Rimsko pravo*. GV Založba, Ljubljana.
- Krbek, I. (1955). *Upravno pravo FNRJ*. JAZU.
- Krivic, Matevž (1999). *Exceptio illegalis*. Pravna praksa, št. 27–28.
- Kvas, Bojana (2009). *Varuh človekovih pravic (ombudsman) – smeri razvoja v Sloveniji*. Magistrsko delo. Ljubljana.
- Lagoutte, S., Gammeltoft-Hansen, T., & Cerone, J. (Ur.). (2016). *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*. Oxford University Press.
- Lawson, G. (1994). *The Rise and Rise of the Administrative State*. *Harvard Law Review*, 107(6), 1231–1254. <https://doi.org/10.2307/1341842>

- Leeming, J. R. (1915). *Stephen Langton: Hero of Magna charta (1215 A.D.), septingentenary (700th anniversary), 1915 A.D.* Skeffington.
- Lincoln, Abraham (1953). *Fragment on government, The Collected Works of Abraham Lincoln*, ed. Roy P. Basler, Vol. 2, Rutgers University Press, New Brunswick.
- Locke, J. (2010). *Dve razpravi o oblasti Pismo o toleranci*. Ljubljana: Krtina.
- Lust, S. (2002). *Administrative Law in Belgium*. V R. Seerden & F. A. M. Stroink (Ur.), *Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States: A Comparative Analysis*. Antwerpen: Intersentia Uitgevers.
- Lust, S. (2002). *Administrative Law in Belgium*. V R. Seerden & F. A. M. Stroink (Ur.), *Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States: A Comparative Analysis*. Intersentia Uitgevers.
- Majone, G. (1996). *Regulating Europe*. Routledge.
- Mashaw, J. L., Merrill, R. A., & Shane, P. M. (2003). *Administrative Law*. Thomson West.
- Meyer, Georg in Anschütz, Gerhard (1919): *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*. 7 izdaja. München/Leipzig.
- Miščević, N. (2003). *Filozofija jezika*. Zagreb: Jesenski i Turk.
- Mousourakis, George (2003). *The Historical and Institutional Context of Roman Law*. Burlington, Ashgate Publishing, Ltd.
- Mužina, Aleksij (2004). *Koncesije: pravna ureditev koncesij v Republiki Sloveniji in EU*. Založniška hiša Primath, Ljubljana.
- Nehl, H. P. (1999). *Principles of Administrative Procedure in EC Law*. Hart Publishing.
- Nietzsche, F. (1991). *Volja do moči*. Slovenska matica.
- Novak, Marko (2005). *Retroaktivnost*. *Pravna praksa*. 2005, let. 24, št. 44/45.
- OECD (2010). *Improving the Effectiveness and Efficiency of Environmental Inspections: Risk-based Prioritisation and Planning in Moldova*. OECD, Pariz.
- Pascal, B. (1986). *Misli*. Mohorjeva družba.
- Pavčnik Marijan (1997). *Teorija prava: prispevek k razumevanju prava*. Cankarjeva izložba, Ljubljana.
- Pečar, Janez (1991). *Neformalno nadzorstvo*, Didakta, Radovljica.

- Perenič, Anton, Juhart, Miha, Grilc, Peter, Kuzma Bernarda in Igličar Albin (2004). *Uvod v pravo*. DZS, Ljubljana.
- Pirnat Rajko (2000). *Pravni problemi upravne pogodbe*. Javna uprava, številka 2, letnik 36, Ljubljana.
- Pirnat, Rajko (1999). *Pravne osebe javnega prava – sistem ali kaos*. Podjetje in delo, št. 6-7, Ljubljana.
- Pirnat, Rajko (2000). *Upravna pogodba – ali jo slovensko pravo potrebuje?* Zbornik posveta VI. dnevi javnega prava, Portorož.
- Pirnat, Rajko (ur) (2004). *Komentar zakonov s področja uprave*. Inštitut za javno upravo pri Pravni fakulteti, Ljubljana.
- Platon (1976). *Država*. DZS, Ljubljana.
- Platon (1982). *Zakoni*. Založba Obzorja, Maribor.
- Pound, Roscoe (1910). *Law in Books and Law in Action*, 44 *Am. Law Rev.* 12.
- Prepeluh, Urška (2005). *Pravica dostopa do informacij javnega značaja*. Pravna fakulteta, Ljubljana.
- Pusić, Evgen (1989). *Društvena regulacija*. Globus: Zagreb.
- Rizman, Rudi (1986). *Oris razvoja anarhistične družbene misli*. V: Rizman Rudi (1986). *Antologija anarhizma*. Znanstveno in publicistično središče, Ljubljana.
- Robertson, D. W. (1946). *A Note on the Classical Origin of "Circumstances" in the Medieval Confessional*. *Studies in Philology*, 43, 1 (6–14).
- Rousseau, J.-J. (2001). *Družbena pogodba*. Krtina.
- Rousset, Michel in Rousset, Olivier (2004). *Droit administratif II: Le contentieux administratif*. Presses Universitaires de Grenoble.
- Ruffert, M. (2007). *La Mutation Du Droit Administratif en Europe*. Sellier. European Law Publishers.
- Samuelson, P. A. (1954). *The Pure Theory of Public Expenditure*. *The Review of Economics and Statistics*, 36(4), 387–389. <https://doi.org/10.2307/1925895>
- Scalia, A. (1989). *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*. *Duke Law Journal*, 1989(3), 511–521.
- Scheuerman E. William (1996), *The Rule of Law under Siege*. University of California Press.
- Schulze, Hagen (2003). *Država in nacija*. Založba /* cf., Ljubljana.
- Schwarze. (1992). *European Administrative Law*. Sweet & Maxwell UK.

- Seerden, R., & Stroink, F. A. M. (2002). *Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States: A Comparative Analysis*. Antwerpen: Intersentia Uitgevers.
- Seidman, H., & Gilmour, R. S. (1986). *Politics, position, and power: from the positive to the regulatory state*. Oxford: Oxford University Press.
- Seldon, A. (2005). *Introducing Market Forces Into „Public” Services*. Liberty Fund.
- Sen, A. (2009). *The Idea of Justice*. Harvard University Press.
- Shafritz, M. J., Rusell, E. W., & Borick, C. P. (2011). *Introducing Public Administration* (7 edition). Longman.
- Sigma (1999). *European Principles for Public Administration*. Sigma Paper, št. 27, Sigma, Pariz.
- Simon, H. A. (1997). *Administrative Behavior*, 4th Edition (4 Sub edition). New York: Free Press.
- Smith, S. A., & Brazier, R. (1998). *Constitutional and administrative law*. Penguin Books.
- Snoj, Marko (1997). *Slovenski etimološki slovar*. Mladinska knjiga, Ljubljana.
- Snyder, F. (1994). *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*. V S.
- Snyder, F. (1994). *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*. V S. Martin (Ur.), *The Construction of Europe: Essays in Honour of Emile Noël* (str. 197–225). Springer Science & Business Media.
- Sossin, L., & Smith, C. W. (2003). *Hard Choices and Soft Law: Ethical Codes, Policy Guidelines and the Role of the Courts in Regulating Government*. *Alberta Law Review*, 40, 867–893.
- Spitzer, Leo (1947). *Scalawag*. *American Speech*, Vol. 22, št. 3 (188-191).
- Steiner, Jo in Woods, Lorna (2009). *EU Law*. Oxford, Oxford University Press.
- Strauss, P. (1992). *The Rulemaking Continuum*. *Duke Law Journal*, 41(6), 1463–1489.
- Streifer, P. A., & Goens, G. A. (2004). *Tools and Techniques for Effective Data-driven Decision Making*. R&L Education.
- Šturm, L. (1998). *Omejitev oblasti*. Nova revija.
- Šturm, L. (Ur.). (2002). *Komentar Ustave Republike Slovenije*. Ljubljana: Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije.

- Sunstein, C. R. (1999). Is the Clean Air Act unconstitutional? *Michigan Law Review*, 98(2), 303–394.
- Tocqueville, A. (1996). *Demokracija v Ameriki I*. Ljubljana: Krt.
- Tratnik, M., Ferčič A. in Ferlinc, M. (2004). *Osnove prava Evropske unije, Obzorja, založništvo in izobraževanje d.o.o.*, Maribor.
- Tridimas, T. (2006). *The General Principles of EU Law*. Oxford University Press.
- Trstenjak, Verica (2003). *Pravne osebe*. GV Založba, Ljubljana.
- UNEP (2004). *Reference Handbook on Environmental Compliance and Enforcement in the Mediterranean Region*.
- Vavpetič, Lado (1972). O nekaterih problemih javne uprave. *Pravna fakulteta v Ljubljani*.
- Vermule, A. (2009). Our Schmittian Administrative Law. *Harvard Law Review*, 122(4), 1095–1149.
- Wade, W., & Forsyth, C. (2014). *Administrative Law* (11 edition). Oxford University Press.
- Waline, J. (2010). *Droit administratif*. Dalloz.
- Weber, Max (1978) [1920†]. *Economy and Society*. Guenter Roth in Claus Wittich (ur.), University of California Press, Berkeley.
- Werner, F. (1959). *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*. *Deutsches Verwaltungsblatt*, 74, 527–533.
- Wolff, Hans J. (1968). *Verwaltungsrecht*. C. H. Beck, Muenchen. V: Virant Gregor (2009). *Javna uprava*. Fakulteta za upravo, Ljubljana.
- Zimmermann, Reinhard (2007). *Rimsko pravo in evropska kultura*. *Pravnik*, št. 11-12, Ljubljana.

