

Pravna fakulteta  
Univerza v Ljubljani

# ZBORNİK ZNANSTVENIH RAZPRAV

2018

LETNIK LXXVIII

Zbornik znanstvenih razprav  
Letnik 78 (2018) / Volume 78 (2018)  
December 2018

To delo je ponujeno pod licenco Creative Commons  
Priznanje avtorstva-Brez predelav 4.0 Mednarodna. /  
This work is licensed under a Creative Commons Attri-  
bution-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>

*Mirko Pečarič\**

## **Oblast dekretov in vladavina nikogar – pasti podzakonskega normiranja v luči obstoječih načinov regulacije**

*»Ni toliko pravna znanost tista, ki proizvaja sodne postopke, kot njeno nepoznavanje.«<sup>1</sup>*

### **1. Uvod**

Frank Goodnow je bil med prvimi, ki je obravnavo pretežno ustavnopravnih tem usmeril v artikulacijo politične volje, kot se izraža v javni upravi. Javno upravljanje je razumel kot izvrševanje politične volje.<sup>2</sup> Ob tem, ko je gradil razlikovanje med izrazom (politika) in izvedbo (uprava) volje države, se je zavedal, da »je lahko upravni sistem urejen tako, da je dejanska praksa povsem v nasprotju s teorijo«.<sup>3</sup> Če doseganje ciljev razumemo kot temeljno poslanstvo države kot javnega servisa,<sup>4</sup> je »pravni sistem resničen le v obsegu, v katerem ustvarja pravila, ki zadovoljujejo potrebe ljudi v neki družbi«.<sup>5</sup>

---

\* Doktor pravnih znanosti, izredni profesor na Fakulteti za upravo Univerze v Ljubljani; mirko.pecaric@fu.uni-lj.si.

<sup>1</sup> Cicero, 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 (1853), str. 406.

<sup>2</sup> Goodnow, POLITICS AND ADMINISTRATION: A STUDY IN GOVERNMENT (1900) in THE PRINCIPLES OF THE ADMINISTRATIVE LAW OF THE UNITED STATES (1905).

<sup>3</sup> Goodnow, POLITICS AND ADMINISTRATION: A STUDY IN GOVERNMENT (1900), str. 29.

<sup>4</sup> Najbolj znan zagovornik slednjega je bil Duguit, ki je suverenost države oziroma moč ukazovanja nadomestil z idejo javnega servisa kot dolžnostjo zagotavljanja potreb. Duguit, LAW IN THE MODERN STATE (1921).

<sup>5</sup> Prav tam, str. 25.

Razlikovanje (bolje: razumevanje) med cilji in objektivnimi možnostmi njihove zadovoljitve oziroma zavedanje razlik med teorijo in prakso, je prvi pogoj snovanja (pravil) in uresničevanja ciljev. In če se je dolgo razumelo v klasični teoriji javne uprave<sup>6</sup> in tudi v teoriji novega javnega managementa, ki skuša približati delovanje javnega zasebnemu sektorju,<sup>7</sup> in se še vedno razume v postmodernih teorijah javne uprave,<sup>8</sup> da je to razliko mogoče osvojiti kljub nenehnim težavam pri njenem odkrivanju,<sup>9</sup> pa bi lahko teorija kompleksnih sistemov z analizo kompleksnosti, ki išče preproste vzorce obnašanja v množici podatkov, ki sicer domuje v matematičnem modeliranju in tudi v filozofskih temeljih,<sup>10</sup> s konceptom *pojavnosti*<sup>11</sup> (angl. *emergence*) postavila stvari na glavo. Bistvena razlika v primerjavi z dosedanjim razumevanjem ni le v tem, da kolektiv kot celota predstavlja *več* kot zgolj seštevke njenih delov ali da gre za pojav, ki ni in ne more biti (preprosto) povprečje (še vedno le) seštevka posameznikov oziroma njihovih ravnanj,<sup>12</sup>

<sup>6</sup> Waldo, Miller, *THE ADMINISTRATIVE STATE: A STUDY OF THE POLITICAL THEORY OF AMERICAN PUBLIC ADMINISTRATION* (2006); Weber, *FROM MAX WEBER: ESSAYS IN SOCIOLOGY* (1946); Wilson, *The Study of Administration* (1887).

<sup>7</sup> Lane, *NEW PUBLIC MANAGEMENT: AN INTRODUCTION* (2002); Osborne, Gaebler, *REINVENTING GOVERNMENT: HOW THE ENTREPRENEURIAL SPIRIT IS TRANSFORMING THE PUBLIC SECTOR* (1993).

<sup>8</sup> Gerring, Thacker, *A CENTRIPETAL THEORY OF DEMOCRATIC GOVERNANCE* (2008); Rhodes, Rhodes, *UNDERSTANDING GOVERNANCE: POLICY NETWORKS, GOVERNANCE, REFLEXIVITY AND ACCOUNTABILITY* (1997); Bevir, *THE SAGE HANDBOOK OF GOVERNANCE* (2010); Osborne, *THE NEW PUBLIC GOVERNANCE: EMERGING PERSPECTIVES ON THE THEORY AND PRACTICE OF PUBLIC GOVERNANCE* (2010); Raadschelders, Eran Vigoda-Gadot, *GLOBAL DIMENSIONS OF PUBLIC ADMINISTRATION AND GOVERNANCE* (2015).

<sup>9</sup> Obstajata dva pogleda na teorijo javne uprave. Za prvega je intelektualno sidro postmodernizem; je disciplina v težavah, ki se bori za opredelitev, pri čemer nenehoma izgublja oprijem. To pomanjkanje gibanja je prisotno kljub vse bolj obupanim poskusom ujetja valu na tistem, kar je trenutno zunajdisciplinarno v modi na področju drugih družbenih ved. Drugi, in tisti ki mu dajemo prednost, je intelektualno polje, ki se ukvarja z zdravo introspekcijo, ki ni vezan na paradigmatško dogmo, ki nenehno eksperimentira s svežimi pristopi, in začne oblikovati izvirne načine razmišljanja o svojem študijskem področju. Frederickson, Smith, Larimer, Licari, *THE PUBLIC ADMINISTRATION THEORY PRIMER* (2012), str. 265.

<sup>10</sup> Gharajedaghi, *SYSTEMS THINKING, THIRD EDITION: MANAGING CHAOS AND COMPLEXITY: A PLATFORM FOR DESIGNING BUSINESS ARCHITECTURE* (2007); Waldrop, *COMPLEXITY: THE EMERGING SCIENCE AT THE EDGE OF ORDER AND CHAOS* (1993); Gell-Mann, *THE QUARK AND THE JAGUAR* (2002); Kauffman, *THE ORIGINS OF ORDER* (1993).

<sup>11</sup> Funkcionalni koncept pojavnosti je *avtonomna* »višja raven abstraktnosti« kot redukcionistično razstavljanje temeljnih sil narave na manjše dele. »Nastala lastnost je globalno obnašanje strukture, ki se pojavlja skozi interakcije zbirke elementov, brez kontrolorja, ki bi bil odgovoren za vedenje ali organizacijo teh elementov. Ideja pojavnosti je v tem, da je ni mogoče zreducirati na lastnosti elementov [...] Rečemo le lahko, da je vsota več kot le seštevke njihovih delov«. Heudin, *Artificial Life and the Sciences of Complexity: History and Future* (2006), str. 241.

<sup>12</sup> Zelo podoben koncept je pojem sinergije, ki običajno pomeni (po SSKJ) medsebojno sodelovanje, dopolnjevanje dveh ali več snovi, organov ali telesnih sestavov, za Fullerja pa »sinergija pome-

temveč da pojave lahko razumemo, opisujemo, čeprav jih ne moremo – zaradi njihove občutljivosti, medsebojnega ojačevanja in vplivanja – vnaprej natančno napovedati. Kompleksni sistem je kompleksna, samopodobna zbirka prilagodljivih interakcijskih agentov s številnimi komponentami, ki se prilagajajo in učijo v interakciji.<sup>13</sup> Tak sistem (ekonomija, ekologija, imunski sistem, razvoj zarodka, možgani) je dinamična mreža s številnimi agenti (virusi, vrste, posamezniki, podjetja, države), ki delujejo vzporedno, nenehno in se odzivajo na ravnanja drugih. Ti sistemi so *per se* razpršeni in decentralizirani. Celotno vedenje sistema je rezultat številnih odločitev, sprejetih v vsakemu trenutku s strani individualnih agentov. Gre za oblike prilagodljivih sistemov, za katere so ugotovili, da imajo kljub kompleksnosti skupno »razvijajočo strukturo«:

»ti sistemi spreminjajo in reorganizirajo svoje sestavne dele za prilagoditev na težave, ki jih povzročata njihova okolica [...] Prav ta sposobnost prilagajanja je vzrok, zaradi katerega je te sisteme težko simulirati [čeprav] [...] se za vse zdi, da imajo tri značilnosti: evolucija, nakopičeno vedenje in prilagajanje.«<sup>14</sup>

Za britanskega kibernetika Ashbyja je »bistvena lastnost dobrega regulatorja v zavarovanju toka raznolikosti pred motnjami le na bistvene spremenljivke.«<sup>15</sup> Če naj se raznolikost rezultatov zmanjša do dovoljenega števila, mora biti raznolikost orodij regulatorja do okolja »povečana na [...] ustrezen minimum.«<sup>16</sup> Le ustrezno velika (številčna) raznolikost lahko obvladuje raznolikost druge strani: le raznolikost<sub>1</sub> lahko izniči raznolikost<sub>2</sub> in obratno (šolski primer je na primer enako število igralcev na obeh straneh nogometne ekipe). Temeljno načelo kompleksnih sistemov je načelo samoorganizacije, po katerem se dinamični sistemi vedno razvijajo v smeri proti stanju ravnotežja.<sup>17</sup> Stabilnost dinamičnega sistema je torej lastnost sistema (in ne ljudi *per se*) kot celote; povezana je z dejstvom, da stabilnost vedno pomeni usklajevanje, koordinacijo ukrepov *med* deli sistema. In če je Gestalt psihologija v 20. letih 20. stoletja ugotovila, da se ljudje vedejo drugače v

ni nepredvidljivost vedenja sistema, glede na vedenje njegovih posameznih delov«. Buckminster, Applewhite, SYNERGETICS: EXPLORATIONS IN THE GEOMETRY OF THINKING (1997), str. 59.

<sup>13</sup> Schut, Science of Simulation of Collective Intelligence, URL: <http://www.cs.vu.nl/~schut/dbldot/collectivae/sci/handbook.html>; Holland, Studying Complex Adaptive Systems (2006).

<sup>14</sup> Holland, Complex Adaptive Systems (1992), str. 17 in 18.

<sup>15</sup> Ashby, AN INTRODUCTION TO CYBERNETICS (1957), str. 201.

<sup>16</sup> Prav tam, str. 206.

<sup>17</sup> Da bi bil celoten dinamičen sistem v ravnotežju v določenem stanju, je nujno in zadostno, da je vsak del v ravnotežju v tistem stanju v skladu s pogoji, ki mu jih dajo drugi deli. Homeostat (proces, ki omogoča, da se procesi v sistemu kljub spremembam v okolici bistveno ne spreminjajo) začne kazati bogastvo lastnosti, ki se pojavijo, ko je sistem dovolj kompleksen ali dovolj velik, da kaže: 1. visoko intenzivnost selekcije s premikanjem proti ravnotežju, in prav tako 2. da je izbrana množica stanj, čeprav le kot majhen del celote, še vedno dovolj velika, da omogoča široko paleto dinamičnih aktivnosti. Tako se izbira kompleksnega ravnovesja, kjer opazovalec sledi pojavu prilagajanja, ne sme obravnavati kot izreden in izjemen dogodek: to je pravilo. Ashby, Ashby, DESIGN FOR A BRAIN: THE ORIGIN OF ADAPTIVE BEHAVIOR (1966), str. 79 in 234.

skupinah kot posamezniki, tj. da so lastnosti kateregakoli dela upravljane s strukturnimi zakoni celote,<sup>18</sup> pa teorija kompleksnih sistemov niti ne govori o ljudeh, temveč o vseh prilagodljivih organizmih. Ta teorija je osvetlila dejstvo nepredvidljivosti, nenapovedljivosti dogodkov samih po sebi: vnaprej preprosto ne moremo vedeti, kaj se bo zgodilo kot rezultat interakcije številnih delov, čeprav lahko razumemo, kako interakcija poteka.<sup>19</sup> Kibernetika je k temu dodala še pravilo samoorganizacije sistemov: vsak sistem teži k svojemu ravnotežju.

Izhodišče raziskovanja bo, da *percepcije ne nadzorujejo vedenja, temveč posamezniki spreminjajo vedenje, ko je nujno potrebno, da bi nadzorovali lastne percepcije* (in tako uživali želene in se izogibali neželenim rezultatom). Živi organizmi kot sistemi iskanja smisla oziroma ciljev se vedejo na način, prek katerega lahko nadzorujejo lastne percepcije v okolju, in niso le mehanski odzivniki na zunanje dražljaje.<sup>20</sup> Gre torej za drugačen vidik sprejemanja informacij, katerih bistveni tvorec ni okolica, ampak ljudje, naše evolucijske, selekcijske sposobnosti izbire informacij v okolici. Informacija tako ni (ne)pravilna *per se*, temveč je to natančnost njenega predvidevanja glede na postavljen model (zbiranja informacij).

Glede na navedena izhodišča omenjenih teorij se bom v nadaljevanju spraševal, ali lahko koncept pojavnosti na novo osvetli domnevno neodgovornost javne uprave za izvrševanje nalog države (o kateri bo govora v naslednjih razdelkih), ali lahko kibernetiki koncept *raznolikosti* pojasni spiralno naraščajoč delež podzakonske regulacije kot odgovor na nove pojavnosti, načelo samoorganizacije pa pojasni variacije v okviru raznolikosti (da bi prilagodljiv sistem dosegel svoj cilj)? Iskanje odgovorov bomo za (u)pravno znanost preverjali v naslednjih upravljaljskih smereh oziroma predpostavkah:

1. dogodkov ne moremo vnaprej zadovoljivo regulirati, če raznolikost ni približno enaka na strani regulatorja kot na strani reguliranega;
2. pojavnost (sinergija) poskrbi, da pri sestavljenih (kompleksnih) sistemih vnaprej ne moremo natančno predvideti, kaj se bo zgodilo;
3. zavedanje (sebe in drugih) je osnova vsakega upravljanja;

<sup>18</sup> Westheimer, *Gestalt Theory Reconfigured: Max Wertheimer's Anticipation of Recent Developments in Visual Neuroscience* (1999), str. 5.

<sup>19</sup> Kompleksnosti ni mogoče zadovoljivo obravnavati s klasičnimi hierarhičnimi rešitvami, kar je mogoče prikazati tudi na preprostem primeru eksponentne rasti števil na preprostem primeru nekega zakona, ki bi imel le štiri ukrepe za doseg svojega cilja. Število njihovih stanj je  $n(n-1)=12$ , število njihovih (enosmernih; vse se računajo po Metcalfovem zakonu  $n^2$ ) povezav je  $n(n-1)/2=6$ ; vhodna raznolikost ( $2^n$ ) bo omogočala že 16 možnosti ( $2^4=16$ ), izhodna raznolikost () pa bo omogočala že  $2^{64}$  ali točno 18446744073709551616 možnosti. Temu se ni mogoče izogniti, lahko pa damo več raznolikosti v zakon (več transparentnosti, podatkov, medsebojnih povezav in nadzora).

<sup>20</sup> Glej Cziko, *THE THINGS WE DO: USING THE LESSONS OF BERNARD AND DARWIN TO UNDERSTAND THE WHAT, HOW, AND WHY OF OUR BEHAVIOR* (2000).

4. zavedanje je možno prek senzorjev, kriterijev, ki omogočajo ugotavljanje dejanskega stanja in prilagajanje novonastalim okoliščinam (predstavljajte si let letala).

Za upravnopravno znanost taka izhodišča predvidevajo, da ne moremo graditi javnopravnih sistemov in njihovih odločitev le na podlagi podatkov, ki jih imamo, saj šele sistem postavitve senzorjev in zaznave podatkov (podobno kot vgradnja senzorjev v letalo šele omogoča pravilno letenje oziroma pravočasno odzivanje na okolico) omogoča sklepanje o primernosti neke ureditve. Ne gre torej za to, da bi na podlagi dejanskega stanja sprejemali najboljše odločitve in *ex post* uveljavljali subjektivno odgovornost za napake, temveč za to, da naj bo *ex ante* sistem zaznave dejanskega stanja zasnovan tako, da bo omogočal zaznavo številnih podatkov, iz katerih se šele lahko uzrejo ponavljajoči vzorci ravnanj.<sup>21</sup> Najprej je treba imeti relevantne podatke (ki jih mi razumemo kot take), šele nato pa jih je mogoče analizirati in postaviti v medsebojna razmerja. Na osnovi omenjenih izhodišč upravljanja oziroma regulacije si bom prizadeval osvetliti predlog zakona o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju (v nadaljevanju: predlog ZZVZZ-1),<sup>22</sup> na podlagi katerega bom preverjali domnevo pojavnosti, vnaprejšnje nenapovedljivosti in nujnosti zbiranja medsebojno učinkujočih podatkov, da bi šele lahko v njih uzrli nastajajoče vzorce (usmeritev bo šla predvsem v del, ki zadeva upravljanje področja prek predvidenih podzakonskih predpisov in nezakonskih pravil). Če je tako, je treba politično in pravno odgovornost veliko bolj iskati v tistih, ki so postavili posamezen »sistem«, kot tistih, ki v nepopolnem, nedovzetnem sistemu delajo napake.

## 2. Past podrobne regulacije, ki omogoča vladavino nikogar

Preden se lotimo obravnave izhodišč iz uvoda, moramo razumeti, kam (lahko) vodi podrobna regulacija, razumeti moramo njene vzroke, da bi lahko predlagali nove okvire njenega dela. Oblast je bila v starem režimu (*ancien régime*) tradicionalno izvajana z vidnim ognjem in mečem, ki so jo predstavljali kralji, vitezi, vojaki in dacarji. Danes te vrste *ius imperium* ni več mogoče izvrševati na enak način, vendar je še vedno prisotna v bolj sofisticiranih (nevidnih) oblikah, ki se jim ljudje (bolj ali manj) prostovoljno klanjamo. Prisotna je v množici različnih pravil (v večini primerov jih sprejme izvršilna veja), ki jih ljudje prostovoljno spoštujemo večinoma brez uporabe pravnih sredstev. Že za Rousseauja je bila »najbolj absolutna avtoriteta tista, ki prodre v človekovo najintimnejše počutje in zadeva njegovo voljo v nič manjši meri kot njegova ravnanja«.<sup>23</sup> Za Tocquevillea nove oblike, v obliki katerih se lahko (znova) pojavi despotizem, temeljijo na dejstvu, da:

<sup>21</sup> Preprosteje naj bi to (glede preučevanje same uprave pred oblikami njenega nadzora) povedal profesor Weill, ko je rekel, da je »skrajni čas, da se začne preučevanje anatomije pred preučevanjem patologije«. Braibant, ADMINISTRATIVNO PRAVO FRANCUSKE (2002), str. 33–34.

<sup>22</sup> Predlog zakona je dostopen na URL: [http://www.mz.gov.si/si/delovna\\_podrocja\\_in\\_prioritete/zdravstveno\\_varstvo/predlog\\_zakona\\_o\\_zdravstvenem\\_varstvu\\_in\\_zdravstvenem\\_zavarovanju/](http://www.mz.gov.si/si/delovna_podrocja_in_prioritete/zdravstveno_varstvo/predlog_zakona_o_zdravstvenem_varstvu_in_zdravstvenem_zavarovanju/).

<sup>23</sup> Rousseau, DISCOURSE ON POLITICAL ECONOMY AND THE SOCIAL CONTRACT (2009), str. 13.

»suveren volje ne zlomi, temveč jo zmehča, upogne in usmerja; redko sili k delovanju, a se neprestano zoperstavlja temu, da bi kdo deloval; ne ruši, temveč preprečuje nastanek; ne tiranizira, temveč ovira, tlači, draži, ugaša, poneumlja; nazadnje iz vsakega naroda naredi čredo plašnih in marljivih živali, ki imajo za pastirja oblast.«<sup>24</sup>

Tocqueville je podobno kot Rousseau opazil naravo *miniaturne, toda sicer podrobne in prodorne moči*: »pozablja se, da je najbolj nevarno podjarmiti ljudi v podrobnostih [...] Svoboda v velikih stvareh je manj pomembna kot v malih, saj ni mogoče zagotoviti eno brez druge.«<sup>25</sup>

Za Webra kot utemeljitelja birokratskega (racionalnega) modela, je bil eden od temeljnih elementov vsake moderne kulture:

»racionalno vedenje na osnovi ideje poklicanosti [...] [kar pomeni] omejitev na specializirano delo, ki začne prevladovati nad posvetno moralnostjo. Ta red je vezan na tehnične in ekonomske pogoje strojne proizvodnje, ki danes določa življenja vseh posameznikov, ki so rojeni v ta mehanizem [...] Usoda je odredila, da je ta plašč postal železna kletka.«<sup>26</sup>

Ker ta »železna kletka« (*stahlhartes Gehäuse*) zajame posameznike v sistemih prek racionalne specializacije in številnih podrobnosti, ni presenetljivo, da je postala sopomenka za birokratsko upravo, ki »pomeni predvsem dominacijo prek znanja. To je značilnost, ki upravo dela še posebej racionalno [...] Vsaka dominacija se izraža in deluje skozi upravo.«<sup>27</sup> Za Webra moderno uradništvo deluje po:

»načelu trdnih in uradnih resornih pristojnosti, ki so na splošno določene s pravili, to je z zakoni ali upravnimi predpisi [...] Omejitev sodobnega uradniškega managementa na pravila je globoko zakoreninjena v sami naravi uprave [...] Moč ukazati nekatere zadeve z odlokom – ki je bil zakonito dodeljen javnim organom – ne daje pravice, da bi uprava urejala zadeve z ukazi za vsak primer, ampak le za abstraktno urejanje zadev.«<sup>28</sup>

Na osnovi Webrovih pisanj lahko sklepamo, da sodobna, racionalna uprava dominira prek podrobnih, specializiranih pravil, ki umeščajo ljudi v železni okvir. V približno istem času (leta 1929) je Lord Hewart imenoval to drobno, korak za korakom naraščajočo moč uprave kot novi despotizem, ki »daje parlamentu anestetik. Strategija je drugačna [kot v starem despotizmu], cilj pa je enak. To je podrediti parlament, izogniti se sodiščem

<sup>24</sup> Tocqueville, DEMOKRACIJA V AMERIKI II (1996), str. 313–314.

<sup>25</sup> Prav tam, str. 316.

<sup>26</sup> Weber, THE PROTESTANT ETHIC AND THE SPIRIT OF CAPITALISM (2001), str. 122 in 123.

<sup>27</sup> Max Weber, ECONOMY AND SOCIETY: AN OUTLINE OF INTERPRETIVE SOCIOLOGY (1978), str. 225 in 948.

<sup>28</sup> Weber, ESSAYS IN SOCIOLOGY (1946), str. 196 in 198.

in ustvariti voljo ali kaprico izvršne veje za neovirano in vrhovno«. <sup>29</sup> Nisbet je pozneje podobno trdil, da je:

»zadnjega pol stoletja večji del moči v naši družbi, ki vpliva na našo intelektualno, gospodarsko, družbeno in kulturno eksistenco, postal večinoma neviden, kot funkcija široke poddržave [*infragovernment*], ki jo sestavljajo komisije uprave, agencije in uradi na nešteto področjih [...] Kar daje novemu despotizmu njegovo posebno učinkovitost, je njegova zmožnost vstopanja v najmanjše podrobnosti človeškega življenja«. <sup>30</sup>

Ta mreža povezanih organov državne in javne uprave ter nosilcev javnih pooblastil z medsebojno povezanimi in učinkujočimi številnimi pravili, pomeni hkrati tudi plodna tla za izogibanje odgovornosti, ki je ni mogoče (več) pripisati le enemu človeku ali organu. Nepristranskost in profesionalnost javne uprave bi morala hoditi »z roko v roki« s transparentnostjo in odgovornostjo. Če ta pogoja nista izpolnjena, javna uprava izpolnjuje vse pogoje »nikogaršnje vladavine«. Hannah Arendt kot morda najbolj mogočne oblike gospodovanja človeka nad človekom omenja naslednje:

»birokracija ali pravno zapleten sistem uradov, v katerih nikogar, niti enega niti najboljšega niti nekaj niti veliko njih, ni mogoče imeti za odgovornega, se lahko imenuje vladavina nikogar [*the rule by Nobody*]. Če skladno s klasično politično mislijo prepoznamo tiranijo kot vladavino, ki nikomur ne polaga računov, je vladavina nikogar jasno najbolj tiranska od vseh, ker ni nikogar, od katerega bi se sploh lahko zahtevalo, da odgovarja za storjeno. Gre za stanje zadev, v katerem ni mogoče locirati odgovornosti in identificirati nasprotnika; je stanje, ki je med največjimi vzroki za trenutni svetovni uporniški nemir, njegovo kaotično naravo in njegovo nevarno težnjo, da bi ušel izpod nadzora in podivjal. <sup>31</sup> Birokracija je oblika vladavine, v kateri so vsi prikrajšani za politično svobodo, za moč ukrepanja; zakaj vladavina nikogar ni ne-pravilo [*no-rule*], in kjer so vsi enako nemočni, imamo tiranijo brez tirana. <sup>32</sup>

Koalicijske vlade so politično odgovorne (le) kot skupina; prav tako prenašajo široka pooblastila za podrobne predpise na izvršilno vejo in začarani krog je sklenjen: ni namreč nikogar, ki bi mu lahko neposredno naprtili odgovornost za neko odločitev. Klasično regulativno razmišljanje zanemarja temeljno nagnjenost sistema k medsebojnim povezavam. Namesto tega gleda le proti končnemu cilju in predvideva en sam vzrok namesto

<sup>29</sup> Hewart, *THE NEW DESPOTISM* (1929), str. 17.

<sup>30</sup> Nisbet, *The New Despotism*, URL: <https://www.commentarymagazine.com/articles/the-new-despotism/>.

<sup>31</sup> Arendt, *CRISES OF THE REPUBLIC: LYING IN POLITICS, CIVIL DISOBEDIENCE ON VIOLENCE, THOUGHTS ON POLITICS, AND REVOLUTION* (1972), str. 137–138.

<sup>32</sup> Prav tam, str. 178.



več medsebojno povezanih vzrokov in učinkov.<sup>33</sup> Najlažje je kriviti posameznega regulatorja, kot pa obratno razumeti stanja, iz katerih se pojavijo situacije ali pogoji, ki povzročijo problematičen rezultat.<sup>34</sup> Če je govora o splošnih pravilih, mora biti več kontrol nad metodami, ki ustvarjajo splošna pravila, kot pa nad specifičnimi ukazi (to je predvidel že Hayek<sup>35</sup>). V današnjih situacijah številnih povezav in večplastnega odločanja ne drži več niti star Juvenalov rek *sic volo, sic jubeo, stat pro ratione voluntas* (tako želim, tako odrejam, moja volja stoji na mestu razloga), ker ni več jasne volje, ki bi jo lahko pripisali le enemu posamezniku. Temu se ne morejo izogniti niti Wittgensteinove jezikovne igre, saj je končni rezultat kot praksa<sup>36</sup> posledica številnih učinkov, ki jih ni mogoče preprosto naprtiti končnemu izvajalcu.<sup>37</sup> To stanje ni nič manj tiransko, temveč še bolj, in sicer zaradi odsotnosti znanega posestnika. Arendtova je vladavino nikogar povezala še z banalnostjo zla (kot učinkom prve), ki ga je spoznala v Eichmannu (obtoženi nemški častnik na sojenju):

»[R]azen za izredno prizadevnost glede skrbi za osebno napredovanje, ni imel prav nobenih motivov [...] Nikoli ni, če zadevo damo v pogovorni okvir, pravzaprav spoznal, kaj je počel [...] Šlo je za čisto nepremišljenost – nekaj, kar nikakor ni enako neumnosti –, ki ga je predisponirala, da je postal eden največjih zločincev tistega obdobja. In če je ‚banalno‘ in celo smešno, da pri najboljši volji na svetu nihče ne more izvleči nobene diabolčne ali demonske globine iz Eichmanna, je še vedno daleč od tega, da bi jo imeli za običajno [...] Bistvo totalitarne oblasti in morda narava vsake birokracije je, da naredi upravljavce zgolj za vzvode v upravnem stro-

<sup>33</sup> Pasti nesistemskega razmišljanja so v dveh preprostih razsežnostih, in sicer v izogibanju neizogibne povezanosti med spremenljivkami – past redukcionizma, in v ustvarjanju na podlagi ene brezpojne perspektive – past dogmatizma. Reynolds in Holwell, *SYSTEMS APPROACHES TO MANAGING CHANGE: A PRACTICAL GUIDE* (2010), str. 6.

<sup>34</sup> Zimbardo, *THE LUCIFER EFFECT: UNDERSTANDING HOW GOOD PEOPLE TURN EVIL* (2008).

<sup>35</sup> Bolj ko se cilja na kompleksno ureditev, večji bo del ločenih ukrepov, ki jih bo treba določiti na podlagi okoliščin, ki niso znane tistim, ki usmerjajo celoto, in večji bo moral biti nadzor nad pravili kot na specifičnih ukazih. Hayek, *LAW, LEGISLATION AND LIBERTY: A NEW STATEMENT OF THE LIBERAL PRINCIPLES OF JUSTICE AND POLITICAL ECONOMY* (1998), str. 50.

<sup>36</sup> Pravilo ne more določati nobenega pravila delovanja, saj je sleherni način delovanja mogoče uskladiti s pravilom [...] Zato se nagibamo k temu, da bi rekli: vsako delovanje po pravilih je interpretiranje, ko en izraz pravila nadomestimo z drugim. Zato je sledenje pravilu praksa. Wittgenstein, *FILozofske RAZISKAVE* (2014), str. 90–91.

<sup>37</sup> Tako razumevanje je blizu Carnapovemu pojmovanju vzročne zveze kot procesa, ne pa kot dejstva: »kavzalnost ni stvar, ki povzroči dogodek, temveč proces [...] v katerem] posamezni procesi ali dogodki povzročijo druge procese ali dogodke«. Carnap, *PHILOSOPHICAL FOUNDATION OF PHYSICS: AN INTRODUCTION TO THE PHILOSOPHY OF SCIENCE* (1966), str. 190. Oziroma gre za krožno kavzalnost, v kateri so vzroki hkrati tudi učinki in obratno. Cziko, *THE THINGS WE DO: USING THE LESSONS OF BERNARD AND DARWIN TO UNDERSTAND THE WHAT, HOW, AND WHY OF OUR BEHAVIOR* (2000).

ju, s čimer jim odvzame človečnost. In tako lahko dolgo razpravljamo o vladavini nikogar, kar politična oblika, znana kot birokracija, dejansko je.«<sup>38</sup>

Ne z vidika posameznika, temveč že kar z vidika skupnosti je enako situacijo opisal Bauman, ki jo je postavil v sposobnost sodobne, racionalne, učinkovite, tehnološko napredne in rutinske, vendar moralno-utišane birokracije.<sup>39</sup> Arendtin opis Eichmanna in Baumanova sodobna birokracija se ujema tudi z Zimbardovo Situacijo:

»Večja moč za ustvarjanje zla iz dobrega, je v Sistemu, v kompleksnih močnih silah, ki ustvarjajo Situacijo. Številni dokazi v socialni psihologiji podpirajo koncept, po katerem situacijska moč prevlada nad posamezno močjo v določenih kontekstih.«<sup>40</sup>

Mreža prepletenih institucij in pristojnosti, podrobna in kompleksna pravila s sistemom brez temeljnih upravljaljskih elementov, rezultirajo v vse močnejši nikogaršnji vladavini. »Izvirni greh« bi lahko iskali v tistih, ki so glede na delovne naloge kot prvi poklicani, da se vprašajo o upravičenosti nekega početja. Veliko število napak (nenamenoma) storijo običajni javni uslužbenci, ki (si) ne postavljajo vprašanj: Primo Levi (Italijanski judovski pisec, ki je preživel holokavst) je rekel, da »[p]ošasti obstajajo, vendar jih je premalo, da bi bile resnično nevarne; nevarnejši so običajni ljudje, funkcionarji, ki so pripravljene verjetni in delovati brez postavljanja vprašanj.«<sup>41</sup> Tako smo po podrobnejšem vpogledu v učinke podrobne regulacije prišli do ugotovitve, ki sem jo nakazal že v uvodu: vladavina nikogar ni vladavina vplivnežev, temveč je večkrat nezavedno ustvarjena s strani tako dobro mislečih ljudi kot ljudi, ki se ne zavedajo posledic lastnega početja. Dobre ali slabe učinke ne povzročajo toliko ljudje, kot jih okviri (sistem, ki ustvarja okoliščine), v katerih delujejo ali se znajdejo.<sup>42</sup> Ker v pravni državi postavljajo okvir predvsem predpisi, bodo v nadaljevanju postavljena vprašanja glede optimalne specifičnosti zakonov, ki bi lahko preprečila nikogaršnjo vladavino in neutemeljeno rast podzakonskih prepisov zaradi nerazumevanja kompleksnega součinkovanja različnih vzrokov in posledic ter obratno, nakar bodo ugotovitve iz tega dela preverjene na primeru zdravstvenega sistema,

<sup>38</sup> Arendt, EICHMANN IN JERUSALEM (2006), str. 210.

<sup>39</sup> Tehnično-administrativni uspeh holokavsta je bil deloma posledica spretne uporabe »moralnih uspaval«, ki so postala dostopna s sodobno birokracijo in sodobno tehnologijo. Naravna nevidnost vzročnih povezav v kompleksnem sistemu interakcij, in »distanciranje« od pogledu neprijetnih ali rezultatov delovanja, ki so nasprotni morali, do točke, da postanejo nevidni akterjem, so najpomembnejše med njimi. Naciste je še posebej odlikoval tretji način, ki ga niso izumili, vendar so ga izpopolnili do izjemne stopnje. To je bila metoda ustvarjanja nevidnosti same človečnosti njihovih žrtev. Bauman, MODERNITY AND THE HOLOCAUST (2013), str. 27.

<sup>40</sup> Zimbardo, THE LUCIFER EFFECT: UNDERSTANDING HOW GOOD PEOPLE TURN EVIL (2008), str. x.

<sup>41</sup> Levi, Primo Levi's Heartbreaking, Heroic Answers to the Most Common Questions He Was Asked About Survival in Auschwitz, URL: <https://newrepublic.com/article/119959/interview-primo-levi-survival-auschwitz>.

<sup>42</sup> Tipični primer je (na primer prometna) nesreča: za nekoga vnaprej ni mogoče vedeti, ali je junak ali požrtvovalen človek (čeprav se ima za takega) – to postane šele v določenih okoliščinah.

tj. na predlogu ZZVZZ-1 z vidika prenosa pooblastil za podzakonsko normiranje na izvršno vejo oblasti in nosilce javnih pooblastil.

### 3. Optimalna specifičnost zakonov

Pri razmišljanju o hierarhiji pravnih aktov, med vrednostjo ali kriterijem presoje enega akta proti drugemu, je hierarhijo pravnih aktov mogoče enačiti z njihovo »pomembnostjo«. Tako na primer obstaja mnenje, da je ustava pomembnejša od zakona, kar drži, razlika pa se pojavi predvsem pri izvrševanju teh (in nižjih) predpisov. Dokler niso napadeni pred sodnim forumom, namreč vsi *enako* veljajo. Če mora oseba za pridobitev nekega dovoljenja na primer predložiti določeno število dokazil, je vseeno, ali je ta zahteva določena v ustavi ali pa v (naj)nižjem pravnem aktu. Pravila tudi na najnižjih ravneh ustvarjajo okoliščine, ki globoko in (ne)opazno vplivajo na pravice in obveznosti. Izvrševanje zakonov s strani uprave in enaka veljava vseh predpisov za stranko v postopku daje razmerju optimalne specifičnosti (natančne regulacije) še posebno težo. Za Hayeka se vprašanje omejevanja administracije neposredno ne nanaša na načelo vladavine prava, temveč na vprašanje *demokratskega nadzora*:

»težava vsesplošnega prenašanja pristojnosti ni v samem prenosu postavljanja splošnih pravil, temveč v tem, da je administrativnim organom s tem dana pristojnost brezpravnega izvajanja prisile, saj ni mogoče oblikovati takšnih splošnih pravil, ki bi nedvoumno usmerjala izvajanje tovrstnih pristojnosti.«<sup>43</sup>

Če ni jasnih splošnih pravil, določenih že v zakonu (materialno pravo), tudi vnašanje procesnih zahtev v delo uprave ne pomaga, ker si vsebino še vedno določa sama. Zaradi neželenih ali stranskih učinkov prej ruši vladavino prava, kot jo ohranja. Hayek je menil, da bi moralo biti »sprejemanje splošnih pravil s strani uprave podvrženo enakim omejitvam kot pravo sprejemanje zakonov s strani zakonodajalca«,<sup>44</sup> vendar to praktično ni izvedljivo oziroma ne deluje niti v državah, v katerih imajo natančnejše postopke sprejemanja podzakonskih aktov. Arendtino trditev, da je oblast birokracije oblast dekretov,<sup>45</sup> lahko še lažje razumemo v luči pojasnjene enakake učinkovanja. Za Arendtovo prav ta psevdomističnost daje pečat birokraciji, ko ta postane oblika oblasti, tj. ko:

<sup>43</sup> Hayek, USTAVA ZA SVOBODO (2012), str. 318.

<sup>44</sup> Hayek, LAW, LEGISLATION AND LIBERTY: A NEW STATEMENT OF THE LIBERAL PRINCIPLES OF JUSTICE AND POLITICAL ECONOMY (1998), str. 137–138. V tem gre lahko poziv tudi v smer sprejemanja podzakonskih predpisov v Sloveniji (da ne govorimo o kršenju Resolucije o normativni dejavnosti), ki niso niti približek zakonodajnega postopka.

<sup>45</sup> V pravnem smislu je oblast birokracije oblast dekretov, to pa pomeni, da moč, ki pri ustavni vladavini zakon le uveljavlja, postane neposredni vir celotne zakonodaje. Izza dekretov ni nobenih splošnih načel, ki jih preprost razum lahko razume, temveč vselej le spreminjajoče se okoliščine, ki jih v podrobnostih pozna le strokovnjak. Ljudje, ki jim vladajo dekreti, nikoli ne vedo, kaj jim vlada. Arendt, IZVORI TOTALITARIZMA (2003), str. 318.

»racionalna interpretacija zakonov ne obstaja in ostane le goli brutalni dogodek. To kar se komu zgodi, postane stvar interpretacije, katere možnosti so neskončne, neomejene z razumom in neovirane s strani vedenja«. <sup>46</sup>

Po že nastalem dogodku je interpretacij zakona vedno več, kot jih je bilo pred njim (zaradi novo nastalih dogodkov in njihovih kombinacij), zaradi česar je nujno, da zakon vnaprej postavi *jasen okvir* in merila interpretacije. V teoriji je to splošno znano in sodni praksi enako sprejeto, pa vendar se pojavljajo zakoni, ki prenašajo materijo (v nekaterih delih) na nedopusten »dekret-zakon« (podzakonski predpis, ki izvirno ureja zakonsko materijo), kot da bi bili v času francoske IV. republike. In če so se dekreti včasih uporabljali pretežno za upravljanje kolonij (*regime de decrets*<sup>47</sup> doživi razcvet v času kolonialnega imperializma), so se začeli čedalje bolj uporabljati tudi na nacionalnem ozemlju. Še pred stoletjem je bilo morda prisotno razumevanje evropskega načina sprejemanja splošnih podzakonskih pravil kot nekega »relikta absolutizma«, danes pa se zdi, da ne le da podzakonski predpisi upravljajo posamezna področja, temveč da njihovo enostransko naravo sprejemanja čedalje bolj prevzemajo tudi zakoni. Nekritičnost »kavč« poslancev, zagotovljena parlamentarna večina, ozko grlo, ki onemogoča prehod do Ustavnega sodišča in maloštevilni uspešnejši primeri odločanja slednjega v korist državljanov namreč ne omogočajo primerne varstva niti učinkovitega nadzora nad delom oblasti s strani demokratične javnosti.

Za primerno obravnavo teme dekretov (podzakonskih predpisov) je torej treba odgovoriti na vprašanje optimalnega razmerja med splošnostjo in posamičnostjo. Vsak zakonodajalec (beri: izvršna veja) se pri pripravi predlogov predpisov znajde pred dilemo splošnosti (abstraktnost in generalnost) in posamičnosti (konkretnost in individualnost) predpisov. Zakonodajalec ne more predvideti vseh okoliščin, ki se bodo nanašale na posamezni predpis, pri čemer mora paziti na nevarnost prevelike obširnosti predpisa, ki vodi v nejasnost, nerazumevanje, s tem pa v kršitev načela pravne države. Vedno gre za tehtanje med preveč in premalo, za sredino, kar je Aristotel razumel kot jedro pravičnosti. <sup>48</sup> Prevelika natančnost Pruskega deželnega zakonika (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, 1794; I./II. del – 23./20. poglavij, 8.170/10.921 oziroma 19.091 členov!), kakor tudi presplošnost Civilnega zakonika DDR (*Zivilgesetzbuch DDR* 1975) z vsega 465 členi (slovenski Obligacijski zakonik ima na primer 1.063 členov) sta na dveh skrajnostih zakonskega normiranja, pri čemer sta verjetno oba zakonodajalca verjela v svoj prav. Ockhamova britev opozarja, da ne gre množiti števila enot več, kot je to nujno

<sup>46</sup> Prav tam, str. 319.

<sup>47</sup> Larcher opiše režim upravljanja Alžirije z dekreti po njeni zasedbi (kar je seveda pomenilo prevzem oblasti od šejkov, vzpostavitev institucije župana in francoskega jezika kot uradnega jezika, popis prebivalstva, skratka vse kar naj bi bilo »civiliziranega«). Larcher, *TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE DE LÉGISLATION ALGÉRIENNE* (1903), str. 149–154.

<sup>48</sup> Aristoteles, *NIKOMAHOVA ETIKA* (1994).

potrebno (*pluralitas non est ponenda sine necessitate*), vendar to, kar je »nujno potrebno«, je zopet predmet interpretacije.

Neizogibnosti nepopolnih zakonov se 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,<sup>49</sup> drugi pa je polagal upe v moralo<sup>50</sup> oziroma v ljubezen do človeštva kot pravega temelja pravičnosti,<sup>51</sup> ki bi morala biti prisotna zlasti pri javnih uslužbencih:

»dolžnost uradnikov [magistratov] 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.«<sup>52</sup>

Prav tako z velikim poudarkom na javnih uslužbencih je nadaljnji korak proti večji jasnosti in določnosti predpisov naredil Bentham. Tudi on je menil, da 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 danes 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, pa 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, ozračje, država, izobraževa-

<sup>49</sup> »Vsak zakon je splošen, konkretni primeri pa so taki, 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 pa se zgodi nekaj, kar v splošnem določilu 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 prav v tem, da korigira zakon, kjer so v njem nastale vrzeli zaradi presplošnih formulacij. In to je vzrok, zakaj vseh stvari ni mogoče uskladiti z zakonom [...] Za nedoločne stvari je potrebno tudi nedoločno *merilo* [...] To ni togo, ampak se prilagaja [...] dejanskemu stanju.« Prav tam, str. 181.

<sup>50</sup> »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 nepravično, 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, *DE OFFICIIS* (1913), str. 339.

<sup>51</sup> Cicero, *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* (1853), str. 417.

<sup>52</sup> Prav tam, str. 461–462.

nje, 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.«<sup>53</sup>

Z umestitvijo sekundarnih okoliščin je ustvaril plodna tla za poznejše 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 dana trdna opora za odločanje v posamičnih primerih (v katerih se še vedno kaže njihova presoja pri preostalih okoliščinah primera). Razmerje med splošnostjo in posamičnostjo, med nedoločenimi pravnimi pojmi (standardi) in pravilom je *razmerje* abstraktnosti proti konkretnosti (raven abstraktnosti se zniža v smeri konkretnosti, pri čemer pravilo še vedno ohrani dovolj veliko abstraktnost, da ga navadno ni mogoče 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). Omenjeno razmerje je vsebinsko bolj ali manj prazno glede na njegov cilj: nedoločen pravni pojem je prožnejši kot pravilo, slednjega pa se jasneje razume. Tako bi lahko sklepali, da je za pravne zadeve, ki se pogosto pojavljajo z enakimi značilnostmi, bolj zaželeno pravilo z večjo stopnjo natančnosti; obratno pa, kjer gre za redke zadeve, bi bilo natančno predpisovanje stroškovno neučinkovito (standard je tukaj primernejši kot pravilo). Kjer zakonodajalcem primanjkuje informacij, sprejmejo standarde, ker pričakujejo, da se bodo informacije pojavile med izvrševanjem zakonodaje. Standardi so prav tako uporabnejši pri negotovosti prihodnjih dogodkov. Večja specifičnost vodi do večje jasnosti in predvidljivosti sistema, pretirana specifičnost in kompleksnost pa v manjšo predvidljivost kot standardi.<sup>54</sup> Tu nastane praznina (ali zaobid zakona) že z majhnim odstopanjem od zapisanega pravila. Če pa se odločevalec običajno zanaša na regulirani strani, da mu bosta dali te informacije, te lahko poskušajo vplivati (lobiranje) nanj, da bo sprejel pravila, ki odražajo njihove zasebne interese. Za Mahoneya in Sanchirica v takih primerih lahko omejitev odločevalca na eno pravilo za več dejavnosti zmanjša ta vpliv in poveča blaginjo.<sup>55</sup> Standardi so lahko odpornejši na poskuse zaobida zakona, ker jih ne presojuje drugi (sodni) organi, kakor je tudi res, da so sodišča v primeru standardov bolj zadržana in izvajajo le omejeno presojo predpisov v smislu iskanja očitnih napak, samovolje in arbitrarnosti, to pa omogoča regulatorjem – kolikor to počno »razumno« in brez očitne samovolje – da so zopet podvrženi različnim vplivom.

<sup>53</sup> Bentham, THE WORKS OF JEREMY BENTHAM, PRINCIPLES OF MORALS AND LEGISLATION, FRAGMENT ON GOVERNMENT, CIVIL CODE, PENAL LAW (1843), str. 167.

<sup>54</sup> Parisi, Fon, THE ECONOMICS OF LAWMAKING (2008), str. 22.

<sup>55</sup> Mahoney, Sanchirico, General and Specific Legal Rules (2005), str. 329.

### 3.1. »Optimalno« razmerje na primeru Slovenije

Ustava v razmerju do uprave določa legalitetno načelo kot temeljno načelo delovanja uprave. To načelo iz 120. člena Ustave RS<sup>56</sup> in z njim povezano izdajanje podzakonskih predpisov je že večkrat razlagalo Ustavno sodišče RS. Že iz 1. člena Ustave RS (načelo demokratičnosti) lahko razberemo 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 Ustave RS) 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 RS razume besedno zvezo v okviru in na podlagi ustave in zakonov na (vsaj) dva načina: tako da 1. 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« (U-I-73/94 z dne 25. maja 1995);<sup>57</sup>

»morajo imeti upravni organi in tisti, ki izvajajo javna pooblastila, za svoje normiranje v zakonu izrecno določen ali iz njega vsaj ugotovljivi 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« (U-I-50/97 z dne 16. decembra 1999, tč. 6 in 7);

»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 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 napadeni zakonski podlagi'« (U-I-198/05 z dne 29. marca 2007, tč. 9);

<sup>56</sup> Člen 120 (organizacija in delo uprave): 1. Organizacijo uprave, njene pristojnosti in način imenovanja njenih funkcionarjev ureja zakon. 2. Upravni organi opravljajo svoje delo samostojno v okviru in na podlagi ustave in zakonov. 3. Proti odločitvam in dejanjem upravnih organov in nosilcev javnih pooblastil je zagotovljeno sodno varstvo pravic in zakonitih interesov državljanov in organizacij.

<sup>57</sup> 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 (U-I-73/94 z dne 25. maja 1995, tč. 19).

ali pa tako, da 2. mora zakon neposredno določiti okvir, podlago in merila, na podlagi katerih se lahko izda podzakonski akt:<sup>58</sup>

»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« (U-I-390/02 z dne 16. junija 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« (U-I-288/97 z dne 22. januarja 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« (U-I-71/98 z dne 28. maja 1998, tč. 17);

»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,

<sup>58</sup> Na ravni EU tako 290. člen Pogodbe o delovanju Evropske unije (Prečiščena različica Pogodbe o delovanju Evropske unije (PDEU), Uradni list EU C 326/47, 26. oktober 2012) 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 preklical 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.



ne da bi mu pri tem dal napotke, usmeritve in okvire za njihovo predpisovanje, dopustil prav to« (U-I-390/02 z dne 16. junija 2005, tč. 20).

Navedena načina razlage lahko razumemo oziroma razmejimo z vpeljavo človekovih pravic. To področje se ne spreminja hitro, zato ga je tako zaradi pomembnosti področja kot tudi zaradi specifičnosti, poznavanja in širokega nabora informacij treba urediti na višji ravni specifičnosti. Glede na Ustavo RS<sup>59</sup> je mesto za specifičnost (tj. jasna pravila) – ne glede na teoretične razlage – na ravni ustave ali zakona. Ustava RS že na splošni ravni (onkraj pravice do zdravstvenega varstva) od državnega zbora zahteva, 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.<sup>60</sup> Za preostala področja podzakonskega normiranja, ki ne urejajo človekovih pravic, razumemo, da so tako imenovani spontani upravni akti dopustni (tudi zaradi tretjega odstavka 153. člena)<sup>61</sup> in da pride v poštev prva razlaga. V primeru urejanja pravic (onkraj 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). Taka razlaga je skladna tudi s tretjim odstavkom 9. člena Zakona o državni upravi (ZDU-1),<sup>62</sup> 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

<sup>59</sup> 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.

<sup>60</sup> Glede razmejitve med podzakonskim normiranjem, ki zadeva človekove pravice in druge zadeve, ima Ustavno sodišče RS sicer podobno prakso (da mora biti zakon vsebinska podlaga za izdajanje podzakonskih predpisov in posamičnih aktov izvršilne oblasti, tako vlade kot tudi upravnih organov, ne da bi bilo potrebno izrecno pooblastilo v zakonu, se navadno nanaša na drugi primer. Glej navedene odločitve v okviru prve razlage, tudi na primer U-I-305/96 z dne 22. aprila 1999, U-I-50/00 z dne 30. maja 2002, U-I-113/04 z dne 7. februarja 2007, U-I-129/10 z dne 10. novembra 2011 in U-I-245/01 z dne 12. februarja 2004), vendar ni v celoti konsistentno (enako razlago uporabi tudi glede avtonomije državnih univerz, ki je umeščena med človekove pravice; glej U-I-156/08 z dne 14. aprila 2011).

<sup>61</sup> Podzakonski predpisi in drugi splošni akti morajo biti v skladu z ustavo in z zakoni.

<sup>62</sup> 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.

ustavnosodni praksi Ustavnega sodišča RS<sup>63</sup> – za sprejemanje podzakonskih predpisov, ki ne posegajo v človekove pravice.

#### 4. Zdravstveni sistem

Vsaka javna služba ima pomembno komponento legitimnosti vsake države in njenih ravnanj v razmerju do posameznikov, saj slednji večinoma in številčno prevladujoče ocenjujejo oziroma gojijo zaupanje do države prav prek javnih storitev. Zdravstvo ima tu svojevrstno družbeno-psihološko razsežnost. Posameznik je namreč v zdravstvenem sistemu podrejen ne le zaradi močnejšega organa, ki odloča, vpliva in izvršuje pravice posameznika, temveč je – drugače kot druge javne službe – tukaj pogosto tudi fizično, bolezensko podrejena (nemočna) oseba. Zdravstvo ter odnos do medicine in obravnave pacientov ima tako močan kulturni oziroma nacionalni vidik. Ljudje (kultura naroda) pogosto vidijo v zdravniku nekoga »ki ve«, v katerega »se ne dvomi«, vendar to ne velja vedno (na kar napotuje že pravica do drugega mnenja), še manj pa to drži za naravo zdravstvenega sistema, ki mora izpolnjevati temeljne elemente vsakega sistema, da o njem sploh lahko govorimo. Slednji del ne spada na področje zdravnikov in strokovnosti njihovega zdravljenja, temveč v okvir resornega ministrstva in njegove temeljne upravne naloge sodelovanja pri oblikovanju politik.

Pri obravnavi vsakega področja morajo biti znane začetne predpostavke, iz katerih mislimo (»problem« prepoznamo kot problem na podlagi ugotovljenega dejanskega stanja in njegovega razhajanja z obstoječimi cilji) in odločamo (določimo nove cilje ali potrdimo stare in sredstva za odpravo problema oziroma uresničitev ciljev). Vsako področje tako lahko mislimo iz vidika skupnosti in posameznika (podrejeno še v odvisnosti od tega, ali sta skupnost in posameznik znotraj ali zunaj obravnavanega področja). Področje zdravstva bi tako lahko delili na *zdravstveni sistem (javno zdravje)*, ki se nanaša na upravljanje kolektivnih tveganj, povezanih z zdravjem v neki skupnosti na eni strani (podrejeno glede na skupnost ljudi – potencialnih pacientov zunaj ali zdravniško skupnost kot službo znotraj področja), in na *zdravstveno varstvo*, ki se nanaša na zdravljenje individualnega posameznika kot pacienta na drugi strani. S prvim delom so povezana vsa sistemska vprašanja javnega zdravja (zdravstvena mreža, javna služba, koncesije, zdravniška služba), z drugim pa vprašanja pravic (obrnave) posameznika, ki izhajajo iz zdravstvenega varstva, temelječega na obveznem zdravstvenem zavarovanju, pa seveda tudi zunaj njega.

<sup>63</sup> Tako 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.

V Republiki Sloveniji na področju zdravstva velja Zakon o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju (ZZVZZ),<sup>64</sup> Zakon o zdravstveni dejavnosti (ZZDej),<sup>65</sup> Zakon o zdravniški službi (ZZdrS),<sup>66</sup> Zakon o zdravstveni inšpekciji (ZZdrI)<sup>67</sup> in Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP)<sup>68</sup> in Zakon o duševnem zdravju (ZDZdr),<sup>69</sup> če se omejimo le na bolj »sistemske« zakone. Za ZZDej<sup>70</sup> ZZdrS<sup>71</sup> in ZZdrI<sup>72</sup> je jasno, da spadajo v sistem javnega zdravja, ZPacP<sup>73</sup> pa v sistem zdravstvenega varstva. Pri ZZVZZ pa ločnica ni več jasna: iz gornje delitve lahko ugotovimo, da ZZVZZ poleg urejanja sistema zdravstvenega varstva in zdravstvenega zavarovanja določa tudi nosilce družbene skrbi za zdravje in njihove naloge (kar bi spadalo v sistem javnega zdravja), zdravstveno varstvo v zvezi z delom in delovnim okoljem, ureja odnose med zdravstvenim zavarovanjem in zdravstvenimi zavodi ter uveljavljanje pravic iz zdravstvenega zavarovanja. ZZVZZ poleg tega obsega tudi sistem družbenih, skupinskih in individualnih aktivnosti, ukrepov in storitev za krepitev zdravja, preprečevanje bolezni (kar bi zopet spadalo v sistem javnega zdravja), zgodnje odkrivanje, pravočasno zdravljenje, nego in rehabilitacijo zbolelih in poškodovanih. ZDZdr vsebuje oba dela, tako področje javnega zdravja (sistem zdravstvene in socialno varstvene skrbi na področju duševnega zdravja, nosilce oziroma nosilke te dejavnosti) kot tudi zdravstvenega varstva (pravice osebe med zdravljenjem v oddelku pod posebnim nadzorom psihiatrične bolnišnice, obravnavo v varovanem oddelku socialno varstvenega zavoda in v nadzorovani obravnavi). Na podlagi te delitve bi bilo zaman čakati ureditev javne zdravstvene mreže ali čakalnih dob v predlogu ZZVZZ-1, saj tja

<sup>64</sup> Uradni list RS, št. 72/06 – uradno prečiščeno besedilo, 114/06 – ZUTPG, 91/07, 76/08, 62/10 – ZUPJS, 87/11, 40/12 – ZUJF, 21/13 – ZUTD-A, 91/13, 99/13 – ZUPJS-C, 99/13 – ZSVarPre-C, 111/13 – ZMEPIZ-1, 95/14 – ZUJF-C, 47/15 – ZZSDT, 61/17 – ZUPŠ in 64/17 – ZZDej-K).

<sup>65</sup> Uradni list RS, št. 23/05 – uradno prečiščeno besedilo, 15/08 – ZPacP, 23/08, 58/08 – ZZdrS-E, 77/08 – ZDZdr, 40/12 – ZUJF, 14/13, 88/16 – ZdZPZD in 64/17.

<sup>66</sup> Uradni list RS, št. 72/06 – uradno prečiščeno besedilo, 15/08 – ZPacP, 58/08, 107/10 – ZPPKZ, 40/12 – ZUJF, 88/16 – ZdZPZD, 40/17, 64/17 – ZZDej-K in 49/18.

<sup>67</sup> Uradni list RS, št. 59/06 – uradno prečiščeno besedilo in 40/14 – ZIN-B.

<sup>68</sup> Uradni list RS, št. 15/08 in 55/17.

<sup>69</sup> Uradni list RS, št. 77/08 in 46/15 – odl. US.

<sup>70</sup> ZZDej ureja ukrepe in aktivnosti, ki jih po medicinski doktrini in ob uporabi medicinske tehnologije opravljajo zdravstveni delavci oziroma delavke in zdravstveni sodelavci oziroma sodelavke pri varovanju zdravja, preprečevanju, odkrivanju in zdravljenju bolnikov in poškodovancev. Ureja tudi vsebino in opravljanje zdravstvene dejavnosti, javno zdravstveno službo ter povezovanje zdravstvenih organizacij in zdravstvenih delavcev oziroma delavk v zbornice in združenja.

<sup>71</sup> ZZdrS ureja pogoje za opravljanje zdravniške službe, zasebno zdravniško službo, pravice in dolžnosti zdravnikov pri opravljanju zdravniške službe ter določa pristojnosti in naloge upravnih organov in nosilcev javnih pooblastil.

<sup>72</sup> Za varovanje javnega zdravja ZZdrI ureja inšpekcijski nadzor nad izvajanjem zakonov in drugih predpisov.

<sup>73</sup> ZPacP določa pravice, ki jih ima pacient kot uporabnik zdravstvenih storitev.

(sistemsko) ne spadajo, vendar tega pri predlagatelju nihče ne pove. Ker pa je govora o zdravstveni reformi, bi morali »odpreti« obe področji, tj. javno zdravje in zdravstveno varstvo, saj sta medsebojno tesno povezani. Nejasno razločevanje dveh temeljnih delov na področju zdravstva meče temno luč tudi na dele predloga ZZVZZ-1, saj domnevamo, da tudi tu umanjka sistemski pogled.

## 5. Prevzem izrecno pridržane zakonodajne ravni s strani izvršilne ravni

Čeprav Pogodba o delovanju EU v 168. členu izrecno določa, da je zdravstveno varstvo odgovornost držav članic,<sup>74</sup> je EU prek drugih členov (in predvsem prek sodne prakse), ki se nanašajo na ljudi (pacienti, zdravstveno osebje), blago (zdravila, medicinski pripomočki) in storitve (ki jih zagotavljajo zdravstvene organizacije in zdravstvene zavarovalnice) ter za katere je zagotovljen svoboden pretok čez državne meje, posredno privedla do tega, da so številne nacionalne aktivnosti *de facto* podrejene EU.

»Tako imamo situacijo, v kateri nacionalni zdravstveni sistemi uradno spadajo zunaj prava EU, elementi, ki se nanašajo na financiranje, zagotavljanje blaga in storitev, pa so neposredno pod vplivom prava EU.«<sup>75</sup>

Sauter govori o javnih storitvah kot omejitvah, ki so bile izvzete iz prostega pretoka storitev, in določanju izjem, ki so konsistentne ekonomskim pojmom napak trga,<sup>76</sup> Steffenova pa preprosto o evropeizaciji zdravstvenih politik.<sup>77</sup> Tako imamo tudi situacijo, ko ne drži več stara rimska maksima *expressio unius est exclusio alterius* (jasno izražena stvar izključuje druge).<sup>78</sup> Parisi in Fon govorita o paradoksu progresivne centralizacije na ravni EU:

»nasprotno cilju, za katerega je bil sprejet [...] test subsidiarnosti nima pomembnejše vloge pri upočasnitvi procesa centralizacije. Bolj verjetno je, da test subsidiarnosti vodi do prevelike centralizacije, saj čez čas postane vse bolj šibek instrument za ohranjanje odgovornosti za izvajanje politik na lokalni ravni.«<sup>79</sup>

Ali bi lahko, kot to velja za primer prevzemanja zdravstvene politike na raven EU, – kljub formalni pristojnosti držav članic – govorili o prevzemanju slovenske zdravstvene politike na raven izvršilne veje in še nižje (na ZZS), in sicer kljub pristojnosti zakonodajalca za določanje pravic in obveznosti iz obveznega zdravstvenega zavarovanja? Preden

<sup>74</sup> Pri dejavnosti Unije se upošteva odgovornost držav članic za opredelitev njihove zdravstvene politike ter za organizacijo in zagotavljanje zdravstvenih storitev in zdravstvene oskrbe (sedmi odstavek 168. člena PDEU).

<sup>75</sup> Mossialos, HEALTH SYSTEMS GOVERNANCE IN EUROPE: THE ROLE OF EUROPEAN UNION LAW AND POLICY (2010), str. 5.

<sup>76</sup> Sauter, PUBLIC SERVICES IN EU LAW (2015).

<sup>77</sup> Steffen, HEALTH GOVERNANCE IN EUROPE: ISSUES, CHALLENGES, AND THEORIES (2005).

<sup>78</sup> Scalia, Garner, READING LAW: THE INTERPRETATION OF LEGAL TEXTS (2012), str. 107.

<sup>79</sup> Parisi, Fon, THE ECONOMICS OF LAWMAKING (2008), str. 65.

lahko odgovorimo na to vprašanje, moramo biti na jasnem glede vprašanja vsebinske (ne)dopustnosti podzakonskih aktov.

### 5.1. *Prevzem zakonodajne ravni zdravstvenega varstva s strani izvršilne ravni*

Glede na predlagan (b) način razlage<sup>80</sup> lahko ugotovimo, da je pravica do zdravstvenega varstva temeljna človekova pravica, katere okvir, pogoje in način uresničevanja lahko določi le zakon. Ta pravica bi morala biti v zakonu urejena tako, da bi lahko posamezniki (po Ustavi RS: vsakdo) že na njegovi podlagi lahko predvideli njeno vsebino in obseg, na katero oziroma na katerega se lahko sklicujejo. Le tako jim je lahko omogočeno izvrševanje navedene pravice oziroma zagotovljena univerzalnost, dostopnost in enakost, ki jih predlog ZZVZZ-1 določa kot temeljna načela zakona. Na podlagi te smeri razlage bom poskusil ugotoviti, kolikšno število predlaganih izvedbenih aktov (med njimi niso vsi pravni) izpolnjuje zahteve iz podane smeri oziroma obratno, koliko izvedbeni akti na najnižjih ravneh ustvarjajo okoliščine, ki globoko in (ne)opazno vplivajo na pravice in obveznosti. Glede področja pravic iz zdravstva ima po 51. členu Ustave RS vsakdo pravico do zdravstvenega varstva *pod pogoji, ki jih določa zakon* (tako imenovani zakonski pridržek). Zakon je tudi tisti akt, ki po istem členu določa pravice do zdravstvenega varstva iz javnih sredstev. Če ima po Ustavi RS vsakdo pravico do zdravstvenega zavarovanja pod pogoji, ki jih določi zakon, bi moral slednji odgovoriti tudi na vprašanje nezavarovanih oseb<sup>81</sup> in njihovih pravic nujne medicinske pomoči (ker se pravice iz obveznega zavarovanja zagotavljajo le zavarovanim osebam) ter na vprašanje obsega pravic za zavarovane osebe. O nezavarovanih osebah predlog ZZVZZ-1 molči, pravice iz obveznega zavarovanja taksativno določa v prvem odstavku 42. člena,<sup>82</sup> v 49. do 169. pa določa njihovo vsebino in obseg.

<sup>80</sup> Glej razdelek Optimalno razmerje na primeru Slovenije.

<sup>81</sup> Iz podatkov o obveznem zdravstvenem zavarovanju št. 1/2017 (januar – december 2016) izhaja, da je bilo skupaj zavarovanih 2.049.971 oseb (do 18 let – 18,48 odstotka; od 19 do 64 let – 62,26 odstotka in nad 65 let – 19,26 odstotka). Na dan 31. decembra 2016 je bilo zabeleženih 10.593 oseb s slovenskim državljanstvom in stalnim bivanjem v Sloveniji, ki *niso imele* urejenega obveznega zdravstvenega zavarovanja. Dostopno na URL: [http://www.zzs.si/ZZS/info/egradiva.nsf/0/33d0f46d15cddf50c12580e300351822/\\$FILE/Podatki%20o%20OZZ%201\\_2017.pdf](http://www.zzs.si/ZZS/info/egradiva.nsf/0/33d0f46d15cddf50c12580e300351822/$FILE/Podatki%20o%20OZZ%201_2017.pdf). Če je prvo temeljno pravno načelo v predlogu ZZVZZ-1 načelo univerzalnosti (vsakomur je v skladu s pogoji tega zakona, omogočen dostop do zdravstvenega varstva, vključno z obveznim zavarovanjem), se tak spodrseljaj ne bi smel pripetiti.

<sup>82</sup> Gre za pravice do zdravstvenih storitev, zdravil, živil, medicinskih in drugih pripomočkov, sobivanja, spremstva, denarnega nadomestila med začasno zadržanostjo od dela, povračila potnih stroškov in do zdravljenja v tujini.

### 5.1.1 Jasnost pravic v predlogu ZZVZZ-1

Po vpogledu v člene je mogoče za nekatere dele ugotoviti, da so dovolj natančni (tj. da izpolnijo zahteve naše razlage, ne da bi presojali njihovo vsebinsko upravičenost),<sup>83</sup> za druge pa ne. Dovolj natančno so določene izločene zdravstvene storitve, pravica do zdravljenja znotraj pravice do zdravstvenih storitev ter preostale pravice iz obveznega zavarovanja, ni pa dovolj jasna pravica do zdravstvenih storitev<sup>84</sup> v delih, ki skoraj v celoti odkazujejo na zunajzakonsko ureditev,<sup>85</sup> ter pravica do zdravil in živil (postopek uveljavitve te pravice pa je dovolj jasen). Prav tako ni dovolj jasno razmerje med posameznikovimi pravicami in programom izvajanja zdravstvenih storitev. Pravica do zdravstvenega varstva je temeljna človekova pravica, ki – ko je enkrat sprejet nabor pravic – ne sme biti odvisna od programa, *de facto* pa je (program namreč vsebuje tudi količino storitev ali programov ter cene).

### 5.1.2. Pravna narava izvedbenih aktov v predlogu ZZVZZ-1

Naslednje vprašanje je vprašanje pravne veljave izvedbenih (pravnih, ne nepravni) dokumentov. Prehodna določba 355. člena predloga ZZVZZ-1 je poimenovana kot izdaja podzakonskih predpisov (minister in Zavod naj bi izdala podzakonske predpise po tem zakonu v enem letu od dneva uveljavitve tega zakona), kar omogoča sklepanje, da bo v vseh primerih šlo za podzakonske predpise (pravne akte s splošnim učinkom). Predlog ZZVZZ-1 tako predvideva sprejem:

- »1. seznama zdravstvenih storitev (46/2), 2. seznama zobno-protetičnih storitev in pripomočkov in zdravstvenih stanj (53/5), 3. seznama zdravstvenih stanj, število zobnih vsadkov, zdravstvena stanja, pri katerih zavarovana oseba nima pravice

<sup>83</sup> Na primer izločene zdravstvene storitve (45. člen) so dovolj jasne, ne razpravljam pa o ustreznosti izločitve zdravljenja medicinskih zapletov, ki bi nastali kot posledica uveljavljanja zdravstvene oskrbe, ki ni pravica, zdravstvenih storitev, ki so posledica zdravljenja bolezni, ki neposredno izhaja iz opustitve obveznega cepljenja, če za opustitev cepljenja ni ugotovljenih zdravstvenih razlogov, ali zdravstvenih storitev drugega mnenja.

<sup>84</sup> Predlog ZZVZZ-1 v 46. členu določa obseg pravice do zdravstvenih storitev, ki obsega: preventivne zdravstvene storitve in programe za krepitev zdravja; zdravljenje; medicinsko rehabilitacijo; zdravstveno nego; paliativno oskrbo ter nujne in nenujne reševalne prevoze.

<sup>85</sup> Besede oziroma besedne zveze (glej prejšnjo opombo) lahko razumemo kot nedoločene pravne pojme, saj iz njih (še) ne vemo, kaj dejansko pomenijo oziroma obsegajo. Tega so se zavedali tudi pripravljavci, saj je nadalje določeno (drugi odstavek istega člena), da seznam zdravstvenih storitev in metode njihovega izvajanja določi Zavod izmed zdravstvenih storitev in metod njihovega izvajanja s seznama zdravstvenih storitev, ki ga določi minister na predlog zdravstvenega sveta v skladu z zakonom, ki ureja zdravstveno dejavnost. Zdravstveni svet je posvetovalno telo ministra in ne bi smel pripravljati predloga zdravstvenih storitev, ampak le strokovna izhodišča. Prav tako ni jasno, ali bo minister sprejel seznam kot pravilnik oziroma bo končna določitev Zavoda pomenila pravni akt ali le interni akt (slednji bi bil sicer zaradi eksterne učinka nedovoljen, pa tudi sicer bi bilo lahko ožanje nabora storitev, ki ga je določil minister, sporno).

do zobno-protetične rehabilitacije s pomočjo zobnih vsadkov (kontraindikacije), in zobno-protetične pripomočke na zobnih vsadkih (55/3), 4. standardov<sup>86</sup> zobozdravstvenih storitev (56/2), 5. neutemeljenega zdraviliškega zdravljenja (74), 6. standardov zdraviliškega zdravljenja (75), 7. izjemnega podaljšanja zdraviliškega zdravljenja (76/2), 8. splošnega akta Zavoda in predpisov, ki urejajo predpisovanje in izdajanje zdravil za uporabo v humani medicini (93/6), 9. postopka dodelitve receptov za osebno rabo in merila, na podlagi katerih se zdravniku trajno ali začasno zavrne njihova dodelitev (98/7), 10. splošnega akta Zavoda za uresničevanje pravice do zdravlja in živila (102), 11. splošnega akta Zavoda (105), 11. postopka uveljavljanja pravice do medicinskih in drugih pripomočkov na naročilnico (106), 13. natančnejšega postopka uveljavljanja neposrednega izplačila denarnega nadomestila delavcu (127/4), 14. postopka ugotavljanja, potrjevanja in prijavljanja poklicnih bolezni (174/3), 15. sprejemanja splošnih aktov iz obveznega zavarovanja, ki se nanašajo na izvedbo posameznih pravic do zdravstvenih storitev, zdravil, živil in medicinskih ter drugih pripomočkov (206/tč. 3), 16. pogodb Zavoda (207), 17. statuta Zavoda, splošnih aktov iz pristojnosti Zavoda glede obveznega zavarovanja, sprejem programa izvajanja zdravstvenih storitev in pogojev zagotavljanja medicinskih pripomočkov, določanje dostopnosti zavarovanih oseb do zdravstvenih storitev (215), 18. program izvajanja zdravstvenih storitev (227), 19. pogojev za zagotavljanje medicinskih in drugih pripomočkov za urejanje odnosov z dobavitelji in proizvajalci ali njihovimi zastopniki in pooblaščenimi predstavniki (233), 20. vsebine seznama medicinskih pripomočkov, merila in postopek za uvrstitev pripomočkov (artiklov) na seznam ter za izločitev s seznama (235/2), 21. lista zdravil (238), 22. seznama predpisanih zdravil z imenom, natančnejših pogojev in postopka za določitev seznama predpisanih zdravil z imenom (256/3,4), 23. seznama skupin zdravil s splošnim imenom (257), 24. splošnega akta Zavoda glede vključitve zdravil med pravice (267), 25. splošnega akta Zavoda glede vključitve živil med pravice (287), 26. splošnega akta Zavoda o kartici zdravstvenega zavarovanja (293).«

Zgoraj omenjene (predvidene) izvedbene akte lahko poskusimo razdeliti (merila: zgoraj omenjen način razlage zakonskega pooblastila za delegirane akte, splošnost in posamičnost, eksterni učinek in pravni učinek) na naslednje akte:

1. podzakonski predpisi (8, 10, 11, 13, 14, 15, 17, 21 in 22,<sup>87</sup> 24, 25 in 26<sup>88</sup>),
2. interni akti (9 in 23),

<sup>86</sup> Standardov pod tč. 4 in 6 ne smemo zamenjevati z omenjenimi standardi kot nedoločeni pravnimi pojmi: prvi so strokovni standardi, drugi pa splošne razlage nekega pojma.

<sup>87</sup> Lista zdravil in seznam predpisanih zdravil z imenom imata eksterni učinek, saj se nanašata na vse paciente, zaradi česar bi morala imeti lastnosti pravnega akta; glede na zahtevo po le objavi na spletni strani bi lahko (nepravilno) šlo za interni akt ali pa materialni akt obveščanja.

<sup>88</sup> Vsebina, oblika in način uporabe kartice zdravstvenega zavarovanja kot javne listine, s katero se izkazuje pravica do zdravstvenega varstva, bi morala biti pravni akt. Zgolj določba, da splošni akt Zavoda o tem vprašanju sprejme direktor, ni dovolj, če sprejemu ne bo sledila objava v uradnem glasilu.

3. akti poslovanji (16, 18 in 19 ter 20<sup>89</sup>) in

4. nejasno (1–7).

Nejasna narava aktov pod tč. 4 zgoraj izhaja iz nejasne vsebine. Glede na zgoraj omenjena merila za razvrščanje aktov štejeemo, da bi moralo iti v vseh primerih za podzakonski predpis (ker na njihovi podlagi pacient ve, kaj lahko zahteva iz naslova svoje pravice). Na to napotuje tudi beseda »določi«, saj je določilo nekaj (SSKJ), kar akt *uradno* določa (na primer zakonska določba). Podobno tudi odredba, ki pomeni (SSKJ) tisto, kar kaj uradno določa (mogoče bi bilo jasno, če bi namesto te besede uporabljali besedo »predpiše«). Na to napotuje tudi odločba Ustavnega sodišča RS v smiselno podobni zadevi, ki ne le da očita določanje standardov (ki se nanašajo na davke; isti, 147. člen Ustave RS, se nanaša tudi na druge dajatve, med katere spadajo tudi prispevki za obvezno zdravstveno zavarovanje) na podzakonski ravni, ampak zahteva, da morajo biti standardi točno določeni že na zakonski ravni<sup>90</sup> (tej zahtevi ne ustrezajo na primer standardi zdraviliškega zdravljenja iz 75. člena predloga ZZVZZ-1).

## 6. Višje javne dajatve le ob presoji nujnosti

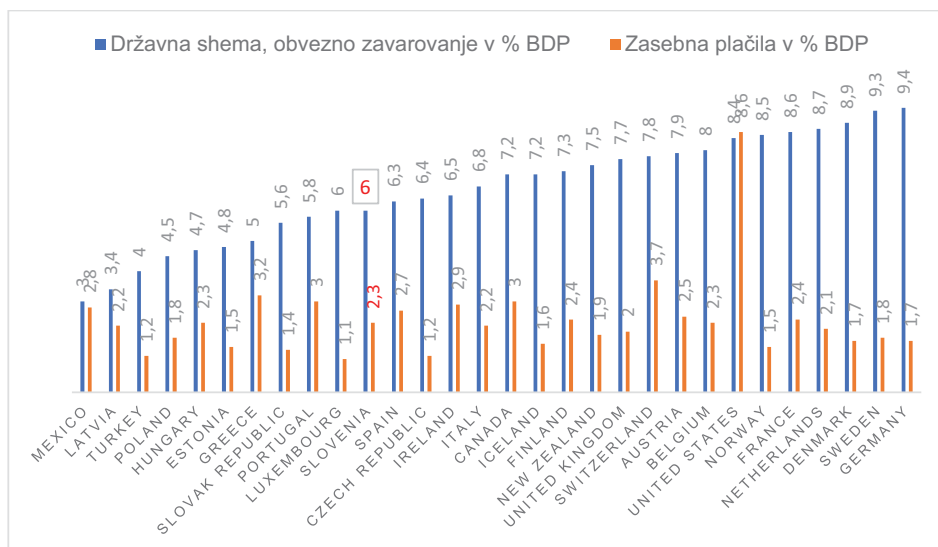
Financiranje sistema zdravstvenega varstva temelji predvsem na obveznem zdravstvenem zavarovanju, ki se financira iz prispevkov iz plač, del denarja pa se je doslej zbralo z dopolnilnim zdravstvenim zavarovanjem in neposrednimi plačili uporabnikov. Glede na to, da je financiranje odvisno predvsem od prispevkov zaposlenih, je dolgoročna vzdržnost sistema lahko ogrožena. Podatki iz statistik Organizacije za gospodarsko sodelovanje in razvoj (OECD.stat)<sup>91</sup> za leto 2015 kažejo, da smo v Sloveniji glede obveznega zavarovanja in zasebnih plačil pod povprečjem drugih držav:

<sup>89</sup> Ker naj bi program izvajanja zdravstvenih storitev sprejel le Zavod ob soglasju ministrstva (brez soglasja pa pogoje za zagotavljanje medicinskih in drugih pripomočkov) brez vključenih iz izvajalcev, gre za splošne pogoje pogodbe po 120. členu Obligacijskega zakonika (OZ, Uradni list RS, št. 97/07 – OZ-UPB1 in 64/16 – odl. US). Ne glede na to bi se lahko – glede na konkretno vsebino programa – zgodilo, da bi lahko posamezniku uspelo dokazati, da ima vsebina dogovora splošne (abstraktne) norme, s katerimi bi se posegalo v pravice posameznikov, s tem pa tudi da je treba program (v enem delu) šteti za podzakonski predpis.

<sup>90</sup> »Že na podlagi zakona mora biti razvidno, za katere standarde gre in kdo jih je sprejel oziroma jih je pooblaščen sprejeti. Ker se 8. člen ZMVN [Zakon o množičnem vrednotenju nepremičnin] ne sklicuje na točno določene standarde ocenjevanja vrednosti nepremičnin, [...] s tega vidika ne zadosti zahtevam načela zakonitosti pri predpisovanju davkov iz 147. člena Ustave [...] [saj so] posamezne metode generalnega vrednotenja nepremičnin [...] in merila za njihovo uporabo določeni [še] v Pravilniku o kriterijih in merilih množičnega vrednotenja nepremičnin [...] Za pravni položaj davčnega zavezanca so te metode bistvenega pomena, ker je njihova izbira in uporaba odločilnega pomena za določitev posplošene tržne vrednosti nepremičnine in s tem za določitev davčne osnove.« (Odločba Ustavnega sodišča RS U-I-313/13 z dne 21. marca 2014, tč. 53).

<sup>91</sup> URL: <http://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=SHA>.





Slika 1: Delež BDP, obvezna in prostovoljna plačila

Tako (ugodno-finančno) stanje je – ob spremenjenih zdravstvenih potrebah prebivalstva zaradi dolgožive družbe in s tem povezane večje neenakosti v zdravju, drage zdravstvene tehnologije, sistemskih groženj za zdravje in mobilnosti pacientov – lahko prehitra spodbuda za povišanje javnih dajatev. Če (še)le Zakon o fiskalnem pravilu (ZFisP)<sup>92</sup> določa način in časovni okvir izvajanja načela srednjeročne uravnoteženosti prihodkov in izdatkov proračunov države brez zadolževanja,<sup>93</sup> pa bi lahko že iz načela pravne države (2. člen Ustave RS) in uresničevanja pravic iz 15. člena Ustave RS izvedli zahtevo, da lahko država na drugi strani posega v pravice posameznikov (dajatve posameznikov kot zasebna lastnina) le kolikor je nujno potrebno za uresničevanje vzdržnega zdravstvenega sistema kot jasnega odraza javnega interesa na tem področju. Ustavno sodišče RS bi lahko vzpostavilo zahtevo, da je država zavezana k preučitvi vseh okoliščin, na podlagi katerih bi lahko učinkoviteje, racionalno in gospodarno upravljala katerokoli javno področje, preden bi se odločila za poseganje v človekove pravice (drži tudi, da lahko prav to poseganje vodi v uresničevanje človekove pravice, v danem primeru do zdravstvenega

<sup>92</sup> Uradni list RS, št. 55/15.

<sup>93</sup> Zakon določa načelo previdnosti pri načrtovanju in ocenjevanju obsega prihodkov in izdatkov: pri načrtovanju in ocenjevanju obsega prihodkov in izdatkov proračunov sektorja država je treba upoštevati tveganja, ki bi lahko negativno vplivala na makroekonomsko stabilnost ter s tem na prihodke in izdatke proračunov sektorja država ter dolgoročno vzdržnost javnega financiranja in obseg dolga sektorja država (4. člen). V okviru za pripravo proračunov sektorja država se za posamezna leta določi tudi najvišji obseg izdatkov za zdravstveno blagajno (6. člen).

varstva), kar jasno vodi v tehtanje pravic oziroma v načelo sorazmernosti. Iz tega načela izhaja tudi zahteva po uporabi najmilejšega sredstva, tj. iz preizkusa, ali bi bil izpodbijani ukrep (na primer povečanje dajatev državljanov) nujno potreben za uresničitev nekega cilja (po tem, ko je bil ukrep ugotovljen kot primeren, tj. da je razumno povezan z zadanim ciljem). Nujno potreben postane, če cilja ni mogoče v enaki meri doseči brez (milejšega) posega. Če bi torej analiza pokazala, da javnih sredstev ni mogoče dobiti (prej privarčevati) drugače kot le s povečanjem javnih dajatev, bi se lahko država odločila za tak ukrep. V danem primeru bi lahko šlo za povečanje javnih dajatev, če bi država izkazala, da je naredila vse za racionalnejše, tj. optimalnejše in učinkovitejše upravljanje zdravstvenega sistema (na primer z racionalizacijo oziroma optimalno postavitvijo javne zdravstvene mreže, podeljenih koncesij, sistema nabave zdravil, živil in medicinskih pripomočkov, prerazporejanja zdravstvenega osebja). Iz ustavnega načela enakosti sicer izhaja temeljno načelo davčnega prava – načelo davčne pravičnosti oziroma načelo enakomerne porazdelitve davčnega bremena med davčne zavezance, vendar bi morala ta zahteva poleg upoštevanja neenakosti položaja davčnih zavezancev in temu sorazmerno različno obravnavo še pred tem preveriti, ali bi bil tak poseg res nujen. Vse drugo bi spadalo v čas srednjega veka, ko so se davščine pobirale »z ognjem in mečem«. Razlika (od tistih časov) je v tem, da so danes davki sicer pobrani na prijaznejši način, so pa lahko tudi večji od zgodovinskih desetin in drugih oblik. To je še toliko bolj pomembno, saj Ustava prepoveduje razpis zakonodajnega referendumu o zakonih o davkih, carinah in *drugih obveznih dajatvah* (med katere spadajo tudi dajatve za obvezno zdravstveno zavarovanje) (3. alineja drugega odstavka 90. člena). Tako državljanom po drugi poti – glede na slabe izkušnje zakonodajnih iniciativ – zopet preostane le presoja ustavnosti in zakonitosti pred Ustavnim sodiščem RS.

## 7. Razprava

Navadno ima anatomija prednost pred patologijo, zato bi morali k temu stremeti tudi pri pripravi predlogov zakonov. Da bi se izognili sodnim sporom, bi lahko jasneje določili (tudi) pravno naravo predvidenih aktov. Iskalnik Ustavnega sodišča RS (<http://odlocitve.us-rs.si>) za iskano kratico »ZZVZZ« najde 82 zadev. Spletni portal Vrhovnega sodišča RS (<https://www.sodnapraksa.si>) najde 296 zadev, 524 zadev pred Višjim delovnim in socialnim sodiščem RS in 72 zadev pred Upravnim sodiščem RS (iskalnik ne omogoča iskanja po sodni praksi delovnih sodišč). Za predvidenih 26 aktov je možnih 351 kombinacij, če izbiramo le med dvema aktoma (pri večjemu številu kombinacije eksponentno naraščajo, vse do  $2.4795926647 \cdot 10^{14}$ ). Zakaj ne bi preprečili na primer 10.000 upravnosodnih sporov, če jih lahko? Na to (sicer populistično) vprašanje ni mogoče odgovoriti zavrnilno. Veliko bi storili že z upoštevanjem Resolucije o normativni

dejavnosti.<sup>94</sup> Cilje je lažje doseči, če bi jasno vedeli za pravno naravo aktov, tj. kdo lahko stori kaj, kdaj, za koga, v kakšnem obsegu, kako in zakaj.

V iskanje optimalnega razmerja med njimi lahko vnesemo številne napotke o uporabi nedoločenih pravnih pojmov, standardov, pravil in drugih pravnih orodij, vendar že sama količina prelitega črnila kaže, da ga z obstoječimi pristopi očitno ni mogoče zadovoljivo rešiti. Na podlagi pregledanih aktov ne moremo trditi, da sistem zdravstvenega varstva oziroma določanje pravic pomeni vladavino nikogar (omogoča pravno varstvo, bolj ali manj določa nosilce in postopke), je pa dejstvo, da se čedalje bolj »seli« iz zakonodajne na podzakonsko raven (s tem pa iz zakonodajne na izvršno in še nižje na upravno, na nosilce javnih pooblastil). To dejstvo lahko bolj kot erozijo pravne države (vsekakor bi glede na nejasnost nekaterih pravic in na pravno naravo izvedbenih aktov v predlogu ZZVZZ-1 lahko trdili, da gre za posamezne primere ravnanja, pri katerih se vzbuja sum neskladnosti z ustavno določenim legalitetnim načelom) razumemo kot nujno posledico iskanja ali zagotavljanja raznolikosti, in da sama številčnost aktov vodi k (novi) pojavnosti, za zdaj še nepredvidljivih učinkov. S tem sta izpolnjeni prvi dve predpostavki iz uvoda tega prispevka, naslednji dve pa nakazujeta prihodnje možnosti regulacije prek lastnega zavedanja regulatorja kot regulatorja, ki uporablja nove regulativne pristope: temeljni elementi teorije kompleksnih sistemov (bolj se na primer izrabljajo pri tako imenovanem rudarjenju podatkov), sistemska teorija in pravila, zmožna prilagajanja okolici, bodo imeli vsekakor večjo vlogo tudi pri regulaciji, pri iskanju optimalnega razmerja med ravnimi pravil ter njihovo splošnostjo in posamičnostjo.

## 8. Sklep

Vpogled v predlog ZZVZZ-1 daje vpogled v *modus operandi* današnjega pristopa do regulacije pravil, saj nikakor ni izjema od drugih predlogov zakonov. Vpogled omogoča trditev, da slovenski sistem državne uprave odraža temeljne pomanjkljivosti, ki bi jih lahko pripisali slabemu poznavanju teorije sistemov na eni in slabemu poznavanju narave pravnih aktov na drugi strani. Slabih strani javne uprave ni mogoče uveljavljati (niti ni razumno, če za to obstajajo druge možnosti) zoper posameznike tako, kot je to mogoče storiti na ravni sistema. Kljub predvidenim 26 izvedbenim aktom po predlogu ZZVZZ-1 bo kompleksnost okolice še vedno večja. To pomeni, da bi moral odločevalec uporabljati bolj dinamične prijeme, na podlagi katerih bi lahko v realnem času in prostoru (tako imenovana *real-time policy*) spremljal regulirano področje. To še posebej drži ob dejstvu, da vnaprej ne moremo natančno predvideti, kaj se bo zgodilo (lahko pa bolje predvidevamo, če imamo na voljo za to informacije in odziven sistem). Vse to bi bilo možno, če bi imel predlog zakona vgrajena merila, ki bi omogočala ugotavljanje dejanskega stanja in hitreše prilagajanje novonastalim okoliščinam kot enoletno spreje-

<sup>94</sup> Uradni list RS, št. 95/09.

manje programa izvajanja storitev, na podlagi katerega se sklepajo pogodbe z izvajalci. Predlog zakona ne le da na več mestih preširoko odkazuje na podzakonsko urejanje pravic, s čimer potrjuje bojzani citiranih avtorjev glede natančnega, podrobnega reguliranja. Področje, ki dejansko zadeva življenje in smrt, si zasluži boljši regulativni okvir, da slavni kralj Salamine Nicocles (ki ga citira Montaigne) ne bo imel prav, da »zdravnikove uspehe greje sonce, napake pa pokriva zemlja«. <sup>95</sup> V danem primeru bo treba uspehe in napake pripisati regulativnemu okvirju in orodjih za njegovo spremljanje in izvrševanje, saj bodo skladno s konceptom pojavnosti med izvrševanjem zakona nastale nove pojavnosti, ki se bodo samoregulirale na svoj način, če vmes ne bo posegel regulator. Zavedati se je treba temeljne lastnosti kompleksnih sistemov po samourejanju, da ne bo šlo za okoliščine »srečnih uspehov, ki so pozdravile tisoče ljudi brez zdravljenja, ki si jih zdravniki [regulatorji] uzurpirajo zase in njihovim lastnim veščinam«. <sup>96</sup> Za napake pa vemo, da si jih nihče ne želi lastiti.

## Literatura

- Arendt, Hannah: *CRISES OF THE REPUBLIC: LYING IN POLITICS, CIVIL DISOBEDIENCE ON VIOLENCE, THOUGHTS ON POLITICS, AND REVOLUTION*, HARCOURT BRACE JOVANOVICH, San Diego 1972.
- Arendt, Hannah: *IZVORI TOTALITARIZMA*, Študentska založba, Claritas, Ljubljana 2003.
- Arendt, Hannah: *EICHMANN IN JERUSALEM*, Penguin Classics, London 2006.
- Aristoteles: *NIKOMAHOVA ETIKA* (prev. K. Gantar), Slovenska matica, Ljubljana 1994.
- Ashby, W. Roger: *AN INTRODUCTION TO CYBERNETICS*, Chapman in Hall, London 1957.
- Ashby, W. Roger: *DESIGN FOR A BRAIN: THE ORIGIN OF ADAPTIVE BEHAVIOR*, Chapman in Hall, London 1966.
- Bauman, Zygmund: *MODERNITY AND THE HOLOCAUST*, John Wiley & Sons, Malden 2013.
- Bentham, Jeremy: *THE WORKS OF JEREMY BENTHAM, PRINCIPLES OF MORALS AND LEGISLATION, FRAGMENT ON GOVERNMENT, CIVIL CODE, PENAL LAW*, Liberty Fund, Inc, William Tait, London 1843.
- THE SAGE HANDBOOK OF GOVERNANCE*, (ur. M. Bevir) SAGE, London 2010.
- Braibant, Guy: *ADMINISTRATIVNO PRAVO FRANCUSKE*, JP Službeni list SRJ, Beograd 2002.

<sup>95</sup> Montaigne, *THE WORKS OF MICHAEL DE MONTAIGNE: COMPRISING HIS ESSAYS, LETTERS, JOURNEY THROUGH GERMANY AND ITALY. WITH NOTES FROM ALL THE COMMENTATORS, BIOGRAPHICAL AND BIBLIOGRAPHICAL NOTICES* (1845), str. 355.

<sup>96</sup> Prav tam.

- Carnap, Rudolf: *PHILOSOPHICAL FOUNDATION OF PHYSICS: AN INTRODUCTION TO THE PHILOSOPHY OF SCIENCE*, Martin Gardner ur., Basic Books, New York 1966.
- Cicero, Marcus Tullius: *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*, (prev. Charles Duke Yonge), H G Bohn, London 1853.
- Cicero, Marcus Tullius: *DE OFFICIIS* (prev. Walter Miller in William Heinemann), The MacMillan, New York 1913.
- Cziko, Gary: *THE THINGS WE DO: USING THE LESSONS OF BERNARD AND DARWIN TO UNDERSTAND THE WHAT, HOW, AND WHY OF OUR BEHAVIOR*, MIT Press, New York 2000.
- Duguit, Leon: *LAW IN THE MODERN STATE*, George Allen & Unwin Ltd, London 1921.
- Heudin, Jean-Claude: *Artificial Life and the Sciences of Complexity: History and Future, v: SELF-ORGANIZATION AND EMERGENCE IN LIFE SCIENCES* (ur. B. Feltz, M. Crommelinck, P. Goujon), Springer Science & Business Media, Dordrecht 2006, str. 241–247.
- Frederickson, H. George; Smith, Kevin B.; Larimer, Christopher W.; Licari, Michael: *THE PUBLIC ADMINISTRATION THEORY PRIMER*, Westview Press, Boulder 2012.
- Fuller, R. Buckminster; Applewhite, EJ: *SYNERGETICS: EXPLORATIONS IN THE GEOMETRY OF THINKING*, MacMillan, London, New York 1997.
- Gell-Mann, Murray: *THE QUARK AND THE JAGUAR*, WH Freeman & Company, New York 2002.
- Gerring, John in Thacker, Strom: *A CENTRIPETAL THEORY OF DEMOCRATIC GOVERNANCE*, Cambridge University Press, Cambridge 2008.
- Gharajedaghi, Jamshid: *SYSTEMS THINKING, THIRD EDITION: MANAGING CHAOS AND COMPLEXITY: A PLATFORM FOR DESIGNING BUSINESS ARCHITECTURE*, Morgan Kaufmann, Burlington 2007.
- Goodnow, Frank Johnson: *POLITICS AND ADMINISTRATION: A STUDY IN GOVERNMENT*, The MacMillan Company, New York 1900.
- Goodnow, Frank Johnson: *THE PRINCIPLES OF THE ADMINISTRATIVE LAW OF THE UNITED STATES*, GPPutnam's Sons, New York 1905.
- Hayek, Friedrich: *LAW, LEGISLATION AND LIBERTY: A NEW STATEMENT OF THE LIBERAL PRINCIPLES OF JUSTICE AND POLITICAL ECONOMY*, Routledge, New York 1998.
- Hayek, Friedrich: *USTAVA ZA SVOBODO*, Inštitut Nove revije, zavod za humanistiko, Ljubljana 2012.

- Hewart, Gordon Hewart Baron; *The New Despotism*, Ernest Benn Limited, London 1929.
- Holland, John: *Complex Adaptive Systems*, v: *Daedalus*, 19, 1 (1992), str. 17–30.
- Holland, John: *Studying Complex Adaptive Systems*, v: *Journal of Systems Science and Complexity*, 19 (2006), str. 1–8.
- Kauffman, Stuart A: *THE ORIGINS OF ORDER*, Oxford University Press, New York 1993.
- Lane, Jan-Eric: *NEW PUBLIC MANAGEMENT: AN INTRODUCTION*, Routledge, New York 2002.
- Larcher, Émile: *TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE DE LÉGISLATION ALGÉRIENNE*, Tome 2, A. Rousseau, Pariz 1903.
- Levi, Primo: *Primo Levi's Heartbreaking, Heroic Answers to the Most Common Questions He Was Asked About „Survival in Auschwitz“*, New Republic, 17. februar 1986 URL: <https://newrepublic.com/article/119959/interview-primo-levi-survival-auschwitz> (27. januar 2017).
- Mahoney, Paul G.; Sanchirico, Chris William: *General and Specific Legal Rules*, v: *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 161 (2005), str. 329–346.
- Montaigne, Michel: *THE WORKS OF MICHAEL DE MONTAIGNE: COMPRISING HIS ESSAYS, LETTERS, JOURNEY THROUGH GERMANY AND ITALY. WITH NOTES FROM ALL THE COMMENTATORS, BIOGRAPHICAL AND BIBLIOGRAPHICAL NOTICES* (ur. W. Hazlitt), Templeton, London 1845.
- Mossialos, Elias: *HEALTH SYSTEMS GOVERNANCE IN EUROPE: THE ROLE OF EUROPEAN UNION LAW AND POLICY*, Cambridge University Press, Cambridge 2010.
- Nisbet, Robert: *The New Despotism*, *Commentary Magazine*, 1975 URL: <https://www.commentarymagazine.com/articles/the-new-despotism/> (7. april 2017).
- Osborne, David; Gaebler, Ted: *REINVENTING GOVERNMENT: HOW THE ENTREPRENEURIAL SPIRIT IS TRANSFORMING THE PUBLIC SECTOR*, Plume, New York 1993.
- Osborne, Stephen P.: *THE NEW PUBLIC GOVERNANCE: EMERGING PERSPECTIVES ON THE THEORY AND PRACTICE OF PUBLIC GOVERNANCE*, Routledge, London 2010.
- Parisi, Francesco; Fon, Vincy: *THE ECONOMICS OF LAWMAKING*, Oxford University Press, Oxford 2008.
- Predlog Zakona o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju, URL: [http://www.mz.gov.si/si/delovna\\_podrocja\\_in\\_prioritete/zdravstveno\\_varstvo/predlog\\_zakona\\_o\\_zdravstvenem\\_varstvu\\_in\\_zdravstvenem\\_zavarovanju/](http://www.mz.gov.si/si/delovna_podrocja_in_prioritete/zdravstveno_varstvo/predlog_zakona_o_zdravstvenem_varstvu_in_zdravstvenem_zavarovanju/) (9. junij 2018)
- Raadschelders, Jos; Vigoda-Gadot, Eran: *GLOBAL DIMENSIONS OF PUBLIC ADMINISTRATION AND GOVERNANCE*, Jossey-Bass, Hoboken, New Jersey 2015.

- Reynolds, Martin; Holwell, Sue: SYSTEMS APPROACHES TO MANAGING CHANGE: A PRACTICAL GUIDE: A PRACTICAL GUIDE, Springer Science & Business Media, Dortrecht 2010.
- Rhodes, R.A.W.; Rhodes Fay: UNDERSTANDING GOVERNANCE: POLICY NETWORKS, GOVERNANCE, REFLEXIVITY AND ACCOUNTABILITY, Open University Press, Buckingham 1997.
- Rousseau, Jean-Jacques: DISCOURSE ON POLITICAL ECONOMY AND THE SOCIAL CONTRACT, prevod Christopher Betts, Oxford University Press, Oxford 2009.
- Sauter, Wolf: PUBLIC SERVICES IN EU LAW, Cambridge University Press, Cambridge 2015.
- Scalia, Antonin; Garner, Bryan A.: READING LAW: THE INTERPRETATION OF LEGAL TEXTS, West, St. Paul 2012.
- Schut, Martijn C.: Science of Simulation of Collective Intelligence, URL: <http://www.cs.vu.nl/~schut/dbldot/collectivae/sci/handbook.html> (3. julij 2016).
- Steffen, Monika: HEALTH GOVERNANCE IN EUROPE: ISSUES, CHALLENGES, AND THEORIES, Routledge, London in New York 2005.
- Tocqueville, Alexis: DEMOKRACIJA V AMERIKI II, Krt, Ljubljana 1996.
- Waldo, Dwight; Miller, Hugh T.: THE ADMINISTRATIVE STATE: A STUDY OF THE POLITICAL THEORY OF AMERICAN PUBLIC ADMINISTRATION, Transaction Publishers, New Brunswick 2006.
- Waldrop, Mitchell M.: COMPLEXITY: THE EMERGING SCIENCE AT THE EDGE OF ORDER AND CHAOS, Simon and Schuster, New York 1993.
- Weber, Max: FROM MAX WEBER: ESSAYS IN SOCIOLOGY, prevod H. H. Gerth in C. Wright Mills, Oxford University Press, Oxford 1946.
- Weber, Max: ECONOMY AND SOCIETY: AN OUTLINE OF INTERPRETIVE SOCIOLOGY (ur. G. Roth, C. Wittich), University of California Press, Berkeley, California 1978.
- Weber, Max: THE PROTESTANT ETHIC AND THE SPIRIT OF CAPITALISM, prevod Talcott Parsons, Routledge, London 2001.
- Westheimer, Gerald: Gestalt Theory Reconfigured: Max Wertheimer's Anticipation of Recent Developments in Visual Neuroscience, v: Perception, 28 (1999), str. 5–15.
- Wilson, Woodrow: The Study of Administration, v: Political Science Quarterly, 2 (1887), str. 197–222.
- Wittgenstein, Ludwig: FILOZOFISKE RAZISKAVE, Krtina, Ljubljana 2014.
- Zimbardo, Phillip: THE LUCIFER EFFECT: UNDERSTANDING HOW GOOD PEOPLE TURN EVIL, Random House Trade Paperbacks, New York 2008.

## **The Power of Decrees and the Rule of Nobody – Pitfalls of Subordinate Legislation in the Light of Existing Modes of Regulation**

*(Summary)*

A distinction between the objectives and objective possibilities of their satisfaction and/or the awareness of differences between the theory and practice is the prerequisite for drafting (of rules) and the achievement of objectives. The ever-increasing complexity of regulation of society prevents the classical idea of society's management to be fully apprehended in legal norms. Since this is not possible (any more) neither with regulations (secondary legislation), an increasing gap may result between the formal determination of rights and obligations and actual implementation. The theory of complex systems – with an analysis of complexity that seeks patterns in a simple behaviour from a dataset – with the concept of emergence could provide a new perspective on a rule's understanding: an essential difference from the present understanding is not only in the fact that the collective as a whole is more than just the sum of its parts, or that it is a phenomenon that is not and cannot be a (simple) average of the individuals or their practices, but that we can understand the phenomena by describing and analysing, though they cannot be (due to their sensitivity, mutual interaction and amplification) accurately fully predicted in advance. Only appropriately sized (numerically) dominated diversity can tame other diversity: only diversity<sub>1</sub> can break diversity<sub>2</sub>, and vice versa. Stability of a dynamical system is, therefore, the property of the system (and not of the people *per se*) as a whole. It is related to the fact that stability always means coordination, the coordination of measures between the system's parts. The premise of this paper's research is that perception does not control the behaviour, but individuals can change their behaviour because they can control one's own perception (and thus enjoy the wanted results and avoid the unwanted ones). It is about a different aspect of the acceptance of information, where an essential creator is not the neighbourhood, but the people, our evolutionary, selection skills that look (only) for relevant information. The information is not (in)correct *per se*, but the accuracy of its predictions is based on a target model (a system of information's recognition as such and its gathering). In search for answers for administrative-legal science, this paper checks the following hypotheses: a) events cannot be satisfactorily regulated in advance if diversity on the side of regulator is not almost identical as diversity on the side of the regulated; b) due to emergence (synergy) in complex systems future events cannot be precisely predicted in advance; c) an awareness (of self and others) is the basis of every management; d) an awareness is possible through sensors, i.e. criteria that allow the fact finding and adapting to new circumstances. Such starting points for the administrative-legal science predict that public systems and their decisions cannot be built solely on the basis of the information we have, because it is the system of different sensors on different places with the detection of data (similar as the



installation of sensors in the aircraft allows one to fly it correctly or in a timely manner to respond to the environment variables) that enables deduction on appropriateness of some regulation. It is not about to be able to take the best decisions on the basis of facts, and *ex post* also enforce subjective responsibility for mistakes, but to have also an *ex ante* system of perception of facts that is designed to allow the detection of a wide range of data from which only then repeated patterns of conduct can be perceived. First, it is necessary to have relevant data (which we recognise/understand as such), and only then it can be analysed and placed in mutual relations. On the basis of the above-mentioned management/regulatory platforms, this paper tries to shed some light on the Slovenian draft Health Care and Health Insurance Act (the draft ZZVZZ-1), on the basis of which it checks the presumption of unpredictability and the necessity of collecting data to see emerging patterns. If this is so, the political and legal liability should be seen in those who have set up a system, and not in those who in a non-exhaustive and for changes non-detectable system make mistakes.

A network of related the state and the public administration's bodies and other institutions of public authority with the interrelated and numerous rules is a fertile ground for the avoidance of accountability that cannot be attributed to a single man or body. A network of interlocking institutions and jurisdictions, the detailed and complex rules with a system without fundamental management elements, results in ever-stronger rule of nobody. The "original sin" could be in those who based on work orders are the first who should be self-asked about the eligibility of some jurisdiction. A large number of mistakes (although non-intentionally) is committed by ordinary civil servants, who do not ask themselves relevant questions. The rule of nobody is not the rule of very important people, but it is often created unconsciously by the good-minded individuals and/or as individuals who are not aware of the implications of their own actions. Positive or negative effects are not caused mainly by people, but are such through frames (by the system that creates circumstances) in which people operate or find themselves. Because the rule of law is put into the frame mainly by general rules, this paper presents questions about an optimal specificity of rules that could prevent anyone's reign and an unfounded growing of new rules due to the lack of understanding of the complex rules and consequences and vice versa. This makes even more important rules, which should be set as clearly as possible. If there are no clear rules laid down already in the law (substantive law), also the introduction of procedural requirements in the work of the public administration will not be of help, because they still do not define the content itself. These claims were verified in the case of the Slovenian draft Health Care and Health Insurance Act. The latter demonstrates most of the transfer "weaknesses" of all significant powers not only to the executive branch (a government of decrees), but also to the holders of public powers (public institutions outside administration) and their superiors (a government of general rules), in the direction of more and more detailed rules at the expense

of individuals to whom the Constitution recognizes the fundamental human right to health care. The analysis of the envisaged delegated acts demonstrates that – to avoid the occurrence of litigation and illegal delegation of powers – provided bylaws should be set out more clearly and precisely. Usually, anatomy is taught before pathology. Therefore, we should strive to do so also in the preparation of draft laws. To avoid legal conflicts, (also) the legal nature of acts could be more clearly defined, if acts should have built into themselves criteria, which would make it possible to determine the facts of the case and adaptation of new-resultant circumstances faster than the current ones. A fundamental property of complex systems to self-administrate also applies to the field of legislation.

