



ZBORNİK
ZNANSTVENIH
RAZPRAV

2016

LETNIK LXXVI

Zbornik znanstvenih razprav
Letnik 76 (2016) / Volume 76 (2016)
November 2016

To delo je ponujeno pod licenco Creative Commons Priznanje avtorstva-Brez predelav 4.0 Mednarodna. /
This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NoDerivatives 4.0 International License.

Več na spletni strani: / For further information visit: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/>

Spletna stran / Web page:
<http://zbornik.pf.uni-lj.si>
<http://journal.pf.uni-lj.si>

*Polonca Kovac**

Izzivi alternativnega reševanja sporov v upravnih razmerjih v Sloveniji in širše

1. Uvod

S korenitim spreminjanjem družbenega okolja se spreminjajo tudi upravna razmerja. V teh razmerjih oblast zaradi učinkovitega izvajanja javnih politik nastopa nadrejeno do drugih subjektov v družbenih skupnostih. Glede na večinsko ureditev v Srednji Evropi z germanskim izročilom, ki ji pripada tudi Republika Slovenija (RS), pomeni zato upravno razmerje primarno *ex iure imperio* enostransko odločanje v posamičnih in konkretnih zadevah.¹ Toda s preusmerjanjem oblasti na različne nosilce, globalizacijo pravnih razmerij in razvojem partnerstev² se tudi v upravna razmerja vnaša sodobnejše koncepte, kot je alternativno reševanje sporov (ARS, angl. *Alternative Dispute Resolution – ADR*). ARS se uvaja v posameznih upravnih okoljih glede na bolj ali manj prožna razmerja na tem področju, upošteva vpliv upravnih tradicij, tj. bolj v anglosaksonski in skandinavski, manj v francoski in germanski. Iz podobnih razlogov je ARS bolj razvito na nekaterih pravnih področjih, na primer bolj v pravnih razmerjih³ kot v javnem pravu. Veliko spodbudo za

* Doktorica pravnih znanosti, izredna profesorica na Fakulteti za upravo Univerze v Ljubljani; polonca.kovac@fu.uni-lj.si.

¹ Glej 2., 3. in 4. člen Zakona o splošnem upravnem postopku (ZUP), Ur. l. RS, št. 80/1999, 70/2000, 52/2002, 73/2004, 119/2005, 105/2006-ZUS-1, 126/2007, 65/2008, 8/2010, 82/2013. Povezano glej Zakon o upravnem sporu (ZUS-1), Ur. l. RS, št. 105/2006, 107/2009 – odl. US, 62/2010, 98/2011 – odl. US, 109/2012.

² O partnerstvih in dobrem upravljanju glej Schuppert, v: Bevir, *THE SAGE HANDBOOK OF GOVERNANCE* (2011), str. 289 in nasl., Barnes, v: Rose-Ackermann, Lindseth, *COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW* (2011), str. 336, Kovac, *UPRavno-PROCESNE DILEME O RABI ZUP 3* (2015), str. 28–31.

³ Za RS glej 306.–309. člen Zakona o pravnem postopku (ZPP), Ur. l. RS, št. 26/1999, 96/2002, 58/2003 – odl. US, 2/2004, 2/2004-ZDSS-1, 69/2005 – odl. US, 90/2005 – odl. US, 43/2006 – odl. US, 52/2007, 45/2008 – ZArbit, 111/2008 – odl. US, 57/2009 – odl. US, 12/2010 – odl.

ARS pa pomenijo, kljub različnim upravnim kulturam in formalni nacionalni suverenosti držav članic, konvergenčni procesi v upravnem pravu, tako na ravni Sveta Evrope (SE) kot tudi Evropske unije (EU). Najbolj uveljavljene oblike ARS v upravnih razmerjih v evropskem prostoru so poravnava, nadomestne odločbe prek pravnih sredstev, mediacija, tribunali, arbitraže in upravne pogodbe. Predvsem slednje se čedalje bolj uveljavljajo skozi pripravo zakona EU o upravnem postopku.⁴

SE je sicer že leta 2001 sprejel priporočilo o ARS⁵ prav v razmerju med upravnimi organi in strankami, čeprav je glede na posebne omejitve upravnega razmerja z vezanostjo upravnega organa na predpis in primarno zaščito javnega interesa ARS omejeno na procesno komunikacijo v upravnem postopku ali poravnave pred ali v okviru sodnega postopka. Upravno razmerje v ožjem smislu ali upravna zadeva ali stvar, kot v osrednjem evropskem prostoru, pomeni odnos, v katerem pristojni upravni organ ne glede na svojo statusno obliko (na primer organ državne uprave ali samostojna agencija ali občinski koncesionar) v funkciji izvajanja izvršilne oblasti v upravnem postopku opredeli pravico, obveznost ali pravni interes stranke z uporabo splošnih pravil na konkreten dejanski stan posameznega subjekta (fizične ali pravne osebe).⁶ Toda v sklopu načel delitve oblasti in sistema zavor in ravnotežij zadeva ni pravnomočno odločena, saj mora demokratična država stranki omogočiti še sodno presojo zakonitosti oziroma primernosti upravnega

US, 50/2010 – odl. US, 107/2010 – odl. US, 75/2012 – odl. US, 40/2013 – odl. US, 92/2013 – odl. US, 10/2014 – odl. US in 48/2015 – odl. US.

⁴ Glej osnutek Uredbe o odprti, učinkoviti in neodvisni evropski upravi, obravnavan prvič v Evropskem parlamentu aprila 2016. Glede omejene konvergenčnosti recimo Hofmann, Schneider, Ziller, *THE RENEWAL MODEL RULES* (2014), str. 154, izrecno navajajo za upravne pogodbe: »[...] *the working group on this book refrained from drafting a 'law on settlements agreements'. The question whether and under which circumstances settlement agreements and mechanisms of alternative settlements of disputes are licit is assessed very differently in the Member States. This heterogeneity is based on the different views on the principle of legality of administration. In the end this question is a topic of substantive law, not of administrative procedure law. Hence, Book IV does not provide for rules on the question if a settlement agreement or alternative dispute resolution can be closed at all.*«

⁵ *Recommendation Rec(2001)9 on Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties*, tj. Priporočilo o alternativah sodnim sporom med upravnimi oblastmi in zasebnimi strankami, 5. september 2001. Glej tudi Smernice CEPEJ o boljši uporabi priporočil o alternativah sodnemu reševanju sporov med upravnimi organi in posamezniki (CEPEJ (2007)15, z dne 7. decembra 2007).

⁶ Več o ureditvah drugod, tj. o vključevanju izdaje upravnih predpisov v formo upravnega postopka, Hofmann, Schneider, Ziller, *THE RENEWAL MODEL RULES* (2014), str. 40 in nasl. *Ib.* glej o upravnih tradicijah, prim. o razvoju ARS v anglosaškem okolju Zalar, *Alternativno (primarno) reševanje sporov* (2007), str. 1291. V nedržavnem sektorju tudi ne/oblastnega delovanja ni moč povsem ločiti, saj vse upravne funkcije predstavljajo hkrati izvrševanje oblasti in neoblastno strokovno dejavnost (npr. zdravljenje, poučevanje), zato gre za delitev po pretežnosti, Adamovich, Funk, *ALLGEMEINES VERWALTUNGSRECHT* (1987), str. 143–155. Vendar ne gre za upravna razmerja, ko država nastopa *de gestionis*, Pirnat, *Upravna pogodba* (2000), str. 96.

akta.⁷ Zato je dispozitivnost prek vezanosti uprave na zakon omejena in pride do izraza v upravnem postopku le z izrecnimi izvršilnimi klavzulami, bodisi prek dane diskrecije upravnemu organu bodisi prek mehanizmov ARS v splošnih ali področnih predpisih.

Razprava sledi tezi, da so glede na zgornje razne oblike ARS lahko dobrodošla dopolnitev veljavnega upravnega in sodnega sistema v smislu integracije pristopov, toda ne temeljna ali izključna oblika varstva pravic strank, še manj javnega interesa. Namen razprave je celovito analizirati legitimnost ciljev in oblik glede na načelne omejitve in možnosti oziroma koristi uporabe ARS v upravnih razmerjih, zlasti glede na teoretična načela in značilnosti upravnih zadev v primerjavi z drugimi pravnimi razmerji. Nadalje so proučene pojavne oblike ARS, tako na evropski ravni kot tudi v Sloveniji pa tudi Avstriji in na Hrvaškem kot naših sosedah, z reformami na tem področju v zadnjih nekaj letih. Na teh podlagah so oblikovana izhodišča za ureditev ARS v RS *de lege ferenda*.

2. Značilnosti in oblike ARS v evropskem prostoru

2.1. Splošne značilnosti in poudarki ARS v upravnih razmerjih

ARS pomeni reševanje sporov med dvema ali več pravnimi subjekti zunaj (ali vzporedno znotraj) rednih oblastnih struktur, institucij in postopkov ter zato omogoča več mirnega ali prijateljskega (angl. *amicable*) sodelovanja med udeleženci, kot to izhaja iz pravil v formalnih postopkih. Tako naj bi se spor razrešil ne le pravno formalno, ampak tudi dejansko. Toda tak pristop temelji na določenih predpostavkah, kot sta dopustnost razpolaganja s predmetom razmerja in pripravljenost udeležencev sodelovati. Za ARS veljajo načela, ki omogočijo doseg ciljev. Med njimi je treba poudariti nevtralnost mediatorja, zaupnost, enakopravnost strank, neformalnost in zakonitost.⁸ To vodi v ustvarjalnejše, učinkovitejše in razumnejše izide postopkov.

Glavne prednosti ARS so po različnih virih in izkušnjah preprostejši in prožnejši postopki, reševanje sporov po načelu pravičnosti in ne zgolj strogih pravnih pravilih, prijateljske poravnave pa tudi večja sprejemljivost odločitev za stranke (podobno v Priporočilu SE o ARS, Rec(2001)9, 8. točka). Zadnji element se zdi za upravna razmerja posebej pomemben, saj je sprejem zlasti prisilne odločitve del spoštovanja pravne države. Prisilno urejanje razmerij sicer vodi v potrebo po represiji, v upravnih postopkih na primer z izvršbo, inšpekcijskimi ukrepi, kazenskim pregonom, kar je dolgoročno tudi draž-

⁷ Prim. 47. člen Listine EU, 6. in 13. člen Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP) ter 23. in 157. člen Ustave RS (URS). Več o jamstvih po 22., 23., 25. členih URS Šturm, KOMENTAR URS (2002, 2011).

⁸ Glej Zakon o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah, 4. člen in nasl., Zalar, Alternativno (primarno) reševanje sporov (2007), str. 1291. Nekatera teh načel pomenijo potencialni konflikt s temeljnimi ZUP, več Kovač, Mediation and settlement in administrative matters in Slovenia (2010), str. 747.

je, ne le manj demokratično. Zato nenazadnje štejemo postopek kot orodje demokracije, še več, tudi sodelovalne uprave ali dobrega upravljanja. ARS (in klasični instrumenti, kot je pravica biti slišan) pri sprejemanju odločitev pa vodi v dolgoročno sledenje predpisom prek ponotranjenja odločitve pri zavezancih.⁹

V različnih panogah zasebnega prava, v sporih med dvema zasebnima strankama se ARS nadalje promovira v vsebinskem smislu, s ciljem dogovorne rešitve za vpletene. Nasprotno v javnem pravu ARS pogosto temelji primarno na poudarjenem (ali le) reševanju preobremenjenosti instančnih in sodnih organov in potrebi po odpravi zaostankov (glej 4. in 5. točko Priporočila SE o ARS, Rec(2001)9). Delno je to logično, saj se tako dosega sistemsko lažji dostop do sodišča, ki je ključen ob posegu v pravni položaj stranke.¹⁰ Vendar je po teoriji in sodni praksi Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) tak cilj z vidika systemske učinkovitosti legitimen le, ko je eden spremljajočih razlogov za ARS, ne pa poglavitni.

V EU in širše se kot ARS pojavljajo različne oblike, čeprav sistematike ni najti niti na nacionalni ravni ali nekaterih pravnih področjih, razen morda varstva potrošnikov. Delno lahko posplošeno uporabimo kategorizacijo iz Priporočila SE o ARS, Rec(2001)9, ki naniza kot ARS: (1.) preventivne postopke (na primer konzultacija); (2.) specialne nesodne postopke, kot so notranji nadzor, arbitraža, poravnava, mediacija ali conciliacija; ter (3.) alternativne sodne postopke. Gre torej za alternativni pristop, bodisi v okviru klasičnih postopkov, kot so upravni ali sodni, ali pa njim vzporedno ali njim nadomestno pot. Neredko se ARS kar enači z mediacijo kot najpogostejšo obliko ARS. A najpogosteje ARS pomeni skupek ali določeno procesno obliko, ne materialnopravni institut, saj je ključno, da mediator zunaj upravnega ali sodnega ali drugega oblastnega postopka ne more sprejeti odločitve, ki bi bila izvršilni naslov. Praviloma te možnosti nimata niti udeleženca v sporu sama, razen če je ARS posebej pripoznano pred sicer pristojnim upravnim organom, notarjem, sodiščem itd. Zato zakonodajalci pogosto iščejo kombinacije in integracije med tradicionalnimi postopki in ARS.

⁹ O tem Schuppert, VERWALTUNGSWISSENSCHAFT (2000), str. 777, 810–813, Rusch, Citizens First (2014), str. 225. Prim. Kerševan, Upravne pogodbe (2007), str. 241, Kovač, UPRAVNO-PROCESNE DILEME O RABI ZUP 2 (2012), str. 40 in nasl.

¹⁰ Podobno glej argumente v Dragos, Neamtu, ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION (2014), str. v, viii, 63, 109, 118 in nasl. Nasprotno Harlow, Rawlings, LAW AND ADMINISTRATION (1997), str. 391, Kovač, UPRAVNO-PROCESNE DILEME O RABI ZUP 2 (2012), str. 48. Glej tudi ESČP (na primer. že sodba v zadevi *Buchholz proti Nemčiji* iz leta 1981), češ da mora država, kadar kot regulator vzpostavi pravice in obveznosti, zagotoviti učinkovit pravni sistem njihove obravnave, da ne prihaja do kršitev EKČP. Ob tem včasih ESČP za začetek spora šteje že uvedbo upravnega postopka (na primer v zadevi *Schmidtova proti Češki*, št. 48568/99, 22. julij 2003), večinoma pa začetek pritožbenega postopka, češ da (še)le tedaj nastane spor med stranko in oblastjo (na primer tako v zadevah *Janssen proti Nemčiji*, št. 23959/94, 20. december 2001, ali *Božić proti Hrvaški*, št. 22457/02, 29. junij 2006). Ta spor torej praviloma ne nastane šele s postopkom pred sodiščem, traja pa vse do realizacije upravnega razmerja, tj. vključno z morebitno izvršbo.

V večini držav v EU ARS sistemsko ureja en zakon, ki velja predvsem za civilno področje oziroma urejanje ARS ob boku klasičnim sodnim postopkom. Tako izhaja tudi iz Direktive EU 2008/52/ES, sprejete 21. maja 2008, o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah, ki v 1. členu izrecno izključuje domet na upravne zadeve (*acta iure imperii*). Taki ureditvi sledi Slovenija s sprejemom Zakona o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah leta 2008 in Zakona o alternativnem reševanju sodnih sporov leta 2009.¹¹

Celo največji zagovorniki ARS pa ugotavljajo, da je koncept omejen, kjer:

- gre za ustavne pravice oziroma vprašanja javnega prava,¹² saj je javni interes tu ključen in ga je praviloma zapolnil že zakonodajalec;
- stranke s predmetom postopka ne morejo razpolagati;
- je pričakovati nepoštenost s strani stranke (na primer prikrivanje dejstev za odmero davka);
- je v sporu prisotno neravnovesje moči strank (t. i. razmerja *take it or leave it*);
- ni nevarnosti zastaranja, kar velja v upravnih zadevah izjemoma, na primer po Zakonu o davčnem postopku;¹³
- je potrebna prisilna izvršitev, zato je nujen obstoj formalnega izvršilnega naslova itd.

V ZDA, ki spadajo med vodilne na področju ARS, je bila kljub tem omejitvam leta 1990 in dalje leta 1996 sprejeta celo sistemska ureditev po zakonu o upravnem ARS (*Administrative Dispute Resolution Act*). Ta akt pomeni dopolnilo splošnega ZUP (*Administrative Procedure Act* – APA, sprejet leta 1946; o ARS glej 572.–584. člen).¹⁴ Ta napotuje upravni organ (angl. *agency*) k ARS z navajanjem pričakovanih koristi in omejitev. Te so poleg pogoja soglasja strank za ADR izključitev ADR v primeru precedenčnih odločitev (kot pri nas na primer garantni akti) ali kompleksnih vladnih politik z ome-

¹¹ ZMCGZ, Ur. l. RS, št. 56/2008. ZARSS, Ur. l. RS, št. 97/2009 in 40/2012-ZUJF. Glej še Zakon o arbitraži, Ur. l. RS, št. 45/2008. Po 21. členu ZARSS mora za reševanje spora z mediacijo, kadar je stranka pred sodiščem država, podati soglasje državno pravobranilstvo, »kadar je to glede na okoliščine primera ustrezno«.

¹² Več o teh omejitvah Šetinc Tekavc, *MEDIACIJA* (2002), str. 32–36. V javno pravo v tej razpravi uvrščam poleg upravnega še kaznovalno pravo, kot ga urejata procesno Zakon o kazenskem postopku (ZKP), Ur. l. RS, št. 32/2012 – UPB, 47/2013, 87/2014, in Zakon o prekrških (ZP-1), Ur. l. RS, št. 29/2011 – UPB, 21/2013, 111/2013, 74/2014 – odl. US, 92/2014 – odl. US), čeprav gre med kazenskim in prekrškovnim pravom ob iskanju možnosti za ARS zaradi zelo omejen dispozitivnosti po ZP-1 najti ključne razlike, Gorkič, *Sporazumno reševanje prekrškovnih zadev?* (2013), str. 70.

¹³ ZDavP-2, Ur. l. RS, št. 117/2006, 24/2008-ZDDKIS, 125/2008, 110/2009, 43/2010, 97/2010, 32/2012, 94/2012, 101/2013-ZDavNep, 111/2013, 25/2014-ZFU, 40/2014-ZIN, 90/2014, 91/2015.

¹⁴ Več o razvoju ARS v ZDA od srede sedemdesetih let 20. stoletja Edwards, *Alternative Dispute Resolution* (1986), str. 668–684. Prim. Gottwald, *Alternative Streitbeilegung* (2004), str. 163–168, ki opozarja na anglosaksonski sistemski razvoj ARS, za razliko od srednjeevropskega kot parcialnega. Glej tudi primerjavo med ameriško in slovensko ureditvijo v: Pečarič, *ADR in Administrative Law – the Slovenian Perspective* (2016).

jeno pristojnostjo določenega organa, predvsem v posamičnih zadevah ob spoštovanju enakosti, javnosti postopka in neprizadetosti tretjih oseb z dogovorom strank v sporu ter posebnih pogojev za mediatorja.¹⁵ Toda v ZDA je upravni postopek opredeljen širše in vključuje izdajo izvedbenih predpisov.

2.2. Smernice ARS za upravna razmerja na evropski ravni

Mehanizmi ARS se v upravnih razmerjih na evropski ravni uvajajo prek koncepta dobre uprave (angl. *good administration*). Pri tem gre za dve ravni. Upravna razmerja v širšem smislu kot kontekst ARS lahko pomenijo izvajanje (vseh) funkcij, pristojnosti in nalog organov javne uprave, kjer se izražata oblastna in hkrati servisna narava upravnega delovanja. Čeprav v obeh primerih za varstvo javnega interesa, upravno razmerje razlikujemo kot:

- širše, tj. celostno operativno javno upravljanje, kar vključuje pripravo splošnih izvedbenih predpisov in izdajo posamičnih upravnih aktov, eno- ali dvostranskih;
- ožje, po germansko-avstrijski tradiciji le enostransko oblastno odločanje v konkretnih zadevah, tj. uveljavitev pravice, pravne koristi ali obveznosti stranke s področja upravnega prava v obliki posamičnega upravnega akta, kjer se morebitno nasprotje zasebnih interesov z javnim presoja v upravnem postopku in pozneje pred sodiščem.

To razlikovanje je pomembno, ker se večina evropskih smernic in dobrih praks glede ARS razvija v sklopu širše opredelitve, pri nas pa ostajamo pri ožji. V tem delu, sploh na ravni upravnega postopka, pa so možnosti ARS glede na normodajno, sodno ali pogodbeno odločanje nujno bistveno bolj omejene. Kakorkoli, na evropski ravni k ARS napotujejo:

- akti EU, ki določajo pravice državljanov EU, na primer Listina EU o temeljnih pravicah iz leta 2010; Evropski kodeks dobrega ravnanja javnih uslužbencev, ki ga je sprejel Evropski varuh človekovih pravic v letih 2001, 2005 in 2012; ter resoluciji Evropskega parlamenta o evropskem ZUP, sprejeti januarja 2013 in junija 2016, z nadaljnjim osnutkom uredbe o odprti, učinkoviti in neodvisni evropski upravi;¹⁶

¹⁵ Mediatorstvo naj bi bilo zaradi pravne varnosti v razmerju do strank licencirana funkcija, glej Šetinc Tekavc, *MEDIACIJA* (2002), str. 60 in nasl., prim. Pitschas, Walther, *MEDIATION IM VERWALTUNGSVERFAHREN UND VERWALTUNGSPROZESS* (2008), str. 179; Vetter, *MEDIATION UND VORVERFAHREN* (2004), str. 144, kjer se daje prednost sodniku. V upravnih zadevah pa je glede na množičnost in strokovno specialnost zahteva po sodniku ali celo nujno pravniku kot mediatorju videti pretirana.

¹⁶ Listina EU, UL EU, C 83/389, 30. marec 2010. Resoluciji se v izvorniku glasita *Resolution with Recommendations to the Commission on a Law of Administrative Procedure of the EU (2012/2024(INL))*, sprejeta 13. januarja 2013, in *Resolution for an open, efficient and independent European Union administration (2016/2610(RSP))*, sprejeta 9. junija 2016. Na ravni EU bo ZUP v obliki uredbe predvidoma pripravljen za sprejem v letu 2017, pri čemer naj bi formalno veljal le pred organi EU, nacionalna avtonomija pa se ohranja, dokler se dosega načeli enakosti in učinkovitosti; Harlow,

- priporočila (a) SE, Rec(2001)9, o ARS, in (b) CM/Rec(2007)7 o dobri upravi iz leta 2007.

Vsi ti akti pa v svojem dometu bistveno presegajo opredelitev predmeta upravnega postopka v RS, saj se nanašajo na vsa upravna razmerja. Pri vseh se mora pri rabi ARS prednostno reševati spore le v okviru veljavne zakonodaje in s predpisom danih pristojnosti ter diskrecije upravnega organa.¹⁷ Glede na to je v upravnem pravu v EU ARS najbolj razvito pri sprejemanju splošnih aktov na področjih koncesij in javnih naročil,¹⁸ okolja, javnih dajatev in socialnih prejemkov. V nekaterih državah so aktualne še upravne pogodbe, v katerih je vsaj eden od pogodbenikov javni organ in danes v EU prevladuje nemški model z notnim postopkom (in ne faznost sprva izdaje oblastnega akta in nato sklenitev pogodbe kot v Franciji in pri nas).¹⁹ Nikjer pa ni ARS sistemsko vključeno v ZUP kot *lex generalis*, razen kolikor gre za posamezna načela ali smernice o dobri upravi, na primer v nizozemskem upravnem zakonu, in v tem okviru za stremenje k participaciji strank.

3. Posebnosti upravne zadeve kot kontekst uporabe ARS

Če se osredotočimo na pozitivnopravno razumevanje upravne zadeve po 2. členu slovenskega ZUP kot predmeta upravnega postopka, je treba uvodoma ugotoviti, da gre za upravno zadevo, torej vodenje upravnega postopka s subsidiarno rabo ZUP, vedno, kadar je v področni, specialni zakonodaji opredeljeno, da se nekaj odloči v upravnem postopku, da se izda upravna odločba, se postopa po ZUP, se za postopkovna vprašanja uporablja zakon, ki ureja splošni upravni postopek ipd., čeprav morda ne gre za zaščito

Rawlings, PROCESS AND PROCEDURE IN EU ADMINISTRATION (2014), str. 13–16. Enako SEU, na primer C-603/10, *Pelati d.o.o. v. Slovenia*, 18. oktober 2012. O dobri upravi Beneška komisija (2011).

¹⁷ Priporočilo SE o ARS, Rec (2001)9, 10.–12. točka. Več o vezanosti uprave na predpis Šturm, KOMENTAR USTAVE (2002, 2011). Prim. Pitschas, Walther, MEDIATION IM VERWALTUNGSVERFAHREN UND VERWALTUNGSPROZESS (2008), str. 295 in nasl. Sodišče pa lahko drugače kot upravni organ v upravnem sporu spregleda vsaj nezakonite izvedbene predpise (*exceptio illegallis*).

¹⁸ Harlow, Rawlings, PROCESS AND PROCEDURE IN EU ADMINISTRATION (2014), str. 161 o ARS pri javnih naročilih, in str. 84, 172 in 181 o ARS pri splošnih aktih (sheme SOLVIT, WPEG). Prim. Dragos, Neamtu, ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION (2014), str. 494–534.

¹⁹ Glej Kerševan, Upravne pogodbe (2007), str. 244; podrobno primerjalno Hofmann, Schneider, Ziller, THE RENEWAL MODEL RULES (2014), str. 143 in nasl. Prim. Adamovich, Funk, ALLGEMEINES VERWALTUNGSRECHT (1987), str. 293, Pirnat, Upravna pogodba (2000), str. 95–101. Upravno pogodbo danes priporoča na primer tudi Organizacija za gospodarsko sodelovanje in razvoj (OECD) na davčnem področju, pri koncesijah in v urbanizmu; Rusch, Citizens First (2014), str. 191. O omejitvah Adamovich, Funk, ALLGEMEINES VERWALTUNGSRECHT (1987), str. 292, Pitschas, Walther, MEDIATION IM VERWALTUNGSVERFAHREN UND VERWALTUNGSPROZESS (2008), str. 98, 151.

javnega interesa – toda običajno je ta komponenta prisotna.²⁰ Upravni postopek je torej najprej namenjen varstvu javne koristi, kot izhaja iz materialne opredelitve upravne zadeve. Tedaj je upravni postopek presečišče, ki naj zagotovi, da sta javni in zasebni interes uravnotežena, sorazmerna. Nadalje se ZUP prav zaradi javne koristi že skozi ustavna jamstva (to so pravice obrambe) strank po 4. členu ZUP uporablja smiselno tudi v neupravnih javnopravnih zadevah, na primer pri izvajanju javnih služb.

ZUP za vse javnopravne postopke določa nujnost, da se pri njih spoštujejo temeljna načela, med katerimi je skupaj z zakonitostjo vrhovnega pomena varstvo javnega interesa. Uradna oseba mora med postopkom sicer vseskozi varovati pravice strank, celo tako, da stranko pouči o materialnih pravicah, če v zvezi s podanim dejanskim stanjem izve ali sodi, da ima ta podlago za uveljavitev neke pravice, vendar mora v primeru kolizije vedno prevladati javna korist. Upravni organ je torej hkrati dolžan ščititi javno korist in varovati pravice strank, v konfliktu teh interesov pa odločati, kar neredko pomeni nekoliko shizofreno vlogo. To velja posebej, ker se v imenu organa v resničnem okolju pojavlja konkretna uradna oseba in na drugi strani stranka, javni interes pa praviloma ni varovan z udeležbo tretje fizične osebe v posamičnem postopku. Zato se nekatera razmerja neredko ne izrazijo, kajti reševanje kolizije med zasebno in javno koristjo je najprej odvisno od organa – ali in koliko ozavesti in predstavi vsebino in moč javne koristi v posamični zadevi.

Ob tem iz opredelitve ARS s predpostavko (aktualnega) spora torej razberemo relativizirano možnost njegove uporabe v upravnem postopku, v katerem na primer drugače kot v pravdi večinoma nastopa le ena zasebnopravna stranka. Upravni postopek običajno pomeni reševanje kolizij med pravico, pravno koristjo ali obveznostjo stranke v razmerju do javnega interesa. Slednjega zastopa upravni organ, ki v sporu hkrati tudi odloča. Včasih pa so v postopek vključene stranke z nasprotnimi interesi, katerih spor, prednostno sicer v razmerju do javne koristi, mora upravni organ prav tako rešiti. Navedeno hkrati podaja možnosti za ARS v upravnem postopku, saj spor obstaja vsaj potencialno na relaciji javni – zasebni interes, po drugi strani pa zaradi primarne zaščite javne koristi reševanje spora ni tako prosto, kot to velja v pretežno dispozitivnem pravnem razmerju. Smiselno enako kot recimo v pravnem postopku velja tudi v upravnem sporu glede na upravni postopek, saj sta si po ZUS-1 stranki, čeprav je tožen javnopravni subjekt oziroma izdajatelj upravnega akta, pred sodiščem enakopravni po načelu procesne kontradiktornosti. Tako je poravnava v upravni zadevi bistveno lažje doseči v upravnem sporu

²⁰ Dikcije področnih zakonov in sodna praksa so pri formalnem opredeljevanju zadeve kot upravne dokaj neenotne, Kovač, *UPRavno-procesne dileme o rabi ZUP 2 (2012)*, str. 63 in nasl. Prim. o širši razlagi upravnega akta po URS v primerjavi z ZUS-1 Zalar in Kerševan, v: Breznik, Kerševan, *ZUS-1 s KOMENTARJEM* (2008), str. 41, 40. Prim. Androjna, Kerševan, *UPRavno procesno pravo* (2006), str. 277, o smiselnih rabi ZUP v javnopravnih zadevah tudi Breznik, Štucin, Marflak, *ZUP s KOMENTARJEM* (2008), str. 54.

kot po ZUP.²¹ Toda tudi tu je ključno načelo zakonitost. Upravni organ in sodišče smeta spremeniti odločitev le, če je bila prejšnja nezakonita, in ne zaradi usklajevanja javnega in zasebnih interesov.

Dodatno je treba poudariti enako obravnavo strank. Ustavnosodna praksa v Avstriji denimo poudarja, da prav sporazumno urejanje razmerij v klasičnih upravnih zadevah pripelje do različnega obravnavanja enakih položajev, kar je ustavno nedopustno.²²

Za upravne zadeve je ključno vprašanje, zakaj zakon sploh predpostavlja prednost javne koristi oziroma interesa pred zasebnim. Splošneje – na čem temelji vnaprejšnja nadrejenost upravnega organa v razmerju do stranke? Upravni organ mora pri svojem delovanju izkazovati skrb za splošno družbeno korist. Pri tem ne sme delovati mimo ali prek zakona, lahko pa nudi nadstandard. Javni interes kot kontekst legalnega in legitimnega upravnega razmerja tako pomeni z vrednotnim temeljem opredeljeno normo veljavnega predpisa, zaradi omejitve samovolje čim določneje. Vendar z javnim interesom ne more razpolagati niti upravni organ, saj ga je opredelil zakonodajalec, kajti opredelitev javne koristi je *materia legis*.²³ Dolžnost spoštovanja zakonitosti je vezana na normativno razsežnost prava, stremljenje k družbeno čim bolj sprejemljivemu pravu pa na vrednotno razsežnost prava in delovanja oblastnih institucij.

Kot korekcijo dosedanjim poudarkom naj nadalje poudarim troje. Prvič, včasih je zakon nujno napolnjen z različnimi diskrecijskimi pooblastili, ki jih lahko štejemo kot okvir za ARS v najširšem smislu. Javna uprava tedaj kljub vezanosti na predpise dobi ustvarjalno vlogo in lahko v mejah ter v skladu z namenom zakonsko dane diskrecije »razpolaga« s predmetom postopka. To ne pomeni nespoštovanja javnega interesa, ampak ga šele omogoča. Zato v upravnem pravu, celo v upravnih postopkih, obstaja poleg materialnopravne diskrecije tudi procesna, prek katerih se omogoči, da je odločitev kar najprimernejša. Drugič, zaradi hitrosti razvoja in kompleksnosti realnosti, ki se pravno ureja, je manj določnih pravil in diskrecije čedalje več. Zabrisuje se celo meja med materialnopravnim in procesnim. V sodobnem upravnem pravu mora tako zakonodajalec presoditi, ali bo učinkoviteje izvrševal cilje, vrednote in načela s podrobnim materialnim pravom ali s postopkovno ureditvijo, ki naj vodi in nadzira delovanje uprave. To velja posebej v pogojih nemožne vsebinske determiniranosti materialnega prava, na primer

²¹ Prim. Breznik, Kerševan, ZUS-1 s KOMENTARJEM (2008), str. 127 in nasl. Vetter, MEDIATION UND VÖRVERFAHREN (2004), str. 7. ZUS-1 izrecno določa v 57. v zvezi s 45. členom, da lahko v upravnem sporu stranke sklenejo poravnavo ves čas do izdaje odločbe. Še več, po samem ZUP je možno ves čas od začetka upravnega spora do njegove sklenitve uporabiti izredno pravno sredstvo spremembe ali odprave odločbe, ki je predmet spora (273. člen ZUP). To pravno sredstvo je posebna oblika poravnave v upravnem sporu.

²² Jerovšek, Nadomeščanje upravnega akta (2000), str. 172. Podobno Pitschas, Walther, MEDIATION IM VERWALTUNGSVERFAHREN UND VERWALTUNGSPROZESS (2008), str. 99–102.

²³ Schuppert, VERWALTUNGSWISSENSCHAFT (2000), str. 800. Prim. Jerovšek, Varstvo javne koristi (2003), str. 247, Pavčnik, TEORIJA PRAVA (2007), str. 117.

zaradi tehnične narave standardov.²⁴ Tretjič, некоč se je razmeroma preprosto razločilo, kdaj gre primarno za soočenje le zasebnih interesov, kdaj pa javnega, danes pa se razvijajo področja, na katerih gre za hibridne položaje. Na primer med civilnim in upravnim, kot tradicionalno na primer pri koncesijah in sodobni ureditvi storitev splošnega pomena v pravu EU prek regulatornih agencij, na primer glede varstva potrošnikov. V vseh teh razmerjih s primarno zasebnimi spori se upravni vidik vnaša v formalno bolj civilno razmerje kot oblika pozitivne diskriminacije med dvema zasebnima interesoma. Drugače povedano: gre za *de iure* izenačitev *de facto* neenakih pravnih interesov in tako javni interes pomeni zaščito *de facto* šibkejšega. Podobna hibridnost nastaja tudi med upravnim in kaznovalnim, na primer po ureditvi inšpekcijskega nadzora.²⁵

Če skušamo vendar zaradi lažjega razumevanja tako možnosti kot tudi omejitvev sklepno poudariti, v čem je v upravnih zadevah ARS bolj ali manj mogoče, nam lahko pomaga poenostavljena, vendar za dogmatiko v tem smislu koristna analiza. Gre za primerjavo poglobitvinih razlik v različnih tipih pravnih razmerij, čeprav vedno v posamičnih in konkretnih zadevah. Prek te analize vidimo stopnjevanje večjih možnosti ARS v pravdi, manj pa v javnem pravu, prek katerega (naj) oblast proaktivno stremi k zadostitvi javnega interesa, ne »le« zagotovitvi poštenega postopka in s tem rešitvi spora med udeleženci.

²⁴ Barnes, v: Rose-Ackermann, Lindseth, *COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW* (2011), str. 342, Kovač, *UPRAVNO-PROCESNE DILEME O RABI ZUP 2* (2012), str. 42–46.

²⁵ Podrobno za področje potrošnikov Szyszczak, *DEVELOPMENTS IN SERVICES OF GENERAL INTEREST* (2011), o ključnih razmerjih glej shemo, str. 174. PRIM. Galič, *Zunaj sodno reševanje potrošniških sporov* (2012), str. 8, Jeretina, Uzelac, *Alternative Dispute Resolution for Consumer Cases* (2014), str. 39–72. Na ravni EU glej maja 2013 sprejeti Direktivo 2013/11/EU o ARS v potrošniških sporih in Uredbo (EU) št. 524/2013 o spletnem reševanju sporov; v RS glej Zakon o izvensodnem reševanju potrošniških sporov, Ur. l. RS, št. 81/2015. Glede inšpekcij glej Zakon o inšpekcijskem nadzoru (ZIN), Ur. l. RS, št. 56/2002, 26/2007, 40/2014, po katerem se v isti življenjski situaciji od leta 2005 vodi upravni in prekrškovni postopek, čeprav imata različne zaveze in jamstva za stranko. Hibridno naravo teh razmerij med drugim potrjuje pestra judikatura ESČP, ko razsoja po civilnih ali kazenskih elementih tudi v nacionalno kategoriziranih upravnih zadevah (na primer kazensko v davčni zadevi *OA O Neftyanaya Kompaniya Yukos proti Rusiji*, št. 14902/04, 20. september 2011, ali civilno pri izdaji dovoljenj, na primer v zadevi *Wurzer proti Avstriji*, št. 5335/07, 6. marec 2012).

Tabela 1 – Razlikovalni elementi upravne in drugih zadev kot okvir za ARS (vir: lasten)

	Civilna pravda	Kaznovalna zadeva	Upravna zadeva
Temeljni <i>ratio</i>	Rešitev spora med dvema (ali več) enakopravnima zasebnima oseba-ma	Kaznovanje kršitelja predpisov za specialno in generalno prevenci-jo	Uveljavitev zaščiteneh vrednot in koristi v veljavnih predpisih za učinkovito izvrševanje javnih politik
Pravni interesi v postopku	Spor med dvema ali več zasebnimi interesi	Javni interes nad zasebnim, ob močnih obrambnih jamstvih	Javni interes naj vedno prevlada nad zasebnim/i (ob nekaj pravicah obrambe)
Pristojni oblast-ni odločevalci v sporu	Sodišče	Sodišče	Upravni organ, po dokončnosti sodišče
Materialna resnica in dispozitivnost predmeta post-opka	Pretežno predmet dispozitivnosti med strankama v sporu, (naj) prevlada boljše dokazovanje in ne nujno resnica	Dispozitivnost glede priznanja in odpovedi procesnim jamstvom, ob nekaj omejitvah in preverjanju resnice (mešani inkvizitorni in akuzatorni pristop) ¹	Vrhovno načelo, ni dispozitivnosti zaradi vezanosti uprave na predpis, dolžnost govoriti resnico, inkvizicijska maksima
Pravni privilegiji strank	Načelno ni razlike med tožnikom in tožencem	Domneva nedolžnosti, privilegij zoper samo-obtožbo itd.	(Le) Pravice do informacij, biti slišan in sodnega varstva – s prekluzijami
Kontradiktornost	Poudarjena	Poudarjena, zato tudi akuzatornost	Omejena, le kot korektiv nadrejenosti javne koristi in organa za ustavno obrambo
ARS	Uveljavljeno v regulaciji in praksi	Uveljavljano delno in omejeno	V RS le področno in redko, v EU postopno, toda nezadržno širjenje

¹ ZKP omogoča zadnjih nekaj let dogovor z domnevnim storilcem in zato njegovo milejšo obravnavo (glej 450.a člen in nasl. ter 285.c in 330. člen ZKP, angl. plea bargaining). Toda to ni dopustno v postopkih pri mladoletnikih, pri drugih pa mora sodišče preveriti resničnost priznanja, da ne pride do zlorabe močnejšega položaja tožilca, kolikor se sledi t. i. aktivni drži izvajanja kaznovalne politike. Glej tudi Pravilnik o poravnavanju v kazenskih zadevah, Ur. l. RS, št. 114/2004, 58/2011-ZDT-1, in pomisleke v Gorkič, Sporazumno reševanje prekrškovnih zadev? (2013), str. 67–69. Prim. o ciljih poštenega postopka, ne glede na tip razmerja, Edwards, Alternative Dispute Resolution (1986), str. 671.

Sklenemo lahko, da je nadrejenost upravnega organa stranki praviloma izraz nadrejenosti javne koristi zasebnim interesom, kot na posameznih področjih javno korist pač določajo materialni predpisi. Javni interes pa je hkrati sociološka kategorija in pravni pojav, ko se prek regulacije v pozitivnem pravu determinira in institucionalizira. ARS torej ne dosega ciljev postopkov, kolikor bi se hkrati ne zadostilo z zakonom opredeljenim ciljem določenega razmerja, kar za javnopravne zadeve pomeni *a priori* omejen domet. To se izraža tudi v manku (regulacije in prakse) institucij, procesov in pogojev za možne oblike ARS v upravnih razmerjih. Ovire ARS v upravnih zadevah in navsezadnje vseh upravnih razmerjih so torej:

- pravne: zakonitost kot (1.) vezanost uprave na predpis in s tem nedispozitivnost upravne zadeve ter (2.) spoštovanje enakosti strank pred zakonom;
- sociološke pa tudi: (3.) varstvo javne koristi kot *ratio* upravnega razmerja; (4.) pomanjkanje proaktivne upravne kulture ter institucionaliziranih in usposobljenih nosilcev ARS.

Kljub temu je lahko ARS v danih mejah koristen komplementaren sistem, ki *ratio* upravne zadeve hkrati legitimizira, saj je lahko postopek brez konteksta formalno zakonit, vendar v nasprotju z dobro upravo (angl. *lawful but improper* ali t. i. *maladministration*). Upoštevanje posebnosti upravne zadeve, je tako za nadaljnjo razpravo ključno vprašanje, kaj pomeni ARS v upravnih razmerjih. Različni viri in analize pod ARS umeščajo zelo različne kontekste in institute, doslednosti ali ustaljenega razumevanja (še) ni zaslediti.²⁶ Zato v nadaljevanju podajam izhodišča za celovito razumevanje dogmatike ARS v upravnih razmerjih z označbo pravnega temelja po ureditvi *de lege lata* v RS.

4. Pojavne oblike ARS v ureditvi *de lege lata* v upravnih razmerjih

4.1. ARS v upravnih zadevah v Sloveniji

Slovenski ZUP institutov ARS v sodobnem procesno-komunikacijskem smislu, kot recimo v nizozemskem zakonu, niti materialnopravnih upravnih pogodb, kot na primer v nemškem ali hrvaškem ZUP, (še) ne pozna. Po ZUP kot *lex generalis* za posamične in konkretne zadeve so uveljavljani (le):

²⁶ Prim. trenutno glavno delo na področju, Dragos, Neamtu, ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION (2014), str. viii in nasl., v katerem so kot ARS obravnavane le upravne pritožbe, ombudsman in mediacija ter njihove povezave. To je zelo omejevalno, čeprav delo vnaša nekaj novih vidikov, na primer razumevanje le fakultativne upravne pritožbe pred sodnim nadzorom kot oblike ARS. Vendar se tukaj omejujemo na pravne, ne pa na sociološke, politološke, organizacijske, informacijsko-komunikacijske, psihološke in druge vidike, čeprav so oblike ARS tudi v slednjih okvirih možne (že *de lege lata*, na primer informativni razgovor s stranko, prim. Kovač, *ib.*, str. 389). V tem smislu se šteje ARS kot dialog in ne toliko kot vsebinska pogajanja (Caranta in Veny, *Mediation in Belgian Administrative Practice* (2014), str. 95, 201).

- poravnave le med zasebnimi nasprotnimi strankami po 137. členu ZUP in
- posegi s pravnimi sredstvi, tj. prek nadomestne odločbe v pritožbenem ali obnovitvenem postopku po 242. ali 270. členu ZUP, pogojno tudi odpovedi pritožbi po 224.a členu ZUP in odprave ali spremembe odločbe po 273. členu ZUP ter 57. členu ZUS-1 v upravnem sporu.

Vse te oblike štejemo kot materialnopravno poravnavo, ne za v ZUP opredeljeno mediacijo ali vsaj smernico upravnemu organu v upravnem postopku, da bi skušal spodbuditi partnerski dogovor s stranko. Prav tako je v vseh zgornjih oblikah upravni organ strogo vezan na načelo zakonitosti, torej nima dispozitivnega pooblastila razpolagati s predmetom spora izven s predpisi opredeljenih pogojev za pridobitev strankine pravice ali naložitev obveznosti.

Poravnava je klasična oblika ARS, znana v ZUP v več državah. Člen 137 ZUP poravnavo opredeli kot dogovor ali pogodbo, čeprav je izvršilni naslov zaradi posledične oblastne izvršbe zapisnik o sklenjeni poravnavi pred upravnim organom. Bistveno je, da se lahko poravnava sklene izključno v razmerju med strankami z nasprotnimi interesi, ne pa v odnosu med javnim in zasebnimi interesi. Še več, ne sme biti v škodo javni koristi niti javni morali ali pravni koristi tretjih. Glede na to je uvedba poravnave po ZUP atipična možnost izvedbe upravnega postopka, saj gre pri tem za klasični institut civilnega pravnega postopka, ki je namenjen reševanju spora med strankami na temelju delnega popuščanja in pripoznavanja nasprotnih zahtevkov.²⁷ Po drugi strani je vključitev tega instituta logična posledica umestitve tudi rešitve zasebnih nasprotnih interesov v navezavi z javnim interesom v istem postopku, da strank ni treba napotovati na pravdo. Uradna oseba pri tem kljub oblastnemu položaju v razmerju do strank z nasprotnimi interesi deluje le kot procesni in ne nevtralni mediator. Toda če ni pravice razpolaganja po materialnem pravu, je ni mogoče priznati v procesu.

V praksi poravnave in druge oblike ARS po ZUP in ZUS-1 tako niso pogosto uporabljeni instituti, saj je v večini postopkov udeležena le ena stranka, upravni organ pa vezan na predpise. Zato se poravnava pojavlja kvečjemu na določenem področju, na primer pri denacionalizaciji.²⁸ Prav tako v Sloveniji ne gre za pogoste položaje, ko bi se uporabljalo

²⁷ Kovač, *Mediation and settlement in administrative matters in Slovenia* (2010), str. 758. Prim. Breznik, Štucin, Marflak, *ZUP s KOMENTARJEM* (2008), str. 398, Jerovšek, *ZUP s KOMENTARJEM* (2004), str. 409–412, Androjna, Kerševan, *UPRAVNO PROCESNO PRAVO* (2006), str. 295–299. Nekateri trdijo, da popuščanje obeh strani v koliziji ni nujni element poravnave niti v civilnem pravu, čeprav večina meni drugače, po Končar, *PERSPEKTIVE ALTERNATIVNEGA REŠEVANJA* (1999). Enako sodna praksa, pri čemer poravnavo lahko skleneta stranki, ki sta med seboj v pravnem razmerju, ali stranki, ki je vsaka zase v razmerju do upravnega (sklep VS RS, št. III Ips 33/2004, 6. april 2004).

²⁸ Glej sodno prakso po Breznik, Štucin, Marflak, *ZUP s KOMENTARJEM* (2008), v komentarju k 137. členu. O poravnavi po 57. členu ZUS-1 Zalar, v: Breznik, Kerševan, *ZUS-1 s KOMENTARJEM* (2008), str. 330, češ da gre za pomembno možnost ARS, ki pa v praksi ne bo zaživel, če ne bo sistemskega zasuka v odnosu oblasti poleg pravnih podlag vzporednih organizacijskih ukrepov,

nadomestne odločitve prek pravnih sredstev (po 242., 270. in 273. členu ZUP). To se zdi smiselno, saj gre za izjemne situacije, ko zakon dopušča sanacijo bolj ali manj očitne napake pri prvotni izdaji upravne odločbe, da se ne bi ob soglasni presoji nepravilnosti odločitev s strani stranke in organa izdajatelja samega po nepotrebnem vodilo instančnih postopkov. Zato lahko na primer podatek o kar 66 odstotkih rešitev pritožb v petih letih po uveljavitvi ZDavP-2 v davčnih zadevah ocenimo kot zlorabo instituta, kjer organ pokriva kršitve (na primer pravice biti slišan) v postopku pred izdajo odločbe prve stopnje, ne k ARS naravnane organa. Sistemsko pa je pritožba lahko razumljena kot oblika ARS tudi le, če ni procesna predpostavka za dostop do sodišča.

Čeprav ZUP izrecno ne opredeljuje mediacije kot oblike ARS, je po nekaterih analizah in znanih primerih v praksi uporabljena ta metoda, čeprav redko in nesistemsko, celo eksperimentalno. Tak primer je rešitev spora v letu 2008 med občino kot investitorjem in lokalnimi prebivalci kot nasprotnimi stranskimi udeleženci pri izdaji okoljevarstvenega soglasja za deponijo – vendar vzporedno z upravnim postopkom, saj gre običajno za v ozadju tleča nerešena razmerja med udeleženci, ki presega predmet konkretnega postopka.²⁹ V tem smislu lahko koristno mediatorsko vlogo odigra notranji nadzor, kot je upravna inšpekcija. V širšem smislu lahko o poravnavi med strankami govorimo tudi pri nekaterih drugih institutih ZUP.³⁰

Več oblik ARS v upravnih zadevah najdemo v področni zakonodaji.³¹ Običajno gre za oblike, ki so se prenesele prek dobrih praks na nekem področju iz tujine ali ravni EU

usposabljanja itd. O pomanjkanju systemskega izobraževanja o ARS tudi Gottwald, *Alternative Streitbeilegung* (2004), str. 168.

²⁹ Ristin, *Mediacija v upravnih zadevah* (2008). O uporabi mediacije v praksi (le) na podlagi veljavnega ZUP, zelo omejeno ne le s strani upravnih organov in sodišč, ampak tudi ombudsmana, glej Kovač, v: Dragos, Neamtu, *ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION* (2014), str. 385–389. Prim. podobno v Belgiji ali na Nizozemskem, po Veny, *Mediation in Belgian Administrative Practice* (2014), str. 173 in nasl.

³⁰ Podrobneje o posrednem ARS, na primer o pozitivnih fikcijah, v: Kovač, *Mediation and settlement in administrative matters in Slovenia* (2010), str. 748–769, ali o odpovedi pritožbi Breznik, Štucin, Marflak, *ZUP s KOMENTARJEM* (2008), str. 593.

³¹ Gre za primere različnih oblik ARS in z različnih (u)pravnih področij, kot so Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR), Ur. l. RS, št. 15/1976, 69/2004 – UPB, 101/2007 – odl. US, 90/2011 – odl. US, 84/2012 – odl. US, 82/2015 – odl. US, Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP), Ur. l. RS, št. 15/2008, Zakon o osnovni šoli (ZOsn), Ur. l. RS, št. 12/1996, 33/1997, 59/2001, 71/2004, 53/2005, 60/2006, 81/2006 – UPB3, 102/2007, 107/2010, 87/2011, 40/2012, 63/2013, 46/2016, Zakon o brezplačni pravni pomoči (ZBPP), Ur. l. RS, št. 48/2001, 50/2004, 96/2004 – UPB1, 23/2008, 15/2014 – odl. US, 19/2015, Zakon o elektronskih telekomunikacijah (ZEKom-1), Ur. l. RS, št. 109/2012, 110/2013, 40/2014, 54/2014 – odl. US, 81/2015, Zakon o varstvu okolja (ZVO-1), Ur. l. RS, št. 41/2004, 20/2006, 39/06 – UPB1, 49/2006, 66/2006 – odl. US, 33/2007, 57/2008, 70/2008, 108/2009, 48/2012, 57/2012, 92/2013, 56/2015, 102/2015, 30/2016 itd.

k nam. V tem delu gre za rast ARS od spodaj navzgor. Če analiziramo nekaj teh primerov, je treba poudariti že omenjeno področje potrošnikov, specialneje pa mediacijo kot s področnimi zakoni določeno reševanje sporov glede pacientovih pravic ali izrekanja šolskih vzgojnih ukrepov. Nadalje gre za koncesijske pogodbe in vse pogodbe o zagotavljanju sredstev iz okvira javnih financ ter izvajanja javnega pooblastila, ki so po veljavni ureditvi mešana, tj. najprej se rešujejo upravno, nato na upravni podlagi šele civilno (pogodbeno).³² Izpostavljeno področje, na katerem se uveljavlja ARS v specialnih ali posrednih oblikah, je nadalje davčno, ki je po naravi zadeve podobno prej kaznovalnim kot kontrarnim upravnim zadevam. Zato ni presenetljivo, da se v ZDavP-2 očitno uveljavljajo oblike procesnega in materialnopravnega ARS, na primer samoprijava, vendar v povezavi s prekrškovno odgovornostjo oziroma njeno ekskulpacijo, manj ali sploh ne pa v smislu višine materialnopravne davčne obveznosti, temveč kvečjemu načina in roka njene izpolnitve.³³ Nekoliko podobna je ureditev po ZIN z opozorilom po 33. členu, kjer sledi ustavitev postopka, čeprav inšpektor ugotovi strankino kršitev, a jo ta odpravi še pred koncem postopka, saj je cilj inšpekcije uskladitev stanja s predpisanim in ne kaznovanje stranke.³⁴

Sklepno je treba omeniti še Strategijo razvoja javne uprave, ki jo je sprejela Vlada RS spomladi 2015 za obdobje do leta 2020. Ta med drugim obsega podpoglavje o posodobitvi upravnega procesnega prava v smeri, ki »dopušča dogovorno oblikovanje upravnih razmerij in bolj sledi servisni vlogi države.« Toda očitno gre le za deklarativno izjavo, saj ne sledijo niti v strategiji niti izvedbenem akcijskem načrtu nobeni ukrepi niti smernice za redefinicijo ZUP ali drugih upravnih predpisov.

³² O koncesijah in razporejanju javnih sredstev Pirnat, Upravna pogodba (2000), str. 102 in nasl. Prim. po US RS dopustno zakonu dopolnilno pogodbeno opredeljevanje javnega pooblastila, na primer v veterinarstvu ali zdravstvu (zadevi U-I-141/01, 20. maj 2004; in U-I-137/01, 11. december 2003).

³³ Glej Jerovšek, ZDavP-2 s KOMENTARJEM (2008), k 55. (samoprijava pri obračunu) in 63. členu (samoprijava pri davčni napovedi). Pri tem se zasleduje več kombiniranih ciljev, od kazenskopravnega s povračilnim vidikom, čeprav le pri kazenskih obrestih zaradi ekskulpacije prekrškovne odgovornosti, do davčno-političnih z dodatnimi proračunsko-prihodkovni učinki, ki morda brez samoprijave ne bi bili doseženi, ali z dodatnimi stroški davčnih inšpekcijskih in izvršilnih postopkov. Prim. Kerševan, Upravne pogodbe (2007), str. 249. Več Jerovšek, *ib.*, tudi na primer glede diskrecij po 101.–103. členu ZDavP-2. Podobno gre za kvazi obliko ARS po ZP-1, ko se plača le pol izrečene globe ali glede izogiba uklonilnemu zaporu, Gorkič, Sporazumno reševanje prekrškovnih zadev? (2013), str. 71–73.

³⁴ Jerovšek, Kovač, POSEBNI UPRAVNI POSTOPKI (2008), str. 162. Podobno je po nekaterih področnih zakonih, na primer delovni inšpektor je dolžan prizadevati si za rešitev spora med zasebniki, Kovač, UPRAVNO-PROCESNE DILEME O RABI ZUP 3 (2015), str. 289.

4.2. *Oblike ARS v upravnih razmerjih v Avstriji in na Hrvaškem*

Slovenska ureditev v upravnih zadevah že skoraj sto let sledi avstrijski tradiciji. Zato si oglejmo pojavnost ARS v Avstriji, čeprav ne spada med države pionirke na tem področju oziroma ureja ARS splošno le za civilne zadeve, v upravnih razmerjih pa parcialno, na primer glede okolja, in to prej pri izdaji splošnih kot posamičnih upravnih aktov.³⁵ Obstajajo še vzporedni sistemi ARS v sodnih zadevah, pravnih in tudi upravnem sporu. Z vidika ureditve v upravnem postopku sta značilna 43. in 64.a oziroma 66. člen AVG (*Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz*, sprejet leta 1991). V prvi določbi zakon določa poravnavo, češ da si mora uradnik prizadevati, vendar le v primeru dveh nasprotnih zasebnih interesov strank v postopku in v razmerju do javnega interesa, rešiti njune konfliktna zahtevke. AVG še določa možnost nadomestne določbe na temelju pritožbe (64.a in 66. člen AVG). Področni zakoni, sploh na področju okolja, pa so bolj določni, na primer prek opredelitve mediacije. Toda iz judikature v upravnem sporu izhaja, da upravno sodišče običajno presodi opustitev ARS s strani upravnega organa kot nebitveno kršitev postopkovnih pravil (kot v primerih 96/07/0122, 10. julij 1997, in 99/07/0163, 27. junij 2002). Faze mediacije so poleg tega praviloma določene postopno, tako da stranke najprej sklenejo sporazum o izvedbi mediacije in šele nato vsebinski dogovor v zadevi, zato se odpro problemi trajanja in integracije dogovora v posamični upravni akt. Premik v smeri ARS prek ZUP je zaznati prek reforme iz leta 2012 glede omejene uporabe pritožbe in vzporednih korektivov za učinkovitejši postopek. Od leta 2014 imajo tako stranke alternativne možnosti, saj stranka ob vložitvi opcijske upravne pritožbe ohrani možnost sodne kontrole.

Hrvaška je na področju modernejših pristopov, vsaj prek regulacije v novem ZUP iz leta 2009, če ne implementacije v praksi, korak pred Slovenijo.³⁶ Ta ocena velja tako za splošen koncept ZUP kot tudi za posamezne institute, na primer glede reševanja pravnih sredstev ali za garantni akt ali upravno pogodbo kot posameznih oblik ARS. Ti se pridružujejo tradicionalni poravnavi (po 57. členu ZUP) in ARS prek pravnih sredstev (na primer nadomestna odločba v pritožbi, 113. člen), omejeno le na usklajevanje zasebnih interesov med strankami. Poleg tega druge balkanske države z novotami sledijo hrvaškemu vzoru, na primer Črna gora ali Makedonija. V tem smislu je pomembno, da že ZUP,

³⁵ Ob parcialnem pristopu je prisotna tudi nevarnost korporativizma, glej Pitschas, Walther, *MEDIATION IM VERWALTUNGSVERFAHREN UND VERWALTUNGSPROZESS* (2008), str. 23. Več o ADR v Avstriji Balthasar, *ADR in Administrative Law* (2015). Prim. Dragos, Neamtu, *ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION* (2014), str. 209 in nasl. Za okolje Köhler, *Mediation in Environmental Impact Procedures in Austria* (2015). Podobno v Nemčiji, Gottwald, *Alternative Streitbeilegung* (2004), str. 165, kjer sta najbolj razviti okoljska in družinska mediacija.

³⁶ Glej *Zakon o općem upravnom postupku*, Ur. l. RH, št. 47/2009. Več o novostih ZUP in evropeizaciji Koprić, Đulabić, *MODERNIZACIJA OPĆEG UPRAVNOG POSTUPKA I JAVNE UPRAVE U HRVATSKOJ* (2009). Prim. Rusch, *Citizens First* (2014), str. 189–228.

čepprav s sklicem na uporabo teh institutov le, če so določeni v področnem zakonu, uvaja upravne pogodbe (150. – 154. člen) in garantne akte (103. člen) kot novo vrsto upravnih aktov po splošnem procesnem zakonu. Po drugi strani se ugotavlja, da so te določbe bolj mrtva črka na papirju, saj novi regulaciji šele sledijo sistemski ukrepi spreminjanja upravne kulture, pa že določbe ZUP so pretirano toge in omejujejo razcvet oblik ARS v *leges speciales* (razen kot že prej pri koncesijah). Podobno velja za novo pravno sredstvo ugovor (hrv. *prigovor*), ki naj bi se uporabil kot oblika ARS notranjega nadzora med stranko in predstojnikom izvajalca javne službe ali storitev splošnega pomena, ki niso bile ali so bile nepravilno dobavljene. Toda praksa kaže redko uporabo in celo v teh primerih obid namena tega instituta in pravil o notranjem nadzoru, saj se ugovore vlaga zlasti na upravno inšpekcijo.

Primerjalna analiza tako pokaže, da ima Slovenija podobno ureditev in ustaljeno prakso, kot to velja v Avstriji, na Hrvaškem ali EU. Toda zunaj Slovenije prihaja do sistemskega napredka bodisi v upravnem sodstvu bodisi v celoti upravnih razmerij, pri nas pa (še) ne.

4.3. Dogmatika ARS v upravnih razmerjih

Na podlagi predhodnih analiz podajam dogmatiko pojavnih oblik ARS in z ARS povezanih oblik. Ta analiza je potrebna za nadaljnjo opredelitev možnosti in omejitev ARS po posameznih oblikah, tako teoretično kot tudi za prihodnje normiranje in pravilno razlago predpisanega. Pri tem je treba biti pozoren zlasti na vrste razmerij in posledičnih postopkov. Med temi razlikujem normiranje (v tabeli oznaka N) ter konkretno enostransko (skozi upravni postopek – U ali sodni spor – S) in pogodbeno (P) odločanje.³⁷ Nadalje določim (pretežno) materialno- ali procesnopravno naravo instituta (v tabeli M ali P), čeprav se kažejo vsaj nekatere oblike kot mejne, na primer diskrecija. Ombudsman in tribunal pa tu niso navedeni, saj gre za nosilce, ne pa za oblike ali tehnike ARS (na primer tako v Veliki Britaniji ali pri nas v šolstvu in zdravstvu). Kljub načelni omejitvi te razprave na upravno zadevo oziroma razmerje *in stricto sensu* pa navajam možnosti glede na vse tipe upravne dejavnosti.

Nabor, predstavljen v tabeli 2 na naslednjih dveh straneh, ni taksativen, nam pa vendarle predstavi možne opcije tudi v omejenih upravnih razmerjih. Analiza pokaže še, da bi bilo treba pri uvajanju ARS vedno razmisliti o vidikih pravne narave instituta in tipa ARS ter glede na ti določiti postopek ARS v določenem upravnem razmerju.

³⁷ Tu je treba nadalje zaradi systemske in praktične nedoslednosti razlikovati, ali posamezen institut spada v klasični ali alternativni postopek (A), v katerem so te tri opcije vzporedne oziroma zaporedne. Prim. Galič, Zunaj sodno reševanje potrošniških sporov, v: Pravna praksa, 31 (2012) 31/32, str. 6–8, da ne gre šteti na primer upravnega postopka kot alternativo sodnemu. Kot »pravi«³⁷ alternativni postopek lahko opredelimo le obliko, ki ni del pravnega postopka, niti normodajnega niti sodnega ali upravnega niti pogodbenega.

Tabela 2 – Dogmatska analiza ARS institutov v upravnih razmerjih (vir: lasten)

Oblika ARS	M ali P	N, U, S, P ali A	Pravni temelj v RS
<i>Upravni predpisi – izdaja oblastnih splošnih upravnih aktov</i>			
Konzultacija idr.	P in M	Del N ali A	Področni predpisi, na primer okoljski
<i>Upravne odločbe – oblastni posamični akti, izdani v upravnem postopku; nadzor po ZUS-1</i>			
Diskrecije in nedoločni pojmi	M	U in S	Področni predpisi
Poravnava v UP	M	U (P kot del U)	137. člen ZUP, posredno tudi v izvršbi po 293. členu ZUP, delno v področnih predpisih, kot je ZEKom-1
Nadomestna odločba po pritožbi ali obnovi	M	U	242. člen ZUP, 270. člen ZUP
Odprava/sprememba upravne odločbe	M	S	273. člen ZUP
Poravnava v US	M	S (P kot del S)	57. in 45. člen ZUS-1
Opozorilo	M	U	33. člen ZIN
Odpoved pravici do pritožbe idr. fikcije	P	U	224.a člen ZUP, 209. člen ZUP idr.
Notranji upravni nadzor	P	<i>Sui generis</i> , pretežno A	Člen 307 in nasl. ZUP, podobno po ZDIJZ in UUP (ali na primer v hrvaškem ZUP ugovor)
Mediacija	P	U, S ali A prek ombudsmana, tribunalov ipd.	Področni predpisi, na primer o osnovni šoli, potrošniških sporih, pacientovih pravicah, elektronskih komunikacijah itd.
Konciliacija	P	U, S ali A	Področni predpisi, na primer o osnovni šoli, potrošniških sporih, pacientovih pravicah
Arbitraža	P	A (poleg S)	Področni predpisi, na primer glede potrošnikov
Garantni akt	M	U	Področni predpisi, na primer na področju državljanstva ali 14. člen ZDavP-2

Kombinacija oblik ARS	P in M	A, a tudi U/S	Na primer conciliacija v potrošniških sporih kot del mediacije, notranji nadzor in tribunali v šolah, zdravstvenih ustanovah, občinah, ekspertne odločitve
<i>Upravne pogodbe – sklepanje dogovornih upravnih aktov</i>			
Pogodba na temelju upravne odločbe	M	P (po U/S)	Področni predpisi, na primer pri koncesijah, javnih sredstvih (štipendijah, po PIP idr.), javnih pooblastilih ipd.
(Prava) Upravna pogodba	M	U	Področni predpisi, na primer zaposlitve javnih uslužbencev ali štipendije, sprejem v dom ostarelih ipd. parcialna deregulacija

5. Razprava o smernicah za urejanje ARS v upravnih zadevah *de lege ferenda*

Po Priporočilu SE o ARS, Rec(2001)9, naj vsaka država zase normira postopke ARS med upravnimi organi in zasebnimi strankami oziroma interesi. Pri tem naj se spoštujejo načela poštenega postopka, nepristranskosti in enakega varstva pravic strank, tj. zlasti ustavne procesne kavtele, ki se zaradi nadrejenosti javnega interesa in vezanosti uprave na predpise posebej izrazijo v upravnih razmerjih. Toda glede na pretirano podrobno pravno ureditev ZUP v RS in tradicionalno togo upravno kulturo ter brez stimulativnih določb ZUP k ARS, čeprav z upoštevanjem zakonitosti in primata javne koristi, lahko ugotovimo, da potenciali kljub omejitvam obstajajo. To potrjujejo zgledi in smernice na evropski ravni.

Zaenkrat je pogoj za poravnavo v upravnem postopku materialnopravno določena svoboda razpolaganja s predmetom postopka. Pri tem ne gre za pravo poravnavo – slednja bi se uveljavila le, če bi bilo mogoče uvesti pogajanje in diskrecijo odločitve v razmerju med javnim in zasebnimi interesi kot vsebino upravne zadeve. Drugi okvir je dan, kadar je sam zakonodajalec podal diskrecijo ureditve razmerja, tako da lahko upravni organ s stranko sklene pogodbo le glede načina, ne pa tudi vsebine priznanja pravice ali naložitve obveznosti, na primer po ZDavP-2. Ostajajo pa odprte možnosti uvajanja širšega oziroma sistematičnega ARS v ZUP, saj sedanji zakon (niti ZUS-1) teh večinoma ne preprečuje v mejah zakonitosti, toda nima motivacijskih smernic razen (skoraj neuporabljenih

opcij) poravnave. Tak pristop je dolgotrajen z vidika primerjave sedanjih postopkov na prvi stopnji, vendar odpravi vse nadaljnje oblike spora, tako da ni potrebna reševanja pravnih sredstev in sodne kontrole niti prisilnih oblik za neizpolnitev upravnih obveznosti. Zato tudi ne bi bilo primerno, da bi se večji del postopkov prenašal na mediatorja zunaj uprave ali sodišča, saj bi s tem prišlo do popačenja oblasti. Toda trenutno veljavna ureditev je parcialna in stihijska, zato celo neredko kontraproduktivna.

Danes je ARS očitno potrebno oziroma upravičljivo prejkone (le) na posebnih upravnih področjih. Toda to bi bilo dobro spodbuditi za bolj sistematičen in razširjen pristop tako, da se v splošni zakon (ZUP) vključi napotilno vodilo za nadaljnje specialne ureditve. Splošna norma je koristna na treh ravneh. Prvič, vodila bi v sistemsko (re)definicijo določenih razmerij med organi javni uprave in zasebnimi nosilci interesov kot dela strokovnega delovanja javne uprave, ki ni oblastno, če je mogoče z naslovniki skleniti sporazumno rešitev brez ogroženosti javne koristi in pravic tretjih oseb (na primer v šolstvu, zdravstvu, socialni, komunalni in razkrivanju javnih informacij).³⁸ Drugič, upravna razmerja bi bila opredeljena bolj učinkovito, če bi splošni zakon podal možnost neposrednega napotila upravnemu organu ali podrejeno diskrecijsko klavzulo v področnem zakonu, da ta lahko v zakonsko določenih mejah v določenih zadevah usklajuje javni interes z zasebnim, če je taka rešitev v skupnem družbenem kontekstu in upravnem sistemu kot celoti skladna s pravno varovanimi vrednotami in interesi. In tretjič, vsaj primeroma bi se lahko v ZUP navedlo klasifikacijo ter prednosti in omejitve posameznih oblik ARS.

Zbirno si pogledjmo kot temelj za prihodnje urejanje ARS v Sloveniji analizo SWOT (angl. *strengths, weaknesses, opportunities, threats*).

³⁸ Glej Kovač, *Mediation and settlement in administrative matters in Slovenia* (2010), str. 766. Prim. Jerovšek, *Nadomeščanje upravnega akta* (2000), str. 171, češ da ni potrebe po upravnem aktu, kadar sta javni interes in interes stranke enako močna. Glej tudi analizo slovenske področne zakonodaje, Pečarič, *ADR in Administrative Law – the Slovenian Perspective* (2016).

Tabela 3 – Koristi in slabosti po veljavni in prihodnji razširjeni rabi ARS v upravnih zadevah

<p>Prednosti (<i>de lege lata</i>):</p> <ul style="list-style-type: none"> – skozi ARS uresničevanje temeljnih pravic, kot je pravica biti slišan, zato priznanje strank s strani oblasti kot subjektov in ne le objektov javnega upravljanja ter zato večja sprejemljivost odločitev ter manj nadaljnjih sporov in prisile, – hitrejši in cenejši postopki, – vnos dobrih praks iz zasebnih razmerij v javna in večja primerljivost s trendi v EU, – višje zadovoljstvo in zaupanje strank in uradnikov, – razvoj ustvarjalne vloge uprave. 	<p>Slabosti (<i>de lege lata</i>):</p> <ul style="list-style-type: none"> – grožnja preseganja vezanosti uprave na predpise in s tem popačenje delitve oblasti, – nejasnost, kaj uradna oseba sme oziroma mora ob bolj abstraktnih normah, – nevarnost neenakosti in korporativizma, – pomanjkanje usposobljenosti za mediatorje, – pomanjkanje izvršilne moči in pravnih poti glede izidov ARS in spremembe dogovorov, – daljši postopki (na prvi stopnji), – pomanjkanje politične volje za celovite spremembe v smeri partnerske uprave.
<p>Priložnosti (<i>de lege ferenda</i>):</p> <ul style="list-style-type: none"> – novo razumevanje upravnega postopka kot orodja participativne družbe, opolnomočenje ljudi, – nadgradnja upravne kulture v proaktivno, – sistemska vključitev različnih razmerij, tudi na primer storitev splošnega pomena, in novih institutov ob čedalje bolj razvejanem pojmovanju javne uprave (globalizacija, agencifikacija ipd.) in s tem njen enotni funkcionalni pojem v razmerju do strank, – prek rešitev ARS izboljševati pravni red, – postati kot država in javna uprava zgled v regiji. 	<p>Nevarnosti (<i>de lege ferenda</i>):</p> <ul style="list-style-type: none"> – nejasnost, ali prevladajo v razmerju javnopravni ali zasebnopravni elementi, – pomanjkanje predvidljivosti s strani strank, – neravnotežje med splošnim ZUP in <i>leges speciales</i>, ko bi slednji postali izjema, – prenormiranost v izogib zlorabam in zato neuporaba v praksi, – neuskkljenost rešitev po ZUP in ZUS-1, – neuskkljenost pravne ureditve in splošne kulture v državi in javni upravi oziroma sodstvu.

Vprašanje, kako daleč naj bi v ZUP ali področnih zakonih podali temelje za ARS, je torej odprto. Toda zdi se, da je glede na načelne meje razpolaganja v upravnem pravu optimalna ali vsaj fazna rešitev opredelitev prizadevanja za ADR in posebej za mediacijo v

ZUP le kot napotilnih načel. To pomeni neko splošno opredelitev dometa in oblik ARS, načel, omejitev, določitev pogojev za mediatorja in, kolikor to ni sama uradna oseba, ki vodi upravni postopek, razmerja do nje, ipd. Gre za analogijo po zakonu o upravnem ARS v ZDA ali našem ZARSS.³⁹

Dokler pa se ZUP ne opredeli bistveno širše kot danes prek enostranskega oblastnega določanja, naj oblike ARS v preostalih razmerjih (pri izdaji upravnih predpisov ali upravnih pogodbah) rešuje le področna zakonodaja. Toda oblike ARS v področnih zakonih naj bodo glede na obstoječe stanje normirane bolj sistematično, razširjeno in medsebojno usklajeno v istovrstnih ali povezanih razmerjih (na primer družina, sociala, šolstvo in zdravstvo, v katerih so danes le parcialne rešitve). Prav tako je treba glede na težave ob razlagi veljavnih predpisov več pozornosti nameniti nedvoumnim dogmatskim značilnostim uzakonjenih oblik, na primer že glede razlikovanja med materialnopravnim in procesnim značajem mehanizma ARS ter vprašanjem, ali gre za usklajevanje le zasebnih pravnih koristi v javnopravni zadevi (na primer pri univerzalnih storitvah) ali alternativno urejano razmerje med javnim in zasebnimi interesi. Tako tudi Priporočilo SE o ARS, Rec(2001)9, sicer spodbuja države k uzakonitvi poravnavanja v zadevah, v katerih upravni organ izda posamični upravni akt, vendar z omejitvami, kot so omejenost poravnavanja le na zahtevke oziroma akte, ki se glasijo na denar, ali primarno upravno odločanje ob hkratni dopustitvi suspenza akta do konca mediacije ipd. ter naknadna možnost sodnega nadzora. Navsezadnje je po načelu subsidiarne rabe ZUP vendarle na posebnih upravnih področjih primerneje urejati posebnosti tega področja s področnimi zakoni, z ZUP pa le, če je teh področij in skupnih načel in pravil večina. Področni zakoni naj uvedejo posamezne oblike ARS, kadar se pretehta, da je kolizija med javnim in zasebnim(i) interesom(i):

- večinoma potencialna, na primer pri razkritju informacije javnega značaja;
- posredna, kot pri sporih med potrošniki in ponudniki pri storitvah v splošnem interesu, tako v splošni potrošniški zakonodaji kot tudi recimo na področjih komunikacijskih ali poštnih, energetskih in drugih univerzalnih storitev;
- po naravi stvari prinese v človeških odnosih prek same komunikacije dodano vrednost ne glede na končno vsebinsko rešitev, kot na primer v družinskih, zdravstvenih ali šolskih zadevah;
- prinaša v večini primerov na področju več koristi kot nadaljnjih sporov, na primer prek zavezujoče informacije ali samoprijave v davčnih zadevah.

Toda tako v luči ARS kot tudi splošnega razvoja vloge oblasti v družbi kaže procesno pravo opredeljevati manj formalizirano ter navsezadnje zavestno razvijati več diskrecij-

³⁹ Smiselno enako kot pri spreminjanju upravnega akta. Prim. Vetter, *MEDIATION UND VORVERFAHREN* (2004), str. 7; Pirnat, *Upravna pogodba* (2000), str. 95, 98, 108. Zalar, *Alternativno (primarno) reševanje sporov* (2007), str. 1293, ob tem poudarja, da je vendar bistvo ARS avtonomija strank in prožnost postopka, zato naj bi stopnja procesnopravne ureditve ostala čim nižja. Vendarle pa nek splošni zakon praviloma pomeni ključno spodbudo ARS, Pitschas, Walther, *MEDIATION IM VERWALTUNGSVERFAHREN UND VERWALTUNGSPROZESS* (2008), str. 150.

skega in procesno avtonomnega ravnanja upravnih organov. Na splošno bi z ARS glede na izkušnje v EU pospešili demokratizacijo upravnega sistema. Prek ARS bi sistemsko razvijali dobro upravo, ki ne pomeni le minimalnega formalizma, ampak hkrati participativno in učinkovito implementacijo javnih politik z aktivnim vključevanjem posameznih članov družbe v javno upravljanje. Kot kažejo izkušnje predvsem tujih ombudsmanov, je spor večkrat rešen že s tem, da je ljudem dana možnost povedati svoje stališče, kolikor se zameji stranske pojave, kot je korporativizem. Za premik pa so potrebni vzporedni ukrepi v pravni ureditvi, kot še bolj razvoj upravne usposobljenosti in kulture razumevanja upravnega postopka kot oblike reševanja življenjskih situacij strank. ARS je vendar v upravnih razmerjih vzporeden dodatek oblasti in ne njeno nadomestilo. Zato se morajo vsi upravni in sodni postopki sistemsko razvijati, da lahko pride do integracije ARS.

6. Sklep

ARS v upravnih razmerjih ni le eden od procesnih institutov, temveč ima smisel in potencial v okviru razvoja moderne dobre uprave. ARS, kolikor je koncept premišljen in vgrajen v javno upravo s sistemsko in področno zakonodajo ter vzporednimi ukrepi razvoja kulture, vodi v pravno državo z manj represije. Ker javno korist določa (področni) zakon, je popuščanje pri njeni uveljavitvi v smislu poravnave med javnim in zasebnimi interesi lahko brez varovalk nezakonito, tako s strani strank kot tudi upravnega organa, saj ne razpolagata z javnim interesom tako kot zakonodajalec. Toda javna korist, kot je določena s področnimi upravnimi zakoni, katere varstvo je krovno vodilo upravnih razmerij, se izkazano po primerjalnih izkušnjah prek ARS zavaruje še bolj učinkovito. Glede na socialno okolje in regionalno kulturo ne preseneča, da so bile razvite metode ARS, slednje pa cveti predvsem v kulturah, ki jim je bliža participativnost. Pri nas pa bo kazalo glede na upravne tradicije tako ustrezno usmerjenost kot tudi operativne oblike ARS šele zavestno razviti. Vendar se taka pot zdi v okviru trendov razvoja evropske družbe le še vprašanje časa.

Literatura

- Adamovich, Ludwig K; Funk, Bernd-Christian: ALLGEMEINES VERWALTUNGSRECHT, Springer, Dunaj, New York 1987.
- Androjna, Vilko; Kerševan, Erik: UPRAVNO PROCESNO PRAVO, GV, Ljubljana 2006.
- Balthasar, Alexander: ADR in Administrative Law, a major step forward to enhance citizens' satisfaction or rather a Trojan horse for the rule of law?, v: TAIEX, Ankara 2015.
- Bevir, Mark (ur.): THE SAGE HANDBOOK OF GOVERNANCE, Sage, Los Angeles, London, New Delhi, Singapur, Washington DC 2011.

- Breznik, Janez; Štucin, Zdenka; Marflak, Jonika: ZAKON O SPLOŠNEM UPRAVNEM POSTOPKU S KOMENTARJEM, GV Založba, Ljubljana 2008.
- Breznik, Janez; Kerševan, Erik (red.): ZAKON O UPRAVNEM SPORU S KOMENTARJEM, GV Založba, Ljubljana 2008.
- Dragos, Dacian Cosmos; Neamtu, Bogdana (ur.): ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN EUROPEAN ADMINISTRATIVE LAW, Springer, Berlin, Heidelberg, Dordrecht, London 2014.
- Edwards, Harry T.: Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?, v: Harvard Law Review, 99 (1986) 3, str. 668–684.
- Galič, Aleš: Zunajsodno reševanje potrošniških sporov v Sloveniji med pomanjkljivim, sistemsko zgrešenim in protiustavnim, v: Pravna praksa, 31 (2012) 31/32, str. 6–8.
- Gorkič, Primož: Sporazumno reševanje prekrškovnih zadev?, v: 8. dnevi prekrškovnega prava, GV Založba, Ljubljana 2013, str. 67–76.
- Gottwald, Walther: Alternative Streitbeilegung (ADR) in Deutschland, v: FPR, (2004) 4, str. 163–168.
- Harlow, Carol; Rawlings, Richard: LAW AND ADMINISTRATION, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin 1997.
- Harlow, Carol; Rawlings, Richard: PROCESS AND PROCEDURE IN EU ADMINISTRATION, Hart, Oxford, Portland (Oregon) 2014.
- Hofmann, Herwig C. H.; Schneider, Jens-Peter; Ziller, Jacques (ur.): THE RENEUAL MODEL RULES, RENEUAL 2014, <www.reneual.eu/>.
- Jerovšek, Tone: Nadomeščanje upravnega akta s sporazumnim urejanjem razmerij, v: VI. Dnevi javnega prava, Inštitut za javno upravo, Ljubljana 2000, str. 163–174.
- Jerovšek, Tone: Varstvo javne koristi, v: IX. Dnevi javnega prava, Inštitut za javno upravo, Ljubljana 2003, str. 247–256.
- Jerovšek, Tone; Kovač, Polonca: POSEBNI UPRAVNI POSTOPKI, Fakulteta za upravo, Ljubljana 2008.
- Jerovšek, Tone; Trpin, Gorazd (ur.): ZAKON O SPLOŠNEM UPRAVNEM POSTOPKU S KOMENTARJEM, Inštitut za javno upravo in Nebra, Ljubljana 2004.
- Jerovšek, Tone; Simič, Ivo; Škof, Bojan (ur.): ZAKON O DAVČNEM POSTOPKU S KOMENTARJEM, Davčni izobraževalni inštitut, Davčno finančni raziskovalni inštitut, Maribor, Ljubljana 2008.
- Jeretina, Urša; Uzelac, Alan: Alternative Dispute Resolution for Consumer Cases: Are Divergences an Obstacle to Effective Access to Justice?, v: Mednarodna revija za javno upravo, XII (2014) 4, str. 39–74.

- Kerševan, Erik: Upravne pogodbe, v: Javna uprava, 43 (2007) 1, str. 241–251.
- Köhler, Martin: Mediation in Environmental Impact Procedures in Austria, v: TAIEEX, Ankara 2015.
- Koprić, Ivan; Đulabić, Vedran (ur.): MODERNIZACIJA OPĆEG UPRAVNOG POSTUPKA I JAVNE UPRAVE U HRVATSKOJ, Institut za javno upravo, Društveno veleučilište, Zagreb 2009.
- Kovač, Polonca: Mediation and settlement in administrative matters in Slovenia, v: Hrvatska javna uprava, 10 (2010) 3, str. 743–769.
- Kovač, Polonca; Rakar, Iztok; Remic, Matjaž: UPRAVNO-PROCESNE DILEME O RABI ZUP 2, Uradni list RS, Ljubljana 2012.
- Kovač, Polonca; Remic, Matjaž; Sever, Tina: UPRAVNO-PROCESNE DILEME O RABI ZUP 3 V POSEBNIH UPRAVNIH POSTOPKI, Uradni list RS, Ljubljana 2015.
- Končar, Polonca (ur.): PERSPEKTIVE ALTERNATIVNEGA REŠEVANJA CIVILNOPRAVNIH IN DELOVNIH SPOROV KOT NAČINA RAZBREMENJEVANJA SODIŠČ V RS, Pravna fakulteta, Ljubljana 1999.
- Pavčnik, Marijan: TEORIJA PRAVA: PRISPEVEK K RAZUMEVANJU PRAVA, Cankarjeva založba, Ljubljana 2007.
- Pečarič, Mirko: Alternative Dispute Resolution in Administrative Law – the Slovenian Perspective, v: NISPAcee, Zagreb 2016.
- Pirnat, Rajko: Upravna pogodba – ali jo slovensko pravo potrebuje, v: VI. Dnevi javnega prava, Inštitut za javno upravo, Ljubljana 2000, str. 95–110.
- Pitschas, Rainer; Walther, Harald (ur.): MEDIATION IM VERWALTUNGSVERFAHREN UND VERWALTUNGSPROZESS, Lang, Frankfurt, Berlin, Bern, Bruselj, New York, Oxford, Dunaj 2008.
- Ristin, Gordana: Mediacija v upravnih zadevah, v: Dnevi slovenske uprave, Fakulteta za upravo, Ljubljana 2008.
- Rose-Ackerman, Susan; Lindseth, Peter L. (ur.): COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton 2011.
- Rusch, Wolfgang: Citizens First: Modernisation of the System of Administrative Procedures in South-Eastern Europe, v: Hrvatska i komparativna javna uprava, 14 (2014) 1, str. 189–228.
- Schuppert, Gunnar Folke: VERWALTUNGSWISSENSCHAFT (VERWALTUNG, VERWALTUNGSRECHT, VERWALTUNGSLEHRE), Nomos, Baden-Baden 2000.
- Szyszczyk, Erika; Davies, Jim; Andenæs, Mads; Bekkedal, Tarjei (ur.): DEVELOPMENTS IN SERVICES OF GENERAL INTEREST, Springer, Asser 2011.

- Šetinc Tekavc, Martina: MEDIACIJA: SPORAZUMNO REŠEVANJE SPOROV V TEORIJI IN PRAKSI, Učila, Tržič 2002.
- Šturm, Lovro (ur.): KOMENTAR USTAVE REPUBLIKE SLOVENIJE. DOPOLNITEV A. Fakulteta za državne in evropske študije, Brdo pri Kranju 2002, 2011.
- Veny, Ludo; Carlens, Ivo; Verbeeck, Bengt; Warnez, Brecht: Mediation in Belgian Administrative Practice, v: Mednarodna revija za javno upravo, XII (2014) 2-3, str. 163–182.
- Vetter, Stefan: MEDIATION UND VORVERFAHREN, Duncker & Humblot, Berlin 2004.
- Zalar, Aleš: Alternativno (primarno) reševanje sporov, v: Podjetje in delo, 33 (2007) 6–7, str. 1291–1302.

Challenges of Alternative Dispute Resolution in Administrative Relations in a Slovenian and Wider Context

(Summary)

The radical changing of the social environment brings about changes also in administrative relations where, in order to ensure an effective implementation of public policies, administrative authorities act as superior to other members of the social community. Yet, following the redirection of power to other institutions, the globalisation of legal relations and the development of partnerships, administrative relations have come to include more contemporary concepts, such as alternative dispute resolution (ADR). The latter is being introduced in individual administrative environments depending on the flexibility of the relations in this field and taking into account the impact of administrative traditions. Thus, ADR is more frequent in the administrative systems that follow the Anglo-Saxon tradition and less in those influenced by the German tradition. For similar reasons, ADR is more developed in certain areas of law than in others.

ADR means that disputes between two or more legal entities are resolved outside (or parallel within) ordinary authoritative structures, institutions and processes, thus allowing a more peaceful i.e. amicable cooperation among the participants than formal procedures. In such way, disputes are not only formally and legally, but also *de facto* resolved. The main advantages of ADR include simpler and more flexible procedures, resolution of disputes under the principle of equity and not only under strict legal rules, amicable settlement, as well as increased acceptance of decisions by the parties. The latter seems particularly relevant for administrative relations since the acceptance of decisions, particularly the forcible ones, is a demonstration of the respect for the rule of law.

In most EU countries, ADR is regulated by a single law which applies in particular for the civil sphere and/or for the regulation of ADR parallel to the classic judicial procedures. Such model is followed also by Slovenia, which adopted the Mediation in Civil and Commercial Matters Act in 2008 and the Alternative Dispute Resolution in Judicial Matters Act in 2009. ADR is not regulated under the Administrative Procedure Act (APA), except in the United States. In the EU, only certain forms of ADR can be found in sector-specific legislation, but the latter is partial and non-systemic as it mixes substantive law and procedural elements, as well as the administrative and civil spheres (e.g. as regards concessions or consumer protection).

Despite the different administrative cultures and formal national sovereignty of the Member States, a major impetus to ADR is given by convergence processes in administrative law and procedures within the European Union. The Council of Europe (CoE) adopted as early as 2001 a recommendation on ADR that refers specifically to the relation between administrative authorities and private parties. However, given the limitations of the administrative relation where the authorities strictly adhere to the law

and primarily protect the public interest, ADR is limited to process communication in administrative procedures or to settlements before or in the framework of judicial procedures. Particularly in administrative relations at the European level, ADR mechanisms are being introduced through the concept of good administration. ADR is mainly introduced parallel to the unilateral and specific administrative decision-making. Thanks to a broadly defined administrative relation, which also includes issuing administrative acts and administrative contracts, the said practices offer Slovenia a role model for future regulation. The most established forms of ADR in administrative relations are settlement, substitute decisions through legal remedies, mediation, and recently also tribunals, arbitration, and administrative contracts.

The debate follows the thesis that, considering the above, individual forms of ADR can be a welcome complement to the existing administrative and judicial system, although not the fundamental or exclusive form of protection of the rights of the parties, much less of the public interest. Therefore, a comprehensive analysis is provided of the legitimacy of its objectives and forms in view of ADR limitations and the possibilities/benefits of its application in administrative relations, considering their theoretical principles and characteristics in comparison with other legal relations.

The main feature of administrative relations is public interest. This provides a framework for the introduction of ADR in the existing definition of administrative matters under the Slovene APA as well as in a wider context. Public interest is both a sociological category and a legal phenomenon, determined and institutionalised through regulation in positive law. Hence, ADR cannot achieve the objectives of the procedure if it does not meet the legally provided objectives of a specific relation, which in case of public law matters implies an *a priori* limited range. This is also reflected in the lack (of regulation and practice) of institutions, processes and conditions for the possible forms of ADR in administrative relations. The obstacles to ADR in administrative relations are thus of a legal nature, namely superior lawfulness in the sense of adherence of the administration to the law and hence non-dispositiveness of the administrative matter, and respect for the equality of the parties before the law. Moreover, it is necessary to take into account the sociological boundaries, i.e. the protection of the public interest as the *ratio* of the administrative relation, and the lack of a proactive administrative culture and institutionalised and qualified ADR operators. Yet nevertheless, ADR can, within the given limits, be considered as a useful complementary system that legitimises the *ratio* of the administrative relation, given that without a context, the procedure can be lawful but still improper (i.e. maladministration).

Furthermore, the paper examines the existing forms of ADR both at the European level and in Slovenia, as well as in the neighbouring Austria and Croatia, with the respective reforms carried out over the last couple of years. The comparative analysis shows that Slovenia shares a similar legislation and practice, but has recently not made any systemic shifts as have Austria, Croatia or the EU.

The question of how comprehensively should the APA or sector-specific laws regulate ADR thus remains open. It seems, however, that for the time being the best solution is to consider the strive for ADR and particularly for mediation in the APA as a referral principle. This implies a general definition of the scope and forms of ADR, its principles and limitations, of the conditions for the mediator and, if the latter is not an official person who conducts the administrative procedure, the relation to such, etc. Yet as long as the APA does not provide a broader definition thereof, ADR forms in other relations (e.g. in issuing administrative acts or administrative contracts) should be dealt with only by sector-specific laws. The same derives from the CoE recommendation on ADR Rec(2001)9, which encourages the countries to apply alternative means to litigation in cases where the administrative authority issues an individual administrative act, but with specific restrictions, such as their limitation to requests or acts relating to a sum of money, primary administrative decision-making while permitting the suspension of the act until the end of mediation, etc., and the possibility of subsequent judicial review. Finally, considering the principle of subsidiary application of the APA, specific administrative areas would be more appropriately regulated by sector-specific laws, and by the APA only in case when such areas and their common principles and rules are in majority.

However, in the light of ADR and the general evolution of the role of the authorities in the society, procedural law is to be defined in a less formalised manner. Finally, it is necessary to consciously promote a more discretionary and procedurally autonomous conduct by the administrative authorities. In general, considering the experience in the EU, ADR could contribute to the democratisation of the administrative system and help systematically develop good administration, which not only means less formalism but also implies participatory and effective implementation of public policies with the active involvement of individual members of the society in public management. However, in order to be able to move forward, parallel actions in the legal system are necessary, together with building administrative capacity and developing a culture of understanding of the administrative procedure as a form of solving the life situations of the people.

