



REPUBLIKA SLOVENIJA  
DRŽAVNI SVET

**5**

Predlog

Ljubljana, 29.11.2016

Državni svet Republike Slovenije je na podlagi tretje alineje prvega odstavka 23.a člena Zakona o Ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 64/07 – uradno prečiščeno besedilo in 109/12) sprejel

ZAHTEVO

- za začetek postopka za oceno ustavnosti drugega odstavka 5. člena, četrtega odstavka 62. člena, prvega stavka prvega odstavka 63. člena in drugega odstavka 63. člena Zakona o pogrebni in pokopališki dejavnosti (Uradni list RS, št. 62/16; v nadaljevanju: ZPPDej),
- za začasno zadržanje izvrševanja drugega odstavka 5. člena, četrtega odstavka 62. člena, prvega stavka prvega odstavka 63. člena in drugega odstavka 63. člena Zakona o pogrebni in pokopališki dejavnosti (Uradni list RS, št. 62/16),
- za prednostno obravnavo.

## **I. OČITANE KRŠITVE USTAVE REPUBLIKE SLOVENIJE (v nadaljevanju: Ustava)<sup>1</sup>**

Vlagatelj poziva Ustavno sodišče, da podrobneje prouči kršitev naslednjih ustavnih določb:

- poseg v načelo pravne države (2. člen);
- poseg v pravico do lokalne samouprave (9. člen);
- poseg v ustavno načelo enakosti pred zakonom (14. člen);
- poseg v uresničevanje in omejevanje pravic (15. člen);
- poseg v pravice zasebnosti in osebnostne pravice (35. člen);
- poseg v pravico do zdravstvenega varstva (51. člen);
- poseg v pravico do zdravega življenjskega okolja (72. člen);
- poseg v podjetništvo (74. člen Ustave);
- poseg v pravico do uresničevanja lokalne samouprave (138. člen);
- poseg v delovno področje samoupravnih lokalnih skupnosti (140. člen);
- poseg v dohodke občine (142. člen);
- poseg v financiranje države in lokalnih skupnosti (146. člen) in
- poseg v fiskalno suverenost lokalnih skupnosti (147. člen).

## **II. OBRAZLOŽITEV**

### **1. Nesorazmeren poseg drugega odstavka 5. člena ZPPDej v pogrebno dejavnost kot izvirno pristojnost občine, financiranje občin in človekovo dostojanstvo, ki je v nasprotju z Ustavo in Evropsko listino lokalne samouprave**

V Zakonu o pogrebni in pokopališki dejavnosti<sup>2</sup> iz leta 1984 je bila pogrebna in pokopališka dejavnost enovita in določena kot komunalna dejavnost posebnega družbenega pomena, po Zakonu o lokalni samoupravi<sup>3</sup>, sprejetem v okviru ustavne reforme lokalne samouprave po sprejemu Ustave, pa je bilo organiziranje opravljanja pogrebne in pokopališke dejavnosti določeno kot izvirna naloga občine za zadovoljevanje potreb svojih prebivalcev. Ustava glede pristojnosti občin določa: »V pristojnost občine spadajo lokalne zadeve, ki jih občina lahko ureja samostojno in ki zadevajo samo njene prebivalce.«<sup>4</sup>. Ustavnoppravna teorija je kritično ocenila to ustavno določbo in na njej utemeljeno ureditev pristojnosti občin v Zakonu o lokalni samoupravi. Po njenem mnenju so pristojnosti občine v Ustavi opredeljene preveč restriktivno. Zato je toliko bolj pomembno preprečiti protiustavno poseganje države v izvirne pristojnosti občin.

Dr. Janez Šmidovnik je poudaril, da iz citirane ustavne določbe izhaja, da »bo slovenska občina, za razliko od vseh drugih evropskih občin – opravljala praviloma

<sup>1</sup> Uradni list RS, št. 33/91, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 68/06, 47/13 in 47/1;3

<sup>2</sup> Uradni list SRS, št. 34/1984.

<sup>3</sup> Uradni list RS, št. 72/93.

<sup>4</sup> Prvi odstavek 140. člena Ustave.

zgolj »lokalne zadeve«, in to v najožjem mogočem pomenu tega pojma; druge zadeve (širšega pomena) pa le izjemoma, če in kolikor bo prišlo do sporazuma<sup>5</sup> med posamezno občino in republiko glede prenosa posamezne zadeve in glede sredstev za njeno opravljanje«. <sup>6</sup> Potem, ko sta bili pogrebna in pokopališka dejavnost z Zakonom o gospodarskih javnih službah<sup>7</sup> opredeljeni kot gospodarska javna služba, je bila z Zakonom o pogrebni in pokopališki dejavnosti, ki je bil sprejet 14. julija 2016 in objavljen v Uradnem listu RS št. 62/2016, pogrebna dejavnost določena kot tržna dejavnost, pokopališka dejavnost (»upravljanje s pokopališčem«) pa prepuščena v izvajanje občini ali od občine izbrani drugi osebi javnega prava, ne da bi bil hkrati določen režim izvajanja.<sup>8</sup>

Drugi odstavek 5. člena ZPPDej določa: »Pogrebna dejavnost, ki se izvaja na trgu, obsega naslednje storitve:

- prevoz pokojnika, ki ga ne zagotavlja 24-urna dežurna služba;
- pripravo pokojnika;
- upepelitev pokojnika;
- pripravo in izvedbo pogreba.

Nobenega dvoma ne more biti, da predstavlja takšna ureditev globok in nesorazmeren poseg v izvirne pristojnosti občin z negativnimi posledicami tako za občine in njihovo financiranje kot za uresničevanje človekovega dostojanstva umrlih in njihovih svojcev, ki po našem mnenju ne more uspešno prestatiti ocene ustavnosti.

### **1.1. Zamisel lokalne samouprave v Ustavi in Evropski listini lokalne samouprave**

Lokalna samouprava pomeni samostojno urejanje in reševanje življenjskih potreb prebivalstva, praviloma v ožjih krajevnih okvirih (javne zadeve lokalnega pomena), v obliki organizirane, od države avtonomne oblasti. Samouprava je pojem, ki dobro odraža sodobne težnje na področju razvoja in delovanja lokalnih skupnosti v evropskih državah, vsekakor boljši, kot sta pojma lokalna »oblast« ali lokalna »uprava«, ki sta morda bolj primerna za tisti del aktivnosti lokalnih skupnosti, ki se nanaša na od države prenesene zadeve. Lokalna samouprava v pravem pomenu besede se nanaša na od države neodvisno, avtonomno delovanje lokalnih skupnosti in njihovih organov, ki dobivajo mandat neposredno od prebivalcev in ne od države. Javne zadeve lokalnega pomena se rešujejo v lokalnih skupnostih, predvsem v

<sup>5</sup> Z ustavno spremembo, sprejeto 30. junija 2006, je bilo iz besedila drugega odstavka 140. člena Ustave izpuščeno besedilo, ki terja predhodno soglasje občine in države za prenos nalog iz državne pristojnosti.

<sup>6</sup> Dr. Janez Šmidovnik, Lokalna samouprava, v: Nova ustavna ureditev Slovenije, zbornik razprav, Ljubljana, 1992, str. 220. Avtor je pravilno napovedal, da bo na takšni ustavni podlagi prišlo do izrazito restriktivne opredelitve občinskih pristojnosti v zakonodaji ter njihove uporabe v praksi.

<sup>7</sup> Uradni list RS, št. 32/93.

<sup>8</sup> Prim. Mnenje zakonodajno pravne službe o Predlogu zakona o pogrebni in pokopališki dejavnosti (ZPPDej), EPA 1139-VII, Številka: 804-10/16-3/, ki ga je ta služba podala v okviru druge obravnave predloga zakona 16. maja 2016.

občinah kot primarnih življenjskih skupnostih, čeprav ima večina držav organizirano večnivojsko lokalno samoupravo.

V Ustavi je lokalna samouprava obravnavana dokaj restriktivno, čeprav v 9. členu uvodnih določb obetavno napoveduje, da je v Sloveniji zagotovljena lokalna samouprava. Kljub temu so različni vidiki omenjeni na kakšnih 20 mestih v Ustavi, podrobneje pa v poglavju o lokalni samoupravi (od 138. do 144. člena). Osrednje mesto ima v Ustavi opredelitev občine kot samoupravne lokalne skupnosti. Iz ustavnih določb izhaja, da je občina najpomembnejša in temeljna lokalna skupnost, čeprav se lokalna samouprava uresničuje tudi v drugih lokalnih skupnostih, širših (pokrajine) in ožjih (vaške, krajevne, četrtne skupnosti).

Po mnenju dr. Janeza Šmidovnika so za opredelitev občine temeljne tri sestavine: da je občina glavni oziroma najpomembnejši tip (oblika) lokalne samouprave, da je oblikovana v okviru naravne, zgodovinsko nastale lokalne skupnosti, povezane s skupnimi interesi in da ima položaj samoupravnosti: »Gre skratka za naravni tip lokalne samoupravne skupnosti, ki se je razvil iz »gole« lokalne skupnosti, in si med tem z razvojem pridobil določen pravni položaj v širši (državni) skupnosti.«<sup>9</sup>

Po mnenju dr. Petra Jambreka opredeljuje občino v razmerju do države »njena izvirna pristojnost urejati v skladu z zakoni vse specifično lokalne zadeve. Občina in lokalna samouprava sta temelja državne ureditve, v kateri poteka demokratični proces od spodaj navzgor.«<sup>10</sup> Občina obsega eno ali več naselij, ki so povezana s skupnimi potrebami in interesi prebivalcev. Ustanovi se z zakonom, poseben pomen pa ji daje ustavna določba, ki predpisuje obvezno izvedbo predhodnega referendum, s katerim se ugotavlja volja prebivalcev na določenem območju.

Med pristojnosti občine spadajo lokalne zadeve, ki jih občina lahko ureja samostojno in ki zadevajo samo prebivalce občine. Teorija opozarja na preveč restriktiven značaj teh določb in na potrebo po njihovi širši razlagi in dograjevanju. V zvezi s tem pravi Komentar Ustave RS: »Občina ima v izvirni pristojnosti vse funkcije, pomembne za življenje in delo ljudi na njenem območju, ki se tudi mnogo racionalneje in učinkoviteje uresničujejo v lokalni skupnosti kot s centralno oblastjo. Ideja ločitve državnih funkcij od lokalnih je, da bi zapolnili vsebino lokalne samouprave ...«.<sup>11</sup> Teorija je bila kritična tudi do razmejitve med državnimi in lokalnimi zadevami v okviru reforme lokalne samouprave po sprejemu Ustave. Na slednje so se nanašale tudi odločbe Ustavnega sodišča, ki je dvakrat razveljavilo način prenašanja občinskih pristojnosti na državo in preprečilo prenašanje nekaterih tipičnih lokalnih zadev na državo.

---

<sup>9</sup> Dr. Janez Šmidovnik, *Lokalna samouprava*, DZS, Ljubljana, 1995, str. 63.

<sup>10</sup> Delno pritrdilno delno odklonilno ločeno mnenje sodnika dr. Petra Jambreka k odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-183/94.

<sup>11</sup> Komentar Ustave RS, str. 960.

Poseben položaj ima po Ustavi mestna občina, ki opravlja kot svoje naloge tudi z zakonom določene naloge iz državne pristoynosti, ki se nanašajo na razvoj mest. Mestna občina se lahko ustanovi na območju mesta, kjer je potrebno enotno prostorsko in urbanistično urejanje, zadovoljevanje komunalnih potreb in načrtovanje razvoja.<sup>12</sup> Njihove pristoynosti so vsaj deloma določene širše in jasneje kot pristoynosti ostalih občin. Iz Ustave izhaja, da se v mestih oblikuje ena sama mestna občina, različne pa so razlage o tem, kako daleč zunaj mestnega območja lahko sega območje mestne občine.

Ustava je bila leta 2006 spremenjena zato, da je ustrezneje opredelila pokrajine, ki niso več samo oblika povezovanja občin, temveč so samoupravne lokalne skupnosti, ki opravljajo lokalne zadeve širšega pomena in z zakonom določene zadeve regionalnega pomena. Cilji ustanovitve pokrajin so decentralizacija, uveljavljanje načela subsidiarnosti in prenos pristoynosti navzdol.<sup>13</sup> Kljub temu, da so pokrajine zdaj v Ustavi ustrezneje urejene, ni prišlo do njihove ustanovitve. To seveda pomeni, da je lokalna samouprava v praksi v nasprotju z ustavno ureditvijo preveč centralizirana in omejena. Dejstvo, da so pokrajine za zdaj samo mrtva črka v Ustavi, v praksi pa niso ustanovljene, povečuje pomen mestnih in drugih občin in varstva njihovih pristoynosti pred posegi države. Tudi dejstvo, da so pristoynosti občin v Ustavi in zakonodaji ozko opredeljene,<sup>14</sup> povečuje občutljivost posegov v pristoynosti mestnih in drugih občin, kar velja še posebej za takšen poseg, ki je določen z ZPPDej.

Po 11. členu Evropske listine lokalne samouprave imajo občine pravico do sodnega varstva, da zagotovijo izvajanje svojih pristoynosti in spoštovanje načel lokalne samouprave, zapisanih v Ustavi in domači zakonodaji. Z vidika poseganja države v občinske pristoynosti je v Sloveniji brez dvoma najpomembnejša možnost zahteve, ki jo imajo občine pred Ustavnim sodiščem. Po Zakonu o Ustavnem sodišču so pooblaščen predlagatelji občinski sveti, kadar gre za poseg v ustavni položaj in pravice občin, reprezentativna združenja občin, če so ogrožene pravice občin in Državni svet, v katerem prevladujejo predstavniki občin.<sup>15</sup> Ravno Ustavno sodišče je tisti organ, ki lahko največ stori za spoštovanje avtonomnosti občin ter preprečevanje neupravičenih posegov države v pristoynosti mestnih in drugih občin.

---

<sup>12</sup> Dr. Franc Grad, Lokalna samouprava, v: Grad-Kaučič-Zagorc, Ustavno pravo, Pravna fakulteta, Ljubljana, 2016, str. 674.

<sup>13</sup> Astrid Prašnikar, Naloge pokrajin, v: Pokrajina, druga raven lokalne samouprave, Fakulteta za upravo, Inštitut za lokalno samoupravo, Ljubljana, 2004, str. 37.

<sup>14</sup> Dr. Janez Šmidovnik opozarja v navedeni knjigi, da je »okvir, ki ga Ustava Republike Slovenije določa lokalni samoupravi, ožji od katerekoli znane evropske ureditve lokalne samouprave, ožji tako od britanskega, francoskega kot nemško-avstrijskega modela lokalne samouprave. Po njegovem mnenju je vprašljivo tudi, ali je veljavna ureditev sploh skladna s standardi, za katere se zavzema Evropska listina lokalne samouprave ...«

<sup>15</sup> Delovanje Državnega sveta v interesu občin (njegova mnenja o predlogih zakonov, veto na sprejete zakone in zahteve za oceno ustavnosti zakonov, sprejetih kljub njegovemu nasprotovanju), je pridobilo na pomenu tudi zato, ker župani ne morejo biti več zastopani v Državnem zboru.

Država ogroža samostojnost in učinkovitost delovanja občin s takšnimi posegi, ki pomenijo povečevanje pristojnosti občin, ne da bi za opravljanje novih nalog država zagotovila sredstva (kar izrecno terja drugi odstavek 140. člena Ustave) ali tako, da odvzema občinam pristojnosti, ki so pomemben vir finančnih sredstev občin, kot se to dogaja z ZPPDej.

Napačno je prepričanje, da je zoževanje pristojnosti občin in prenos njihovih pristojnosti na državo stvar politične ocene vladajočih struktur v danem trenutku. Pristojnosti morajo biti stabilno določene in skrbno zavarovane. Teorija poudarja pomen občin in varovanje njihovih pristojnosti tudi s tem, da govori o vertikalni delitvi oblasti.<sup>16</sup> Kot je horizontalna delitev oblasti na zakonodajno, izvršilno in sodno odločilnega pomena za delovanje parlamentarnega sistema, zasnovanega na delitvi oblasti, je vertikalna delitev oblasti usodnega pomena za delovanje občin in za decentralizacijo države. Občine se same težko upirajo mnogo močnejši in vplivnejši državni politiki, zato je pomemben učinkovit nadzor nad tem, da država ne posega samovoljno in nesorazmerno v pristojnosti občin. Pri tem seveda ne gre predvsem za varovanje pristojnosti občinskih organov samih, temveč za interes prebivalcev, da je urejanje in usmerjanje delovanja pogrebnih in pokopaliških dejavnosti čim bližje in pod njihovim čim bolj neposrednim vplivom in nadzorom. Na državni ravni je zlasti Ustavno sodišče tisto, ki naj skrbi za varstvo avtonomije in pristojnosti občin na podoben način, kot varuje človekove pravice in svoboščine pred posegi države.

Evropska listina lokalne samouprave, ki jo je Slovenija podpisala in ratificirala tako, da je začela veljati leta 1997,<sup>17</sup> se posebej ukvarja z določanjem meja pri poseganju državne oblasti v pristojnosti občin. Že v preambuli te listine je poudarjeno, da so lokalne oblasti eden od glavnih temeljev vsake demokratične ureditve, pravica državljanov sodelovati pri upravljanju javnih zadev pa eno od temeljnih demokratičnih načel, veljavnih v državah članicah Sveta Evrope. Eno od izhodišč Evropske listine je, da se ta pravica lahko najbolj neposredno uresničuje na lokalni ravni in da se ravno na tej ravni lahko upravljanje javnih zadev lokalnega pomena opravlja tako, da bo hkrati učinkovito in blizu državljanom, zato »sta varovanje in ponovna uveljavitev lokalne samouprave v različnih evropskih državah pomemben prispevek h graditvi Evrope po načelih demokracije in decentralizacije oblasti«.

Evropska listina razume lokalno samoupravo kot pravico lokalnih oblasti, da opravljajo bistveni del javnih zadev v okviru svojih nalog in v korist lokalnega prebivalstva. To pravico uresničujejo prebivalci prek svetov in skupščin, pa tudi neposredno na zborih, referendumih in z drugimi oblikami neposredne udeležbe prebivalcev (3. člen).

---

<sup>16</sup> Prim. dr. Ciril Ribičič, Človekove pravice in ustavna demokracija, Študentska založba, Ljubljana, 2010, druga izdaja, str. 291.

<sup>17</sup> 8. člen Ustave določa, da se ratificirane in objavljene mednarodne pogodbe uporabljajo neposredno in da morajo biti zakoni in drugi predpisi v skladu z mednarodnimi pogodbami, ki obvezujejo Slovenijo.

Evropska listina določa, da morajo biti pristojnosti, dodeljene lokalnim oblastem, polne in izključne in da jih državna in pokrajinska oblast ne smeta spodkopavati ali omejevati. »Javne naloge naj po možnosti izvajajo tiste oblasti, ki so državljanom najbližje.« To načelo, načelo subsidiarnosti, je podlaga za preprečevanje neupravičenih in samovoljnih posegov države v pristojnosti občin. V zvezi s tem je tudi določba, da »je treba lokalne oblasti pravočasno in na primeren način vprašati za mnenje pri načrtovanju in odločanju v vseh stvareh, ki jih neposredno zadevajo« (4. člen). Samo takrat, ko gre za izvrševanje prenesenih pristojnosti, se lahko državni nadzor nad delovanjem lokalnih skupnosti nanaša ob nadzoru nad zakonitostjo tudi na vprašanje primernosti delovanja lokalnih skupnosti.

Končno zagotavlja Evropska listina lokalne samouprave, ki jo je Slovenija ratificirala brez slehernih pridržkov, pravno varstvo občin, ki naj prepreči posege v prsto izvrševanje lastnih pristojnosti in spoštovanje načel lokalne samouprave, zapisanih v Ustavi in zakonu.

Ustavnopravna teorija poudarja, da je temeljnega pomena pri določanju in spreminjanju pristojnosti občin načelo subsidiarnosti. Gre za načelo, ki išče nenehno ravnovesje med svobodo posameznika in različnimi oblastmi, med njimi pa daje prednost temeljnemu pred višjimi ravnmi oblasti. Zato je delitev pristojnosti med državo in lokalno samoupravo postalo eno od središčnih področij, pomembnih za položaj in delovanje občin. »Subsidiarnost ni samo omejitev za posege višje oblasti v zadeve osebe ali skupnosti, ki lahko delujeta sami, temveč je tudi dolžnost te oblasti, da deluje v razmerju do te osebe ali skupnosti na način, ki jima omogoča samoizpolnjevanje. Subsidiarnost izvira iz moralne obrambe, ki spoštuje dostojanstvo in odgovornost posameznikov, iz katerih je sestavljen namen vsake družbe.«<sup>18</sup> Dr. Stane Vlaj poudarja, da je treba to načelo upoštevati zlasti pri razmejitvi pristojnosti med občinami in državo. Občina naj »opravlja vse naloge, za katere je zmožna in usposobljena. To je tudi t. i. načelo splošne pristojnosti občine za vse javne zadeve, razen tistih, ki so po Ustavi in zakonih v pristojnosti drugih oblasti.«<sup>19</sup>

Osnovna ideja, na kateri temelji načelo subsidiarnosti je, da se lahko politična oblast vmešava le v obsegu, ko družba in njeni konstitutivni deli, od individuuma do družine, ožje in širše lokalne skupnosti, niso sposobni zadovoljiti različnih potreb. To je splošno načelo institucionalne organizacije, ki teži k dajanju prednosti bazi pred vrhom, nižjim pred višjimi ravnmi oblasti. Dodelitev javnih zadev drugi ravni oblasti mora pretehtati razsežnost in naravo zadeve ter zahteve učinkovitosti in gospodarnosti. Načelo subsidiarnosti je nasprotno načelu koncentracije in centralizacije zadev na državni in naddržavni ravni in zahteva, da nižje (lokalne) skupnosti opravljajo vse zadeve, ki so jih sposobne opravljati.<sup>20</sup> **V zvezi s tem velja**

---

<sup>18</sup> Dr. Stane Vlaj, Lokalna samouprava, Fakulteta za upravo, Ljubljana, 2004, str. 25.

<sup>19</sup> Isto, str. 19.

<sup>20</sup> Isto, str. 26, 27. Prim. tudi Definition and limits of the principle of subsidiarity, Local and regional authorities in Europe, Council of Europe Press, Strasbourg, 1994.

**opozoriti, da je večina slovenskih občin sposobna sama prek ustanovitve in nadzora nad javnimi podjetji opravljati svoje naloge na področju pogrebne in pokopališke dejavnosti. Tiste, ki pa tega niso sposobne, pa lahko rešitev iščejo v delnem prepuščanju pokopališke delovanju tržišča, zato ni prepričljivih argumentov za to, da je ZPPDej prepustil pogrebno dejavnost (razen dežurne službe) svobodnemu dogajanju na trgu. Iz navedenega sledi, da je drugi odstavek 5. člena ZPPDej v neskladju s 140. členom Ustave in z Evropsko listino lokalne samouprave.**

Ko se je politika odločila, da prepusti pokopališko dejavnost svobodnemu tržišču in ji odvzame značaj občinske javne službe ter s tem zoži nabor izvirnih občinskih pristojnosti, bi to morala realizirati tako, da bi poskušala doseči soglasje z občinami in njihovimi združenji ter skupaj z njimi poiskati rešitve, ki bi čim manj, samo toliko, kot je nujno za učinkovito opravljanje pogrebne dejavnosti, (sorazmerno) posegale v pristojnosti občin.

## **1.2.   Praksa Evropskega sodišča za človekove pravice**

Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP) se v svojih odločitvah opredeljuje tudi do pogrebne dejavnosti, in sicer prav na podlagi pritožbe iz Slovenije. Sodbo ESČP v zadevi Oklešen obravnavamo podrobneje zato, ker gre za edino sodbo ESČP, ki se izrecno nanaša na opravljanje pogrebne in pokopališke dejavnosti in je bila sprejeta na zahtevo pritožnika in njegovega pogrebnega podjetja, ki sta bila oba iz Slovenije. ESČP (tretja sekcija) je 30. novembra 2010 sprejelo sodbo v zadevi Oklešen in Pogrebne storitve Leopold Oklešen, s. p., proti Sloveniji,<sup>21</sup> ki se nanaša na opravljanje pogrebne in pokopališke dejavnosti kot občinske javne službe. V pritožbi sta pritožnik in njegovo podjetje zatrjevala, da »je prišlo do kršitve 1. člena protokola št. 1 h Konvenciji ter 14. člena Konvencije, ker je občinski odlok preprečil drugemu pritožniku, da bi še naprej opravljal pogrebne storitve, ki jih je uspešno nudil sedem let«.

1. člen Protokola št. 1 k Evropski konvenciji o človekovih pravicah (v nadaljevanju: EKČP) varstvo lastnine določa, da ima vsaka fizična ali pravna oseba »pravico do spoštovanja svojega premoženja. Nikomur ne sme biti lastnina odvzeta, razen če je to v javnem interesu v skladu s pogoji, ki jih določa zakon, in to ob spoštovanju načel mednarodnega prava«. V drugem odstavku citiranega člena je določeno, da varstvo lastnine »nikakor ne omejuje pravice držav, da uveljavijo zakone, za katere menijo, da so potrebni za nadzor nad uporabo premoženja v skladu s splošnim namenom ali za zagotovitev plačila davkov, drugih prispevkov ali denarnih kazni«. 14. člen EKČP, na katerega se je tudi skliceval pritožnik, govori o prepovedi diskriminacije in pravi: »Uživanje pravic in svoboščin, določenih s to Konvencijo, je zagotovljeno vsem

---

<sup>21</sup> Sodba ESČP, Pritožba št. 35264/04;



ljudem brez razlikovanja glede na spol, raso, barvo kože, jezik, vero, politično ali drugo prepričanje, narodnost ali socialni izvor, pripadnost narodni manjšini, lastnino, rojstvo ali kakšne druge okoliščine.«

Iz besedila sodbe ESČP izhaja, da je upoštevalo tudi določbi Ustave RS, ki se nanašata na pravico do zasebne lastnine (33. člen) in svobodno gospodarsko pobudo (prvi odstavek 74. člena), zato je sodba toliko bolj pomembna za presojo, ali je ZPPDej skladen z Ustavo.

Pritožnik je slovenski državljani, ki se je rodil leta 1947 in živi v Novem mestu. Njegovo podjetje pa se je imenovalo Pokopališko pogrebne storitve Leopold Oklešen, s. p., iz Novega mesta in je imelo veljavno obrtno dovoljenje za opravljanje pogrebov, pripravo in vzdrževanje zunanje ureditve od 6. marca 1995. Opravljalo je storitve v občini Novo mesto, vključno s pripravo in prevozom posmrtnih ostankov, pridobitev dokumentacije, urejanje upepelitev, prodajo pogrebnih proizvodov (krst, pogrebnih vencev, cvetja ipd.) ter organizacijo pogrebnih slovesnosti. Podjetje je zastopal in vodil pritožnik.

7. septembra 2000 je pričel veljati Odlok o izvajanju javne gospodarske službe pokopališke in pogrebne dejavnosti, urejanju pokopališč ter o pogrebnih svečanostih v Mestni občini Novo mesto, na podlagi katerega je bilo opravljanje naštetih dejavnosti na območju mestne občine zaupano javnemu podjetju Komunala Novo mesto.<sup>22</sup> To podjetje opravlja storitve, povezane s kopanjem in organizacijo grobov, pripravo dokumentov v zvezi z umrlim, pripravo in hranjenje posmrtnih ostankov, oddajanje mrliške vežice, organizacijo in izvedbo pogrebnih slovesnosti in dejavnosti ter prevoz posmrtnih ostankov. Leta 2002 je javno podjetje opozorilo pritožnika, da naj spoštuje odlok, na podlagi katerega lahko pogrebne in pokopališke dejavnosti v Mestni občini Novo mesto opravlja samo javno podjetje. Aprila 2002 je Mestna občina Novo mesto na pritožnikovo zahtevo pojasnila, da njegovo podjetje ne sme opravljati pogrebnih storitev zaradi omejitev, določenih v odloku, Zakonu o gospodarskih javnih službah iz leta 1993, Zakonu o pogrebnih in pokopališki dejavnosti ter o urejanju pokopališč iz leta 1984 (ki določa, da je opravljanje pogrebne in pokopališke dejavnosti »komunalna dejavnost posebnega družbenega pomena«). Mestna občina se je pri tem sklicevala na sklep Ustavnega sodišča RS v zadevi št. U-I-48/97, po katerem spada pogrebna dejavnost med obvezne gospodarske javne službe.

---

<sup>22</sup> Odlok navaja 32 pokopališč na območju Mestne občine Novo mesto in določa, da pogrebna dejavnost zunaj pokopališč zajema: urejanje dokumentacije, ureditev in prevoz pokojnika, oddajanje grobnih prostorov v najem ter vodenje registra pokopališč, izvajanje dežurne pogrebne službe in opravljanje drugih nalog, ki so določene z zakonom in tem odlokom. Posmrtne ostanke lahko iz bolnišnice ali doma starejših prevaža le izvajalec obvezne gospodarske javne službe, torej javno podjetje.

25. novembra 2002 je pritožnik naslovil na Ustavno sodišče pobudo za oceno ustavnosti in zakonitosti, s katero je predlagal, da Ustavno sodišče odpravi odlok mestne občine. V njej je zatrjeval, da bi moralo biti opravljanje pogrebnih dejavnosti na prostem trgu. Po njegovem mnenju je bil odlok sprejet zato, da se onemogoči delovanje njegovega uspešnega podjetja. Ustavno sodišče je 1. aprila 2004 zavrnilo pobudo ter se pri tem oprlo na svojo odločbo v zadevi št. U-I-48/97, s katero je ugotovilo, da 2. člen Zakona o pokopališki in pogrebni dejavnosti iz leta 1984 ni v neskladju z Ustavo.<sup>23</sup> Zgoraj omenjena odločba temelji na 68. členu Zakona o gospodarskih javnih službah in uvršča pogrebne storitve med gospodarske javne službe, kar je po mnenju ESČP za Mestno občino Novo mesto zavezujoče.

Pritožnik in njegovo podjetje iz navedenih razlogov nista mogla več opravljati svoje dejavnosti v prejšnjem obsegu,<sup>24</sup> zaradi uveljavitve odloka sta izgubila velik del svojih strank, vendar sta v omejenem obsegu nadaljevala svoje delovanje do leta 2006, ko se je pritožnik upokojil. ESČP je ugotovilo, da je pritožnikovo podjetje v davčnih napovedih prijavilo prihodek, in sicer leta 1998 približno 15.000 EUR, leta 1999 26.000 EUR, leta 2000 39.000 EUR ter leta 2001 27.000 EUR ter po uveljavitvi odloka mestne občine v letu 2002 17.000 EUR, leta 2003 28.000 EUR ter 18.000 EUR leta 2006. Podjetje je bilo 7. avgusta 2006 izbrisano iz registra.

Pritožnik se je dvakrat pritožil tudi na Urad za varstvo konkurence, ki priznava, da je pritožnik utrpel škodo zaradi dejanj občinskega komunalnega podjetja, ki je imelo zakonit monopol na območju mestne občine, zato je svoj položaj zaščitilo tako, da je preprečilo pritožnikovemu podjetju izvajanje dejavnosti, ki ga ne bi mogel zakonito opravljati. Ob tem je Urad opozoril, da šteje ureditev v Mestni občini Novo mesto za prehodno.

ESČP se je oprlo tudi na primerjalne evropske ureditve in ugotovilo, da marsikje pogrebne storitve ponujajo na prostem trgu in jih opravljajo zasebna podjetja. V nekaterih državah imajo javna telesa možnost, da zagotavljajo pogrebne storitve, vendar morajo v tem primeru konkurirati zasebnim podjetjem. Npr. v Avstriji, Belgiji, Bolgariji in Franciji lahko pogrebne storitve opravljajo tudi javna telesa. Po drugi strani so na Hrvaškem kot tudi v Sloveniji pogrebne storitve uvrščene med javne gospodarske službe in jih zagotavljajo zlasti javna telesa. Izvajanje pogrebnih storitev v nekaterih državah ureja zakon, kot je to v primeru Belgije, Francije, Italije ali

---

<sup>23</sup> Ustavno sodišče ugotavlja, da ni v neskladju z Ustavo in zakonom tudi izpodbijani odlok mestne občine. Ugotovilo je, da omejitve, ki so posledica sistema, po katerem morajo pokopališke in pogrebne storitve opravljati javna podjetja, upravičuje javni interes. **Poleg tega je sprejelo argument občine, da iz etičnih, zdravstvenih in sanitarnih ter higienskih razlogov pogrebne storitve ni mogoče ponujati na prostem trgu.** Nazadnje je Ustavno sodišče upoštevalo dejstvo, da je bil sporen predpis prehodne narave (veljal naj bi do sprejetja področnega zakona), ter ugotovilo, da trajanje tega stanja še ni privedlo do kršitve načel pravne države.

<sup>24</sup> Spremembe odloka Mestne občine Novo mesto so leta 2002 omogočile, da lahko v primeru, če določene gospodarske javne službe javno podjetje ne zagotavlja v celoti, del teh storitev opravi drugi subjekt na podlagi pogodbe, sklenjene s tem podjetjem.

Slovaške, medtem ko je neurejeno ali samoregulirano v drugih, kot so Nemčija, Latvija, Irska in Združeno kraljestvo. Na primer, v Avstriji, na Hrvaškem, v Franciji, na Madžarskem, v Italiji, Litvi in na Slovaškem, lahko zasebni ponudniki pogrebnih storitev delujejo le na podlagi dovoljenja ali koncesije, ki jo izda javno telo. Dovoljenja ter licence podeljujejo lokalne oblasti na podlagi pogojev, kot so strokovne kvalifikacije in kompetence, izpolnjevanje tehničnih, varnostnih in zdravstvenih standardov ter analiza finančnega položaja podjetja. Za razliko od pogrebov pokopališke storitve in upepelitve navadno opravljajo javna telesa, zlasti občine, ker gre za gospodarske javne službe posebnega pomena, ki so neločljivo povezane z vprašanji javnega zdravstva. Ko so v Belgiji nacionalizirali upepeljevanje, je bilo določeno prehodno obdobje, zasebnim podjetjem, ki so pred tem opravljala upepelitve, pa je bila izplačana določena oblika odškodnine.

Pritožnik in njegovo podjetje sta pred ESČP trdila, da jima je bilo zaradi občinskega odloka iz leta 2000 in dejanj javnega podjetja onemogočeno opravljanje pogrebne dejavnosti, kar je uspešno počel več let. Posledično je bil s tem ogrožen ekonomski in socialni položaj pritožnikove družine, podjetju pa je grozila likvidacija. ESČP je ugotovilo, da sta se pritožnik in podjetje pritožila, da so lokalne oblasti kršile njuno pravico iz 1. člena protokola št. 1 k EKČP, kar je zasebnemu podjetju preprečilo, da bi še naprej opravljalo pogrebne storitve. Nadalje ugotavlja, da je bil pritožnik samostojni podjetnik ter posledično edini lastnik poslovanja, ki ga je izvajalo podjetje. Ravno tako je bil zakoniti zastopnik podjetja ter je s svojim premoženjem odgovarjal za njegove obveznosti in dolgove. Sodišče ugotavlja, da je v tej specifični situaciji, ko sta lastnik in podjetje tako zelo povezana, mogoče šteti, da je pritožnik oseba, na katero so neposredno učinkovali zadevni akti<sup>25</sup> in lahko zato trdi, da je žrtev zatrevane kršitve v obravnavani zadevi. Sodišče nadalje opaza, da je podjetje prenehalo obstajati leta 2006 in je torej le pritožnik tisti, ki je lahko nadaljeval z obravnavano pritožbo.

Po tem, ko je ESČP ugotovilo, da je pritožnik izčrpal pravna sredstva v Sloveniji, je prešlo na vsebinsko obravnavo zatrevane kršitve EKČP. ESČP je najprej ugotovilo, da je pritožnik pridobil določen ugled v sedmih letih opravljanja pogrebnih dejavnosti. Ko je pridobil obrtno dovoljenje, je bila pogrebna dejavnost že opredeljena kot gospodarska javna služba, vendar je njena zakonska ureditev dopuščala občinam, da zagotovijo opravljanje pogrebnih storitev v obliki javnega podjetja ali s koncesijami, dodeljenim zasebnim podjetjem. Ko je mestna občina Novo mesto celovito uredila opravljanje pogrebne dejavnosti, je dejavnost gospodarske javne službe zaupala občinskemu javnemu podjetju, ki je pridobilo zakonit monopol za opravljanje pogrebne dejavnosti na območju občine. ESČP ugotavlja, da se je pritožba nanašala na obdobje po letu 2000, zato se zastavlja vprašanje, ali je pritožnik lahko razumno pričakoval, da bo lahko nadaljeval s svojo dejavnostjo tudi potem, ko je bila ta dejavnost zaupana občinskemu podjetju.

---

<sup>25</sup> Glej sodbo ESČP v zadevi *Eckle proti Nemčiji*, z dne 15. julija 1982

**Po mnenju ESČP je v avtonomni presoji občine, ali bo pogrebno dejavnost poverila javnemu podjetju ali se odločila za zasebne koncesionarje.** Pritožnik priznava, da je bil seznanjen s tem, da je bila prejšnja ureditev začasna, in sicer za obdobje do uveljavitve nove ureditve, ki zavezuje občine, da uredijo opravljanje pogrebnih dejavnosti kot gospodarsko javno službo.

ESČP je ugotovilo, da je bilo v celotnem sedemletnem obdobju, v katerem je pritožnik opravljal pogrebno dejavnost, očitno, da gre za prehodno stanje. Tega ne more spremeniti dejstvo, da oblasti v delovanje pritožnika in njegovega podjetja v vsem tem obdobju niso posegale. Po drugi strani oblasti niso z ničemer zbudile pri pritožniku prepričanja, da bo s svojo dejavnostjo lahko nadaljeval po uveljavitvi nove ureditve in so ga tudi sproti obveščale o učinkih zadevnih odlokov na njegovo dejavnost. Pritožnik tudi ni izkazal nekonsistentnosti pri implementaciji Zakona o gospodarskih javnih službah na tem področju s strani različnih občin, tako da bi pokazal, da so nekatere med njimi zavrnile uvrstitev pogrebnih storitev med gospodarske javne službe.

Na podlagi povedanega ESČP ni moglo ugotoviti, da je imel pritožnik utemeljeno pravno pričakovanje, da bo lahko nadaljeval s svojo pogrebno dejavnostjo. V nasprotnem primeru bi namreč lahko govorili o njegovi pričakovani pravici ter o retroaktivnem učinkovanju nove ureditve na njegov položaj (neprava retroaktivnost). Pri tem se ESČP sklicuje na standarde, ki jih je glede tega določilo v svojih odločitvah v zadevah *Öneryıldız proti Turčiji* in *Zhigalev proti Rusiji* z dne 6. julija 2006. Glede na to izpodbijani odlok Mestne občine Novo mesto in dejanja javnega podjetja, ki so preprečila pritožniku nadaljevanje pogrebnih dejavnosti, ni mogoče obravnavati kot takšen poseg v pritožnikovo »lastnino«, ki bi bil v nasprotju s 1. členom protokola št. 1 k EKČP. ESČP je zato soglasno ugotovilo, da ni prišlo do kršitve 1. člena protokola št. 1 k EKČP.

**S tem je ESČP ne samo ugotovilo, da je opravljanje pogrebne in pokopališke dejavnosti kot občinske javne službe skladno z EKČP, temveč tudi, da v konkretnem primeru, ko je šlo za onemogočanje nadaljevanja uveljavljene pogrebne dejavnosti pritožnika in njegovega podjetja, ni prišlo do takšnega posega v njuno dejavnost, ki bi bil v neskladju z EKČP (1. člen protokola št. 1) in s standardi, ki jih je v svojih sodbah uveljavilo ESČP.** Na podlagi obravnave posega v premoženje pritožnika je ESČP soglasno ocenilo kot očitno neutemeljeno tudi njegovo zatrjevanje, da mu je bil kršen 14. člen EKČP, ki prepoveduje diskriminacijo.

ESČP se je do pravic posameznika v zvezi s smrtjo opredeljevalo tudi v drugih zadevah. Tako je na primer ugotovilo kršitev 8. člena EKČP, kadar se država ne odzove z dovolj občutljivosti do posameznikov, ki so izgubili ožjega sorodnika. Oblasti morajo ob smrti bližnjega sorodnika in žalovanju ob tem dogodku z ustreznimi

ukrepi zagotoviti spoštovanje zasebnega in družinskega življenja prizadetih oseb<sup>26</sup>. Kršitev EKČP je sodišče ugotovilo tudi v primeru, ko oblasti zaradi trajanja preiskave staršem sedem mesecev niso vrnile trupla hčerke, ki je umrla v bolnišnici<sup>27</sup> in v primeru, ko so pristojni organi brez obvestila staršem mrtvorojenega otroka njegove posmrtno ostanke z neprimernim vozilom prepeljali in nato pokopali na skupnem grobišču<sup>28</sup>.

### **1.3. Položaj pogrebne dejavnosti v pravu Evropske unije in praksi Sodišča Evropske unije**

Na področju prava Evropske unije ne obstajajo posebni predpisi, ki bi posebej urejali področje pogrebne dejavnosti. Organiziranost na tem področju definirajo kulturne in demografske značilnosti posameznega okolja oz. držav. Mnogim od njih je skupno, da imajo – prav zaradi izjemne občutljivosti tematike in narave dejavnosti – dejavnost regulirano oz. vzpostavljene mehanizme za zaščito svojih državljanov. Gre torej za drugačno zamisel delovanja prostega trga. Na primer: svojec se za storitve ne odloča v najbolj tragičnem trenutku (kar uvaja slovenski zakon), temveč že vnaprej – prek zavarovanja si izbere zavod ali organizacijo za izvedbo storitev, kar je seveda bistvena razlika. Takšno prakso srečamo v Avstriji, Italiji, Španiji. Na Norveškem je vzpostavljen vmesni člen med naročnikom pogreba in pogrebnim podjetjem (t. i. agencije), ki za svojce opravi primerjavo cen in storitev med pogrebnimi podjetji, zato se za pogrebne storitve uporabljajo splošni predpisi EU, tako da Sodišče Evropske unije (v nadaljevanju Sodišče EU) v vsaki zadevi posebej ocenjuje, ali se predpis uporablja tudi za tovrstne storitve. Bistveno vprašanje je, kakšne narave so pogrebne storitve. Koristna merila za presojo tega vprašanja izhajajo iz sodne prakse, v kateri je Sodišče EU razlagalo predpise EU s področja prava varstva konkurence, javnih naročil in ureditve davka na dodano vrednost. Iz sodne prakse na teh področjih zlasti izhaja, da gre za storitve javne narave, s katerimi se zadovoljujejo potrebe v splošnem interesu.

Prvič, Sodišče EU je obravnavalo določbo Pogodbe o Evropski gospodarski skupnosti glede državnih monopolov tržne narave glede pogrebnih storitev. Prvi odstavek 37. člena določa, da države članice postopoma prilagodijo »vse državne monopole tržne narave«, s čimer zagotovijo, da ne bo nobene diskriminacije glede pogojev nabave in trženja blaga med državljani držav članic. Države članice se morajo na podlagi drugega odstavka 37. člena vzdržati uvajanja novih ukrepov, ki so v nasprotju z načeli iz prvega odstavka 37. člena.

Tako je v sodbi v zadevi *Bodson*<sup>29</sup> glede službe za pogrebniške storitve (fr. *service externe des pompes funèbres*) ocenilo, da 37. člen Pogodbe EGS vključuje zlasti položaje, v katerih državni organi nadzorujejo ali usmerjajo menjavo med državami

<sup>26</sup> Sodba ESČP v zadevi *Hachette Filipacchi Associes* proti Franciji z dne 14. 7. 2007

<sup>27</sup> Sodba ESČP v zadevi *Pannullo in Forte* proti Franciji z dne 30. 10. 2001

<sup>28</sup> Sodba ESČP v zadevi *Hadri–Vionnet* proti Švici z dne 14. 2. 2008

<sup>29</sup> Sodba z dne 4. maja 1988 v zadevi *Bodson*, 30/87, Recueil, str. 247.

članicami ali nanjo občutneje vplivajo prek organa, ki ga ustanovijo, ali monopola, ki ga lahko izvajajo podjetja ali lokalne skupnosti. Sodišče EU je v primeru storitev že ugotovilo, da lahko vpliv na menjalne tokove med državami članicami obstaja v tem, da zadevne dejavnosti vodijo k razdelitvi skupnega trga, s tem pa je omejen prosti pretok storitev, ki je eden od ciljev Pogodbe.<sup>30</sup>

V tej zadevi je bilo eno od bistvenih pravnih vprašanj to, ali storitve pogrebne dejavnosti spadajo na področje uporabe te določbe. **Sodišče EU je razsodilo, da pogrebna dejavnost ne spada na področje uporabe tega člena.** Šlo je za koncesije, ki jih je občina na podlagi nacionalnega zakona podelila podjetjem iz iste skupine za opravljanje pogrebne dejavnosti. Lokalne skupnosti so imele na izbiro, da te storitve same opravljajo oziroma določijo, da jih lahko opravlja vsakdo ali pa njihovo izvajanje s koncesijo podelijo zasebnim podjetjem.<sup>31</sup> Pri tem iz navedene sodbe tudi izhaja, da je pogrebna dejavnost javna storitev.<sup>32</sup>

Opozoriti je treba, da se v pravu EU o varstvu konkurence pojem podjetje uporablja tudi za javna podjetja.<sup>33</sup> V primeru Luksemburga je občinska uredba<sup>34</sup> določala, da lahko prevoze pokojnikov na območju mesta in do mestnih pokopališč opravlja le mestna uprava, razen če se prevoz opravi brez prekinitve z območja druge občine. Ta uredba je imela za posledico, da druga pogrebna podjetja niso smela prevažati trupel pokojnikov na območju mesta Luksemburg, razen če je bilo treba truplo prepeljati z območja druge občine na pokopališče, ki je na območju mestne občine Luksemburg. Na podlagi sodne prakse sodišča EU<sup>35</sup> je Svet za konkurenco Velikega Vojvodstva Luksemburg odločil, da prevoza pokojnikov na območju Občine mesta Luksemburg ne sme opravljati le javno podjetje, ki ga je ustanovila občina, temveč imajo to pravico tudi ostala podjetja.<sup>36</sup>

Drugič, Sodišče EU je glede pogrebnih storitev razlagalo člen 1, pod b), direktive 93/36.<sup>37</sup> Ta določa, da (b) "naročniki" lahko pomenijo državo, regionalne in lokalne oblasti, osebe javnega prava, združenja, ki jih oblikuje ena ali več takšnih oblasti ali oseb javnega prava; "oseba javnega prava" pomeni lahko katerokoli osebo, ki je ustanovljena s posebnim namenom zadovoljevanja potreb v splošnem interesu, ki ni predelovalne oziroma trgovinske narave; je pravna oseba; in jo v glavnem financirajo država, regionalne ali lokalne oblasti ali druge osebe javnega prava ali so pod upravljavskim nadzorom teh oseb ali imajo administrativni, upravni ali nadzorni

<sup>30</sup> Sodba v zadevi *Bodson*, op. cit., točka 24.

<sup>31</sup> Prav tam, točki 13 in 14.

<sup>32</sup> Prav tam, točka 18 in točka 1 izreka.

<sup>33</sup> Glej slovar konkurenčnega prava Unije, ki je dostopen na:

[http://www.konkurencnopravo.eu/uploads/files/GLOSSARY\\_Sl.pdf](http://www.konkurencnopravo.eu/uploads/files/GLOSSARY_Sl.pdf)

<sup>34</sup> Z dne 2. junija 2014.

<sup>35</sup> Sodba z dne 23. aprila 1991 v zadevi *Hoefner in Elser*, C-41/90, Recueil, str. I-1979.

<sup>36</sup> Odločba z dne 16. januarja 2015, št. 2015-E-01, dostopna na [www.concurrence.lu](http://www.concurrence.lu).

<sup>37</sup> Direktiva Sveta 93/36/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov oddaje javnih naročil blaga, UL L 199, 9.8.1993, str. 1.

organ, v katerega več kot polovico članov imenujejo država, regionalne ali lokalne oblasti ali druge osebe javnega prava.

V zadevi *Truley*<sup>38</sup> je bilo eno od bistvenih vprašanj, ali lahko država s pogrebno dejavnostjo zadovoljuje potrebe splošnega interesa. Generalni pravobranilec je pozitivno odgovoril na to vprašanje. Poleg tega je omenil, da kot dejavnosti v splošnem interesu prebivalstva, ki jih je Sodišče EU kot take v svoji sodni praksi že opredelilo, spadajo tudi tiskanje uradnih dokumentov, kot so potni listi, vozniška dovoljenja in osebne izkaznice, pobiranje in obdelava komunalnih odpadkov, vzdrževanje državnih gozdov, podpora gozdni industriji, upravljanje univerze, upravljanje javnih telekomunikacijskih omrežij, dejavnost uradov za prostorsko načrtovanje in gradnjo objektov in delniške družbe za gradnjo neprofitnih stanovanj, ki vodi gradnjo socialnih stanovanj in organizacijo sejmov in razstav.<sup>39</sup>

Sodišče EU je sprejelo predlog generalnega pravobranilca. **V sodbi je tako ocenilo, da lahko država s pogrebno dejavnostjo (fr. *activités mortuaires et pompes funèbres*) zadovoljuje »potrebe v splošnem interesu« v smislu navedene določbe Direktive 93/36. In sicer gre za potrebe, ki jih država zadovoljuje na drugačen način kot pa prek ponudbe in povpraševanja storitev in blaga, zato jih večinoma sama opravlja, lahko jih pa tudi zaupa tretjim.**<sup>40</sup> Tako ima interes, da zaradi razlogov varovanja javnega zdravja in higiene sama opravlja te storitve, če pa njihovo izvajanje zaupa tretjemu, pa želi pri tem obdržati pomemben nadzor nad njihovih izvajanjem.<sup>41</sup> Sodišče EU je to utemeljitev podkrepilo z dodatno oceno, da ima lokalna skupnost zakonsko obveznost, da opravi pokop in po potrebi tudi nosi njegove stroške, če ta ni opravljen v določenem času po smrti, kar je le še dodaten pokazatelj, da gre za zadovoljevanje potreb v splošnem interesu.<sup>42</sup> Poleg tega so te storitve povezane z javnim redom, saj ima država interes, da glede njih predvidi izdajanje potrdil, med katere spadajo tudi rojstni in mrliški listi.

Okoliščina, da je na zadevnem področju razvita konkurenca, je sicer pomembna, vendar pa ne vpliva na oceno o tem, ali pogrebne storitve spadajo na področje »dejavnosti v splošnem interesu«. Sodišče EU je tudi povzelo določbe zadevnega nacionalnega predpisa, iz katerega izhaja, da pogrebna dejavnost obsega izvajanje pogrebnih slovesnosti, prevoz trupel ali pepela do kraja zadnjega počitka, odprtje in zaprtje grobov, pri čemer so položitev trupel ali posutje pepela ter zasutje jame dolžnosti, ki so naloga javnega organa oziroma podjetja, ki ga ta organ pooblasti.<sup>43</sup> Sodišče EU je poudarilo, da za omenjeno pravno kvalifikacijo ni odločilno, če predstavljajo storitve v zvezi z ravnanjem s pokojnikovim truplom (*préstations mortuaires*) zelo majhen delež v primerjavi z ostalimi storitvami pogrebnega podjetja.

<sup>38</sup> Sodba sodišča z dne 27. februarja 2003 v zadevi *Truley*, C-373/00.

<sup>39</sup> Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Alberja z dne 21. marca 2002 v zadevi *Truley*, točka 64.

<sup>40</sup> Sodba z dne 10. novembra 1998 v zadevi *BFI Holding*, C-360/96, Recueil, str. I-6821.

<sup>41</sup> Sodba v zadevi *Truley*, op. cit., točke od 51 do 53.

<sup>42</sup> Prav tam, točka 57.

<sup>43</sup> Prav tam, točka 55.

Opozorilo je, da je pomembno, da podjetje še naprej zagotavlja storitve, ki so namenjene zadovoljevanju potreb v splošnem interesu.<sup>44</sup>

Tretjič, Sodišče EU je v zadevi *Komisija proti Francoski republiki*<sup>45</sup> ocenilo, da obdavčitev z davkom na dodano vrednost storitev prevoza pokojnikov z vozilom po stopnji, ki je nižja od tiste, po kateri so obdavčene druge zunanje storitve pogrebnega zavoda<sup>46</sup>, ni v neskladju z ustreznimi določbami Direktive 2006/112.<sup>47</sup> Prevoz trupa z vozilom kot dejavnost prevoza se namreč razlikuje od drugih storitev, ki jih lahko opravljajo podjetja, ki se ukvarjajo z zunanjo pogrebno dejavnostjo, kot so ureditev pokojnika, uporaba mrtvašnic, organizacija pogrebov ter pokop ali upepelitev.<sup>48</sup> Prav tako se razlikuje od prenosa trupel z nosači, saj tega prenosa, ki je po svoji naravi omejen na kratke razdalje, ne opravi nujno podjetje, ampak ga je mogoče zaupati svojcem pokojnika.<sup>49</sup>

Iz navedene sodne prakse Sodišča EU izhaja, da se splošna pravila prava EU s področij konkurence, javnih naročil in davka na dodano vrednost uporabljajo tudi za pogrebne storitve. To sodno prakso in druga splošna pravila prava Unije, kot so na primer pravila o prostem pretoku storitev, je treba v skladu s členom 3.a Ustave upoštevati pri razlagi oziroma odločanju o veljavnosti nacionalnih predpisov s področja pogrebne dejavnosti. Iz omenjenih sodb tudi izhaja, da **je pogrebna dejavnost javna dejavnost, ki taka ostane tudi, če lokalna skupnost njeno izvajanje zaupa tretjim, ker država oziroma lokalne skupnosti prek pogrebne dejavnosti zadovoljujejo potrebe v splošnem interesu.**

#### **1.4. Vpliv prepuščanja pogrebne dejavnosti delovanju trga na financiranje občin**

Prepustitev pogrebne dejavnosti trgu ima za občine hude finančne posledice.<sup>50</sup> Po Ustavi se občina financira iz lastnih virov, občinam pa je država dolžna zagotoviti

---

<sup>44</sup> Prav tam, točka 56.

<sup>45</sup> Sodba z dne 6. maja 2010 v zadevi *Komisija proti Francoski republiki*, C-94/09.

<sup>46</sup> Člen L. 2223-19 code général des collectivités territoriales (splošni zakonik teritorialnih skupnosti) opredeljuje zunanjo službo pogrebnih zavodov tako: »Zunanja služba pogrebnih zavodov je naloga javne službe, ki zajema: prevoz trupa pred položitvijo v krsto in po njej; organizacijo pogreba; storitve ureditve pokojnika; dobavo prevlek, krst in njihovih notranjih in zunanjih dodatkov ter žar; upravljanje in uporabo mrtvašnic; dajanje na voljo mrliških vozov in žalnih vozil; dajanje na voljo osebja in predmetov ter opravljanje storitev, potrebnih za pogreb, pokop, ekshumacijo in upepelitev, razen dobave spominskih plošč, verskih simbolov, rož, različnih tiskarskih in kamnoseških del ...«

<sup>47</sup> DIREKTIVA SVETA 2006/112/ES z dne 28. novembra 2006 o skupnem sistemu davka na dodano vrednost. (UL L 347, 11.12.2006, str. 1).

<sup>48</sup> Sodba v zadevi v zadevi *Komisija proti Francoski republiki*, op. cit., točka 36.

<sup>49</sup> Prav tam, točka 37.

<sup>50</sup> Zakonodajno-pravna služba Državnega zbora je v okviru druge obravnave ZPPDej (mnenje z dne 16. maja 2016) ocenila, da je različna organiziranost pogrebne in pokopališke dejavnosti v občinah, kot jo zaznava predlagatelj na podlagi revizijskega poročila Računskega sodišča RS z dne 25. 11. 2014 (tako v uvodni obrazložitvi predloga zakona), logična posledica veljavne ureditve iz ZLS in ZGJS, kar pomeni, da pravno sistemsko sama po sebi ni sporna. Kako je organizirana pokopališka in pogrebna dejavnost, je torej odvisno od presoje in odločitve občin, ker gre v tem primeru za njihovo



dodatna finančna sredstva, ko gre za gospodarsko manj razvite občine, ki izpolnjujejo merila za pridobitev dodatnih sredstev. Dr. Janez Šmidovnik opozarja na veliko zaostajanje slovenskih občin v primerjavi z občinami in drugimi lokalnimi skupnostmi v državah, v katerih financiranje lokalne samouprave obsega nad 30 % celotnega javnega financiranja v državi (npr. Finska, Danska, Norveška, Švedska, pa tudi Velika Britanija, Irska, Nizozemska itd.).<sup>51</sup> Slovenija je globoko pod povprečjem vseh evropskih držav, ne le držav članic Evropske unije, glede deleža lokalnih proračunov v razmerju do domačega bruto proizvoda države.<sup>52</sup>

V okviru reforme lokalne samouprave je prišlo tudi do obsežnega podržavljenja občinskega premoženja.<sup>53</sup> Financiranje občin je eden od primerov, pri katerih je treba splošne in kratke ustavne določbe razlagati ob upoštevanju bolj zavezujočih določb Evropske listine lokalne samouprave, ki je od marca 1997 v Sloveniji zavezujoč akt veljavne ureditve, s katerim mora biti usklajena zakonodaja s tega področja. Po Evropski listini lokalne samouprave imajo lokalne skupnosti pravico do lastnih finančnih virov, s katerimi prosto razpolagajo. Ti viri morajo biti usklajeni z obsegom pristojnosti občin. Poleg tega morajo biti dovolj raznovrstni in prilagodljivi, da lahko občina z njimi financira uspešno opravljanje svojih nalog.

Država je dolžna finančno šibkejšim lokalnim skupnostim zagotoviti dodatna sredstva na način, ki ne zmanjšuje svobode odločanja občin. Evropska listina lokalne samouprave določa tudi, da morajo biti lokalne skupnosti na primeren način vključene s svojimi mnenji pri odločanju o financiranju občin. Iz Evropske listine končno izhaja tudi, da dotacije lokalnim skupnostim ne smejo biti strogo namenske in ne smejo posegati v temeljno pravico lokalnih oblasti, da prosto odločajo v okviru svojih pristojnosti.

Iz Ustave in Evropske listine lokalne samouprave torej izhaja, da mora sistem financiranja občin opredeliti take vrste in obseg finančnih virov, da bodo ti v sorazmerju s pristojnostmi in nalogami, ki so jim poverjene. "Izhodišča in zahteve, ki naj jih izpolni finančni sistem za učinkovito delovanje lokalne samouprave, morajo zagotoviti dovolj lastnih davčnih virov, ki zagotavljajo stabilno podlago za dolgoročen razvoj posameznega okolja".<sup>54</sup>

Primerjava navedenih določb Evropske listine lokalne samouprave z zakonsko ureditvijo financiranja občin pokaže pomembne razlike. Slednja ureditev ne zagotavlja občinam samostojnosti na področju financiranja svojih dejavnosti, ne

---

izvirno nalogo, ki jo izvršujejo samostojno, neodvisno, avtonomno. Raznolika organiziranost teh dejavnosti v praksi torej ne more biti poglobljen razlog za spremembo.

<sup>51</sup> Dr. Janez Šmidovnik, Lokalna samouprava, DZS, Ljubljana, 1995, str. 132, 133.

<sup>52</sup> Prim. podatke o tem v: dr. Stane Vlaj, Lokalna samouprava, Fakulteta za Upravo, Ljubljana, 2004, st. 119–121.

<sup>53</sup> Širše: dr. Ciril Ribičič, Centralizem zoper Slovenijo, ČZP Enotnost, Ljubljana, str. 90, 91.

<sup>54</sup> Mag. Vilma Milunovič, Premoženje in učinkovito financiranje občin, v: Vodnik po slovenski lokalni samoupravi, Ljubljana, 2001.

zagotavlja jim dovolj raznovrstnih in prilagodljivih finančnih virov in prevečkrat strogo namensko določa uporabo teh virov.<sup>55</sup>

Evropska listina vsebuje v 9. členu kar osem načel o financiranju lokalne samouprave. Finančni viri morajo biti v sorazmerju s pristojnostmi, ki jih določata Ustava in zakon; vsaj del teh virov mora biti iz krajevnih davkov in prispevkov, katerih višino lahko občine določajo same. Evropska listina zahteva, da so viri sredstev »raznovrstni in prilagodljivi«, postopki za finančno izravnano pa ne smejo zmanjševati svobode odločanja lokalnih oblasti na področju svojih pristojnosti. Subvencije in dotacije občinam ne smejo biti strogo namenske in ne smejo omejevati pravice lokalnih skupnosti, da prosto odločajo v okviru svojih pristojnosti.

V Sloveniji finančno izravnano prejema velika večina slovenskih občin. To je v očitnem neskladju z Ustavo, ki govori o dodatnih sredstvih za gospodarsko slabše razvite občine, in z Evropsko listino lokalne samouprave, ki izravnano predvideva za finančno šibkejšo lokalne skupnosti. Na prvi pogled je jasno, da ne moremo večine občin proglasiti za gospodarsko nerazvite in finančno šibke. Urad za lokalno samoupravo opozarja tudi na premajhno raznovrstnost finančnih virov občin in na neenakomerno porazdeljeno dohodnino. Na pomanjkljivosti sistema financiranja občin v Sloveniji so večkrat opozorili tudi izvedenci in organi Kongresa lokalnih in regionalnih oblasti pri Svetu Evrope. Tako je ta kongres že leta 1998 v dokumentu, ki sicer govori o regionalizaciji Slovenije, kritično opozoril na finančne težave, s katerimi se soočajo občine v Sloveniji, in izrazil obžalovanje, da niso vključene dovolj v pripravo zakonodaje in drugih aktov, ki se nanašajo na financiranje občin.

Ko presojujemo ustavnost posameznih določb Zakona o financiranju občin, se moramo zavedati, da je z vidika Ustave in Evropske listine lokalne samouprave pomanjkljiv celoten sistem financiranja občin, ki v nasprotju z načelom avtonomije lokalne samouprave pretirano podreja občine državi, kar ni mogoče razreševati z drobnimi popravki tega sistema, ampak terja celovitejšo zakonsko reformo.<sup>56</sup>

O tem Ustavno sodišče v obrazložitvi odločbe<sup>57</sup>, s katero je razveljavilo Zakon o davku na nepremičnine pravi naslednje: »Občinam je finančna avtonomija zagotovljena v 142. členu Ustave, ki izrecno določa, da se občina financira iz lastnih virov, le tistim občinam, ki zaradi slabše gospodarske razvitosti ne morejo v celoti zagotoviti opravljanja svojih nalog, država v skladu z zakonom zagotovi dodatna sredstva (predvsem sredstva finančne izravnave).« Iz takega ustavnega položaja občine izhaja, da mora biti občina sposobna zadovoljevati potrebe in interese prebivalcev na svojem območju, zato potrebuje zadostne finančne vire. Ustavno sodišče je v zvezi s presojo finančne avtonomije občin in funkcije finančne izravnave pri uresničevanju tega načela že zavzelo stališče, da je občina za uresničevanje

<sup>55</sup> Na te in druge pomanjkljivosti financiranja občin v Sloveniji opozarja Urad Vlade za lokalno samoupravo (<http://www.gov.si/loksam/FININFO/probfin.htm>).

<sup>56</sup> Prim. Pritrdilno ločeno mnenje ustavnega sodnika dr. Cirila Ribičiča v zadevi št. U-I-165/00.

<sup>57</sup> Odločba v zadevi št. U-I-313/13

lokalne samouprave odgovorna predvsem sama, na temelju prizadevanj lastnega prebivalstva in gospodarstva.<sup>58</sup> Pri presoji finančne in funkcionalne avtonomije občin v povezavi z lastnimi viri občin je Ustavno sodišče poudarilo, da ustavni položaj zagotavlja lokalni samoupravi avtonomnost oziroma neodvisnost v razmerju do države; čeprav konkretni položaj in okvire avtonomije lokalne skupnosti opredeljujejo zakoni, **zakonodajalec ustavno določenega položaja lokalnih skupnosti ne sme odvzeti niti ga ogroziti**, zato je Ustavno sodišče glede opredelitve lastnih virov iz 142. člena Ustave sprejelo stališče, da "naj bi bili lastni viri občin z občino v neposrednem razmerju; zakon bi moral določiti občino kot upravičenko neposredno na posameznem viru, četudi bi ga, tehnično gledano, pobirala država".<sup>59</sup>

Po mnenju Ustavnega sodišča zakonodajalec ni dovolj upošteval, da je davek na nepremičnine, čeprav ni namenska davščina, »vsebinsko povezan s stroški, ki jih občina namenja za oskrbo nepremičnin in s tem za ugodnosti njihovim lastnikom. Zato je razumljivo, da je v državah Evropske unije in tudi drugje po svetu davek na nepremičnine običajno občinski davek ... Iz navedenih nalog občin izhaja, da je davek na nepremičnine z občinami vsebinsko povezan, ker se z njim zagotavljajo sredstva za omogočanje smotrne in učinkovite uporabe in izkoriščanja nepremičnin na območju občin.«

Ustavno sodišče poudarja, da drugi stavek 147. člena Ustave določa, da lokalne skupnosti predpisujejo davke in druge dajatve ob pogojih, ki jih določata Ustava in zakon. To pomeni, da so lokalne skupnosti pri predpisovanju davkov vedno omejene z zakonskimi okviri, vendar hkrati tudi, da mora zakonodajalec pri določanju občinskih davkov z zakonom upoštevati ustavni položaj lokalnih skupnosti, ki jim daje tudi pravico do lastnih, avtonomno predpisanih finančnih virov, zato mora zakonodajalec pri predpisovanju davkov po prvem stavku 147. člena Ustave upoštevati ustavno določene naloge občin, kot izhajajo iz 140. člena Ustave, v povezavi z njimi pa tudi finančno avtonomijo občin po 142. členu Ustave, ki določa načelo njihovega financiranja iz lastnih sredstev. Iz ustavnosodne presoje v zvezi s tem ustavnim členom izhaja, da **mora imeti občina s svojim aktivnim ravnanjem možnost vplivati na lastne finančne vire in da je občina za uresničevanje lokalne samouprave odgovorna predvsem sama**.<sup>60</sup> Zakonodajalec mora zato pri predpisovanju občinskega davka zagotoviti ustavno določeno funkcionalno in finančno avtonomijo občin in pri davku na nepremičnine upoštevati vsebinsko povezanost predmeta obdavčitve z uresničevanjem lokalne samouprave. ZDavNepr določa, da so država in občine glede davčnih prihodkov, pobranih iz zakonsko določenih davčnih stopenj, med seboj izenačene. Vsaka raven oblasti prejme polovico teh prihodkov. Ker je davek na nepremičnine glede na neposredno vpetost predmeta obdavčitve v lokalno okolje vsebinsko povezan z uresničevanjem lokalne

<sup>58</sup> Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-43/99 z dne 10. 6. 1999, Uradni list RS, št. 59/99, in OdiUS VIII, 146.

<sup>59</sup> Odločba št. U-I-24/07, 27. točka obrazložitve.

<sup>60</sup> Odločba št. U-I-24/07, 25. in 26. točka obrazložitve.

samouprave in gre v temelju za občinski davek, bi moral pretežni del zbranih sredstev pripadati občinam. Kolikšen naj bo delež pretežnosti pripada davka na nepremičnine v korist občin, je vprašanje primernosti, torej zakonske ureditve. Zaradi izvedbe sistema delitve prihodkov iz davka na nepremičnine med državo in občinami po enakih delih ZDavNepr posledično občinam tudi ne zagotavlja zadostnih pooblastil za upravljanje davka na nepremičnine tako, da bi občine na podlagi lastnih sredstev lahko učinkovito opravljale svoje ustavne in zakonske naloge, zato sta 9. člen ter peti odstavek 6. člena v zvezi z osmim odstavkom 6. člena ZDavNepr v neskladju s 140. in 142. členom Ustave. V ustavnosodni presoji je sprejeto stališče, da sredstva iz državnega proračuna, ki so občinam le odstopljena, povzročajo odvisnost občine od države in ne uresničujejo njene odgovornosti za zagotavljanje lokalne samouprave in za zagotavljanje za to potrebnih sredstev<sup>61</sup>. Glede na to je ureditev prehodnega obdobja po tretjem odstavku 25. člena in po tretjem odstavku 26. člena ZDavNepr v neskladju s 138., 140. in 142. členom Ustave. Navedeno kaže, kako celovito in poglobljeno presoja Ustavno sodišče zakonske posege v finančno avtonomijo občin in v vzpostavljeno ravnovesje med pristojnostmi in finančnimi sredstvi za njihovo izvrševanje.

Javna podjetja, ki povečini delujejo v mestnih in drugih večjih občinah, poudarjajo, da sta pogrebna in pokopališka dejavnost medsebojno tesno povezani. Poleg tega je pogrebna dejavnost bolj donosna od pokopališke, zato so v okviru dosedanje ureditve s pretakanjem dela prihodkov iz pogrebne dejavnosti v precejšnji meri financirali tudi pokopališko dejavnost in investicije (širjenje pokopališč ipd.) na tem področju. Zasebni podjetniki bodo dobiček iz pokopališke dejavnosti porabili drugače in ga ne bodo usmerjali v pokopališko dejavnost, ki ostaja v rokah občin. Poleg tega javna podjetja, ustanovljena tako za pogrebno kot za pokopališko dejavnost, ne bodo mogla enakopravno konkurirati zasebnim podjetnikom. Slovenska zakonodaja gospodarske družbe, ki izvajajo isto dejavnost, obravnava različno, po merilu lastništva. Javna podjetja so na primer zavezanci za posredovanje informacij po Zakonu o dostopu do informacij javnega značaja (v nadaljevanju: ZDIJZ)<sup>62</sup>, zasebna, ki pogrebno dejavnost izvajajo na prostem trgu, pa ne. Še v bolj neenakopravnem in podrejenem položaju so javna podjetja pri nabavi materiala in storitev, ki jih morajo, tudi za tiste, ki jih prodajajo na prostem trgu, nabavljati po Zakonu o javnem naročanju<sup>63</sup> (v nadaljevanju: ZJN-3). To pa jim povzroča dodatne stroške in ne vodi nujno v doseganje najnižje cene, saj odločajo tudi drugi dejavniki, npr. pravilno izpolnjene formalnosti. Kolikor se torej pogrebna dejavnost prenaša na tržišče, so občine dolžne zagotoviti dodatna sredstva za delovanje pokopališke dejavnosti. Tudi zato je poseg v pristojnosti občin na področju pogrebne dejavnosti zanje posebej boleč in finančno zahteven zalogaj.

---

<sup>61</sup> Odločba št. U-I-24/07, 27. točka obrazložitve.

<sup>62</sup> Uradni list RS, št. 51/06 – uradno prečiščeno besedilo, 117/06 – ZDavP-2, 23/14, 50/14, 19/15 – odl. US in 102/15.

<sup>63</sup> Uradni list RS, št. 91/15.

V zvezi s tem v Zbornici komunalnega gospodarstva Gospodarske zbornice Slovenije poudarjajo,<sup>64</sup> da pri delovanju javnih podjetij ne gre za monopol, pač pa za najbolj optimalno organiziranost pogrebne in pokopališke dejavnosti kot občinske javne službe. V okviru sedanje organiziranosti namreč dobiček opravljanja pogrebne dejavnosti oz. tržnega dela pogrebne dejavnosti pokriva izgubo v pokopališki dejavnosti in tako omogoča nižje grobnine oz. višji standard vzdrževanja pokopališč, nižje cene osnovnih standardnih pogrebov, financiranje obnove in razvoja pokopališke infrastrukture. Pri pogrebni in pokopališki dejavnosti gre namreč za eno samo, med seboj neločljivo povezano dejavnost. Urejanje pogrebne dejavnosti kot tržne dejavnosti pa bi vodilo v ločevanje dejavnosti, kar bi lahko vodilo v propadanje pokopališč in v višanje cen pokopaliških in pogrebnih storitev. Če bo pogrebna dejavnost prišla v roke zasebnikov, bodo namreč ti dobiček obdržali zase in ga ne bodo vlagali v vzdrževanje pokopališč, javne gospodarske službe pa ne bodo imele zadostnih virov za vzdrževanje, **kar bo najbolj prizadelo državljane, ki bodo morali za storitve plačevati več.** O tem pričajo tudi številni primeri iz tujine. Po podatkih Združenja pomembnih evropskih pokopališč ASCE so se cene v tujini po ločitvi pogrebne in pokopališke dejavnosti v dveh letih povečale tudi za 30 %, v Veliki Britaniji pa so kot posledice ločevanja dejavnosti pokopališča skoraj v celoti propadla.

V razpravah o predlogu ZPPDej je bilo v občinah izraženih veliko pomislekov in očitkov o tem, da gre za izkoriščanje težkega položaja, v katerem se znajdejo svojci umrlega, o trgovanju s smrtjo in o smrti, razumljeni kot priložnosti za zaslužek. Konkretni primeri kažejo, kam lahko pripelje opravljanje pogrebne dejavnosti, kadar zasebna podjetja optimizirajo poslovanje na način, da je v ospredju samo kovanje dobička: na primer hramba trupel na domu podjetnika, ki bi rad prihranil pri prevozu trupel, odvoz napačnega trupla na upepelitev,<sup>65</sup> hranjenje žare med čistili, izvajanje pogrebov s praznimi okrasnimi žarami, jemanje okrasnih žar iz groba po pogrebu in njihovo ponovno prodajanje ter naknadno, po opravljenem pogrebu, vstavljanje osnovnih žar v grob,<sup>66</sup> neupepeljevanje trupel in njihovo skladiščenje,<sup>67</sup> prodajanje trupel brez vedenja in dovoljenja svojcev,<sup>68</sup> prodajanje neustreznih krst in posledično padanje pokojnikov iz njih,<sup>69</sup> neizvedba naročenih storitev, npr. pevcev, govorcev, cvetja in celo pogrebcev ter obveščanje svojcev o smrti s strani zasebnega pogrebnega podjetja, še preden jih je o tem obvestila bolnišnica,<sup>70</sup> pretepu dveh zasebnih pogrebnikov za truplo pokojnika pred očmi svojcev<sup>71</sup> itd.

---

<sup>64</sup> [https://www.gzs.si/Portals/Portal-Mediji/Vsebine/novice-priponke/Pogrebna\\_in\\_pokopaliska\\_dejavnost\\_morata\\_ostati\\_urejeni\\_kot\\_celovita\\_dejavnost.pdf](https://www.gzs.si/Portals/Portal-Mediji/Vsebine/novice-priponke/Pogrebna_in_pokopaliska_dejavnost_morata_ostati_urejeni_kot_celovita_dejavnost.pdf)

<sup>65</sup> Plameni so požrli napačno truplo, Slovenske novice, 3. 3. 1995.

<sup>66</sup> Bojan Rajšek, Po pogrebu med čistili našla žaro s pepelom, Delo, 14. 1. 2016, Bojan Rajšek, Pogrebnik v grob vstavljaj prazne žare, Delo, 4. 2. 2016, in Tanja Jakše Gazvoda, Pogrebnik tri leta ne sme pokopavati, Slovenske novice, 30. 9. 2016.

<sup>67</sup> V pogrebnem zavodu našli trupla, ki bi morala biti že davno kremirana, 24ur.com, 31. 5. 2015.

<sup>68</sup> POP TV, 24 ur zvečer, 18. 11. 2015.

<sup>69</sup> Nedeljni telegraf, NT istražuje: Kolika je cena smrti u Srbiji, 9. 11. 2005.

<sup>70</sup> Mojca Marot, Se bo laška lučka upihnila sama?, Direkt, 25. 9. 2001.

<sup>71</sup> Domen Mal, Posli: Pogrebne zdrahe ob truplu Jožefe, Slovenske novice, 30. 8. 2005.

Razprava o predlogu ZPPDej v občinah je opozorila na to, da zakonski predlog na področju pogrebne dejavnosti prepušča občinam samo še tisto, kar je vsebinsko in finančno zahtevno in ni dobičkonosno (Občina Brežice). V Velenju poudarjajo, da so se do zdaj »sredstva za zgraditev ali razširitev pokopališča zagotavljala tudi delno iz sredstev, ki so jih krajevne skupnosti oziroma komunalna podjetja pridobila z izvajanjem pogrebne dejavnosti«. V večini občin opozarjajo, da bo nova ureditev vodila do povišanja cen, ker bo treba v cene najemov grobov in uporabe pokopaliških objektov vključevati tudi stroške za širitev pokopališč in njihove infrastrukture. Prepričani so, da pogrebne dejavnosti ne gre prepuščati trgu, ker bo izvajalec pokopališke dejavnosti – upravljavec pokopališča bolj obremenjen (Slovenske Konjice): nanj se prenašajo organizacijske in izvedbene naloge, pogrebna dejavnost, ki je dohodkovno zanimiva, pa se prepušča prosti konkurenci na trgu.

Državni svet je večkrat poudaril, da je zaradi »občutljivosti stanja, v katerem se znajdejo svojci kot naročniki pogrebnih storitev, nujno ponovno proučiti predlagano uvedbo proste konkurence na trgu pogrebnih storitev. Medtem ko zasebni sektor izkazuje za pogrebno dejavnost zaradi možnosti zaslužka velik interes, pa za pokopališko dejavnost zaradi nedobičkonosnosti pretiranega zanimanja ni zaslediti. Javni interes ni le v zagotavljanju pogrebnih storitev pod enakimi pogoji, ampak tudi v urejenosti pokopališč«.

S tem se nekdanje načelo, po katerem je bila pogrebna dejavnost občinska javna služba, trgu pa je bila prepuščena samo, če javne službe ni bilo mogoče izvajati, spreminja v svoje nasprotje: zdaj je pogrebna dejavnost z ZPPDej prepuščena trgu, razen takrat, ko za zasebne podjetnike ni dohodkovno zanimiva. Kot ilustracijo tega je mogoče navesti določbo 6. člena, po katerem ministrstvo izdaja dovoljenja za opravljanje pogrebne dejavnosti, kadar pa naročnika pogreba ni, je dolžna vskočiti občina, da prijavi pogreb (13. člen) in plača njegove stroške (16. člen). Tisto, kar je dohodkovno zanimivo, se izvaja na prostem trgu ob aktivni vlogi državnih organov, tisto, kar predstavlja strošek, pa naj se še naprej izvaja kot komunalna dejavnost.

Negativne finančne posledice za naročnike pogrebnih in pokopaliških dejavnosti za občine in javna podjetja in za zagotavljanje razvoja pokopališke dejavnosti dodatno utemeljujejo, da gre pri prepustitvi pogrebne dejavnosti trgu (drugi odstavek 5. člena ZPPDej) za nesorazmeren poseg v položaj občin, saj jih dodatno finančno obremenjuje, povzročila pa bo tudi povišanje cen pogrebnih in pokopaliških storitev, zato je drugi odstavek 5. člena ZPPDej v neskladju s 142. členom Ustave in z 9. členom Evropske listine lokalne samouprave.

### 1.5. Prepuščanje pogrebne dejavnosti delovanju trga in človekovo dostojanstvo

Nora Jacobson je na podlagi številnih definicij človekovega dostojanstva opredelila pojem človekovega dostojanstva (Human dignity) kot prirojeno in neodtujljivo vrednoto, ki pripada vsakemu človeku že zato, ker je človek. O družbenem dostojanstvu pa lahko po njenem mnenju govorimo takrat, kadar neka družba temelji na človekovem dostojanstvu in ga priznava.<sup>72</sup>

Človekovo dostojanstvo ni samo z Ustavo določena pravica (34. člen Ustave govori o tem, da ima vsakdo pravico do osebnega dostojanstva in varnosti), temveč je zapisana tudi v Listino temeljnih pravic v Evropski uniji (1. člen). Ustavno sodišče je že 1995 v zadevi št. U-I-266/95 opredelilo pomen človekovega dostojanstva v odločbi, s katero je ugotovilo, da vsebina zahteve za razpis referendumu o odvzemu državljanstva tistim, ki so ga pridobili ob osamosvojitvi, ni v skladu z Ustavo. Po oceni ustavnega sodišča bi odvzem državljanstva, ki ustvarja celovito razmerje med posameznikom in državo, v kateri živi, pomenil poseg v varstvo pravic zasebnosti in osebnostnih pravic, določeno v 35. členu Ustave, in v pravico do osebnega dostojanstva in varnosti iz 34. člena Ustave.

Obsežneje in bolj poglobljeno govori Ustavno sodišče o človekovem dostojanstvu v svoji odločbi v zadevi št. U-I-109/10, sprejeti 26. septembra 2011. Po njegovi oceni gre za temeljno vrednostno in pravno izhodišče slovenske demokracije. Gre za najbolj elementarna vprašanja o odnosu države oziroma oblasti do posameznika, o položaju in pomenu človeka in človečnosti v državi ter nasploh o temeljnem namenu svobodne in demokratične države. Ustavno sodišče poudarja: »Spoštovanje človekovega dostojanstva (*human dignity*, *Menschenwürde*) je pravno-etični temelj sodobnih držav, ki temeljijo na konceptu ustavne demokracije, tj. na predpostavki, da mora biti oblast omejena z nekaterimi temeljnimi pravicami in svoboščinami, ki človeku pripadajo zaradi njegove lastne vrednosti. Zavedanje, da je človekovo dostojanstvo najvišja etična vrednota in da mora biti spoštovanje človekovega dostojanstva merilo in omejitev za delovanje državne oblasti, se je zlagoma krepilo skozi stoletja. EKČP sicer ne omenja izrecno človekovega dostojanstva, vendar pa države pogodbenice v preambuli izražajo "globoko vero v temeljne svoboščine, na katerih temeljita pravičnost in mir v svetu", in navdih za sprejetje konvencije iščejo v "skupni dediščini idealov in političnega izročila o spoštovanju svobode in vladavine prava".

Skladno s tem duhom privrženosti človekovim pravicam je tudi ESČP v svojih sodbah jasno potrdilo, da je bistvo EKČP v spoštovanju človekovega dostojanstva. Tudi Listina Evropske unije o temeljnih pravicah, ki je z uveljavitvijo Lizbonske pogodbe

---

<sup>72</sup> Nora Jacobsen, Dostojanstvo in zdravje – pregled, v: Človekovo dostojanstvo in duševno zdravje, ur. dr. Andraž Teršek, Revus št. 10/2009, str. 40, 41.

postala zavezujoč del prava Evropske unije, v preambuli navaja, da "Unija, ki se zaveda svoje duhovne in moralne dediščine, temelji na nedeljivih in univerzalnih vrednotah človekovega dostojanstva, svobode, enakopravnosti in solidarnosti; temelji na načelu demokracije in na načelu pravne države.« Po mnenju Ustavnega sodišča je človekovo dostojanstvo v središču ustavnega reda Republike Slovenije. Njegov etični in ustavnopravni pomen izhaja že iz Temeljne ustavne listine (TUL), ki ni samo ustavnopravni temelj slovenske državnosti, temveč so v njej načrtana nekatera načela, ki izražajo temeljno (ustavno)pravno kakovost nove samostojne in neodvisne države. Ta nova ustavnopravna kakovost nove države je še bolj jasno izražena v Deklaraciji ob neodvisnosti<sup>73</sup>, ki je bila sprejeta hkrati s TUL (25. junija 1991) in v kateri je takratna Skupščina Republike Slovenije poudarila zavezanost Slovenije k spoštovanju človekovih pravic in temeljnih svoboščin ter njeno usmerjenost k vstopu v mednarodne organizacije, ki temeljijo na spoštovanju človekovega dostojanstva in ki v svojih aktih določajo temeljne mednarodnopravne standarde varstva človekovih pravic. Ustavno sodišče poudarja, da gre za posebno ustavnopravno načelo, ki je utemeljeno že v 1. členu Ustave, ki Slovenijo opredeljuje kot demokratično republiko. Načelo demokratičnosti (s katerim so najtesneje povezana tudi druga ustavna načela, kot so načela pravne države iz 2. člena Ustave in načelo delitve oblasti iz drugega stavka drugega odstavka 3. člena Ustave po svoji vsebini in pomenu presega opredelitev državne ureditve kot zgolj formalne demokracije, v kateri se zakoni in drugi predpisi sprejemajo po večinskem pravilu. Nasprotno, načelo demokratičnosti vsebinsko opredeljuje Republiko Slovenijo kot ustavno demokracijo, torej kot državo, v kateri je ravnanje oblastnih organov pravno omejeno z ustavnimi načeli ter človekovimi pravicami in temeljnimi svoboščinami, in to prav zato, ker sta človek in njegovo dostojanstvo v središču njenega obstoja in delovanja. V ustavni demokraciji je človek subjekt in ne objekt oblastnega delovanja, njegova (samo)uresničitve kot človeka pa je temeljni namen demokratične ureditve.«

Na človekovo dostojanstvo kot osrednjo vrednoto ustavne ureditve naletimo tudi, ko gre za urejanje pogrebne in pokopališke dejavnosti. V zvezi s tem pravi Ustavno sodišče, da je odnos do mrtvih eno temeljnih civilizacijskih vprašanj, zato pri normativnem urejanju obstaja močan javnopravni interes, ki od države zahteva varovanje določene civilizacijske ravni glede ravnanja z mrtvimi.

Ustavno sodišče in Evropsko sodišče za človekove pravice poudarjata, da je pokopališka dejavnost povezana s civilizacijskim razvojem človeštva in z vprašanji dostojanstva človeka tako umrlih kot njihovih svojcev. Ustavno sodišče je v odločbi v zadevi št. Up-2155/08, z dne 1. 10. 2009, zavzelo stališče, da so pietetna čustva svojcev do pokojnika varovana v okviru njihove osebnostne pravice, natančneje v okviru osebnostne pravice do duševne integritete. Osebnostne pravice in človekova zasebnost so varovani s 35. členom Ustave. Pieteta je spoštovanje, spomin na osebnost umrlega, ki ga posameznik goji v skladu s svojim prepričanjem. Kot

---

<sup>73</sup> Uradni list RS, št. 1/91.



osebnostna pravica do duševne integritete je del njegove zasebnosti. V tem okviru sta varovana osebno čustvovanje in notranje duševno življenje. Do posega v duševno integriteto posameznika pride zlasti s kršitvijo njegovih čustev in predstav tako, da se s posegi v človekovo notranje življenje povzročijo jeza, strah, žalost, občutek manjvrednosti. Spomin na umrlega je lahko prizadet, če se npr. krši nedotakljivost posmrtnih ostankov, žali čast ali ugled umrlega, objavlja njegova slika, pismo, glas ali če se raznašajo dejstva iz njegovega osebnega in družinskega življenja. Namen pravice do pietete je tudi posmrtna zaščita osebnosti pokojnika, njegovega dostojanstva in želja, da bodo njegove odločitve, ki so bile sprejete za časa življenja, spoštovane tudi po njegovi smrti.

V odločbi Ustavnega sodišča v zadevi št. U-I-54/99, z dne 13. 6. 2002, se je Ustavno sodišče ukvarjalo z ustavnostjo posega Zakona o pogrebni in pokopališki dejavnosti iz 1984. leta v posameznikovo svobodo ravnanja in je pri tem dalo zelo velik poudarek javnopravnemu interesu pri urejanju pogrebne dejavnosti. V 13. točki obrazložitve pravi: »Odnos do mrtvih je eno temeljnih civilizacijskih vprašanj, zato pri normativnem urejanju obstaja močan javnopravni interes, ki od države zahteva varovanje določene civilizacijske ravni glede ravnanja z mrtvimi. Z drugega zornega kota to pomeni, da je država dolžna zagotavljati takšno ravnanje z mrtvimi, ki izhaja iz prevladujoče civilizacijske ravni odnosa do mrtvih na njenem območju.« Zakonodajalec je izhajal iz tega, da je treba zagotoviti, da se pokopališka in pogrebna dejavnost in seveda v tem okviru ravnanje s posmrtnimi ostanki pokojnikov opravlja tako, da sta zagotovljena spoštovanje do umrlih in njihovo dostojanstvo.

V razpravi o predlogu ZPPDej so posamezniki, občine in njihova združenja opozarjali, da so svojci umrlih čustveno prizadeti in je lažje kot sicer manipulirati z njimi, ker nimajo niti časa niti moči za raziskovanje tržišča in iskanje najboljših ponudnikov. V Gospodarski zbornici Slovenije so na primer opozorili, da jim »na prostem trgu lahko vsak ponudnik zaračuna kar hoče, poleg tega pa velikokrat prihaja do drobljenja storitev in dodajanja nepotrebnih postavk, posledica pa so višje cene.«

Glede na to, da se pogrebna dejavnost, ki se je opravljala kot javna služba in je bila kot taka že sama po sebi podvržena večjemu nadzoru (ne le inšpekcijskemu nadzoru, temveč tudi nadzoru koncedenta glede izvajanja koncesijske pogodbe, kadar je šlo za koncesionirano opravljanje pogrebne dejavnosti), z ZPPDej opredeljuje kot tržna dejavnost, ne zadostuje, da zakon glede opredelitve pietete ostaja na enaki ravni, kot je bila v ZPPDUP (v ZPPDUP je to urejal 4. Člen, in sicer praktično enako, kot je to zdaj v 2. členu ZPPDej – razen da ta omenja tudi svojce). Glede na to, da se javna služba spreminja v tržno dejavnost, bi moral ZPPDej glede na 74. člen Ustave, po katerem se gospodarska dejavnost ne sme opravljati v nasprotju z javno koristjo (če izhajamo iz tega, da je pieteta del človekovih pravic – kot jih Ustavno sodišče opredeljuje v citirani odločbi v zadevi št. Up-2155/08 – mora država, glede na dolžnost aktivnega ravnanja pri uresničevanju človekovih pravic iz

prvega stavka 5. člena Ustave tudi v normativnem smislu zagotoviti njihovo učinkovito uresničevanje), zato ni dovolj, da ZPPDej zgolj omenja **načelo pietete**, temveč bi moral vsaj določiti okvir učinkovitega uresničevanja pietete (z vidika pokojnikov in svojcev), ki bi ga lahko konkretizirala občina s pokopališkim redom in minister s predpisom iz 7. člena ZPPDej. Gre torej za opustitev dolžnosti države, ki izvira iz prvega stavka 5. člena Ustave. Okvir, ki bi ga morala država določiti, bi moral biti razviden tudi iz 7. člena ZPPDej, ki predpisuje pogoje za opravljanje pogrebne dejavnosti – zlasti tako, da bi bili predpisani ustrezni pogoji (ki bi vsaj formalno prispevali k učinkovitemu uresničevanju načela pietete) vsaj za nosilca izvajanja pogrebne dejavnosti (v primeru pravne osebe npr. njenega zastopnika, če je izvajalec fizična oseba (s.p.), pa te).

**Prepustitev pogrebne delovanju trga zato neustavno posega tudi v človekovo dostojanstvo tako umrlih kot njihovih svojcev in načelo pietete, ki sta zaradi opravljanja pogrebne dejavnosti na trgu in opustitvijo zelo pomembne vloge občin pri nadzoru nad opravljanjem te dejavnosti mnogo bolj ogrožena kot pred sprejemom ZPPDej.**

#### **1.6. Kršitev ustavnega načela sorazmernosti**

Načelo sorazmernosti sicer ni izrecno zapisano v Ustavi, vendar ga ustavnopravna teorija izpeljuje iz 2. in 15. člena Ustave. Teorija ugotavlja, da si Ustavno sodišče »pri tehtanju različnih, nasprotujočih argumentov ne more pomagati z vnaprej umerjenimi utežmi, saj se v vsakem primeru znova zastavlja vprašanje, katera pravica oziroma interes ima večjo težo. Pri tem so mu nedvomno v veliko pomoč standardi varstva človekovih pravic, ki jih je izoblikovalo Evropsko sodišče za človekove pravice. Omejevanje človekovih pravic presoja ESČP zlasti v povezanosti s tem, ali gre za ukrepe, ki so »nujni v demokratični družbi« (*necessary in a democratic society*), ali so v javnem interesu (*in the public interest*) in sorazmerni (*proportionate*), ali gre za poseg v pričakovalne pravice (*legitimate expectation, acquired rights*), ki predstavlja nujno družbeno potrebo (*pressing social need*).

Prepustitev pogrebne dejavnosti svobodni konkurenci na trgu pomeni nesorazmeren poseg in protiustavno omejevanje izvirne občinske pristojnosti. Vsa tri združenja občin (Skupnost občin Slovenije, Združenje občin Slovenije, Združenje mestnih občin Slovenije) in Gospodarska zbornica Slovenije, Državni svet in številne občine, ki so se vključevale v različnih fazah v razpravo o predlogu ZPPDej, so odločno nasprotovale takšni ureditvi pogrebne dejavnosti, ki je bila na koncu sprejeta, pristajali pa so na razne kompromisne predloge, ki bi privedli do širšega vpliva tržnih zakonitosti in konkurence na področju izvajanja pogrebne dejavnosti, ne da bi bistveno posegli v izvirno pristojnost občine.

Poleg tega je Zakonodajno-pravna služba Državnega zbora v drugi obravnavi predloga ZPPDej jasno izrazila pomisleke o ustavnosti rešitev, ki posegajo v izvirno

občinsko pristojnost na področju pogrebne dejavnosti. Omenjena služba je poudarila, da predlog zakona predstavlja poseg v avtonomijo lokalnih skupnosti, ki je lahko sporen z vidika Ustave. Po njenem mnenju je sporno, ali je ustavno skladna ureditev, po kateri se z zakonom določa ne le vsebina pogrebne in pokopališke dejavnosti, temveč v primeru pogrebne dejavnosti tudi način njenega izvajanja (vključno z vladno metodologijo za oblikovanje cene 24-urne dežurne službe iz 3. člena in določanjem minimalne cene pogreba – glej tretji odstavek 19. člena predloga zakona), saj gre za izvirno občinsko nalogo. Poleg tega sta dejavnosti, ki ju ureja predlog zakona, v praksi Ustavnega sodišča priznani in sprejeti kot dejavnosti, ki ju iz pietetnih, zdravstvenih in sanitarno-higienskih razlogov ni mogoče zagotavljati na prostem trgu.<sup>74</sup>

Ena od takšnih rešitev, ki je dobila podporo vseh navedenih institucij, je bila rešitev, po kateri bi bila pogrebna dejavnost t. i. izbirna gospodarska javna služba. To pomeni, da bi vsaka občina avtonomno odločala, ali se bo na njenem območju pogrebna dejavnost opravljala kot občinska javna služba ali pa bo prepuščena tržišču. Takšna izbira bi preprečila poseg v izvirno pristojnost občin in še naprej zagotavljala odgovornost občin ne le za izbiro načina izvajanja pogrebne dejavnosti, temveč tudi za nadzor nad njenim delovanjem, ne glede na to, ali bo občina izbrala izvajanje prek javne službe ali na trgu. Prednosti te rešitve niso samo v tem, da ohranjajo pogrebno dejavnost kot občinsko izvirno pristojnost, temveč tudi v tem, da bi bila odgovornost občine za njeno delovanje pomembnejša in učinkovitejša, pa tudi bližje prebivalcem. V takšni ureditvi bi bilo tudi več možnosti za to, da se pogrebna dejavnost izvaja v skladu z lokalnimi razmerami ter običaji in izročili.

Drugi kompromisni predlog, ki bi ga podprle občine in njihove organizacije, je bil predlog ZPPDej, ki ga je vložil poslanec Jani Möderndorfer, ki pa ga koalicijske stranke niso podprle. Bistvo njegovega predloga je bilo, da je na področju pogrebne dejavnosti dal večji poudarek javnemu interesu ter pieteti in dostojanstvu do umrlih in njihovih svojcev in v manjši meri prepuščal to dejavnost svobodnemu delovanju tržišča. S tem je upošteval široko nasprotovanje prepuščanju pogrebne dejavnosti svobodnemu delovanju tržišča in večjemu upoštevanju načela sorazmernosti. Njegov predlog zakona je temeljil na izhodiščih pretežno gospodarske javne službe oziroma ločil med pogrebno dejavnostjo, ki se opravlja na prostem trgu in pogrebno dejavnostjo, ki je predmet gospodarske javne službe, ter pokopališko dejavnostjo, ki v celoti ostaja predmet gospodarske javne službe. Zakon lokalnim skupnostim zagotavlja nadzor nad izvajanjem storitev ter nadzor nad oblikovanjem in zaračunavanjem cen storitev, hkrati pa jim dopušča možnost izbire oziroma odločitve, na kakšen način bodo opravljale pogrebno dejavnost. Za tovrsten kompromis se je zavzel tudi Državni svet, ki je ob drugi obravnavi predloga ZPPDej predlagal »bolj

---

<sup>74</sup> Mnenje Zakonodajno-pravne službe Državnega zbora o Predlogu zakona o pogrebni in pokopališki dejavnosti (ZPPDej), druga obravnava, EPA 1139-VII z dne 16. 5. 2016.

življenjsko«, lahko bi rekli bolj sorazmerno rešitev, ki bi občinam prepustila opravljanje pogrebne dejavnosti v skladu s krajevnimi običaji in izročili.

Do vprašanja sorazmernosti se je Ustavno sodišče opredelilo v več svojih odločitvah, tudi v zvezi z obravnavo ureditve pogrebne dejavnosti in spoštovanja človekove svobode ravnanja in dostojanstva. Zavzelo je stališče, da je ustavno dopusten samo takšen poseg v posameznikovo svobodo ravnanja, ki "je v skladu z načelom sorazmernosti potreben za varstvo pravic drugih"<sup>75</sup> in da je "pri ocenjevanju nujnosti posega treba tehtati pomembnost posega v ustavno pravico s pomembnostjo ustavno dopustnega cilja, ki želi zavarovati ali zagotoviti druge ustavno varovane dobrine, in odmeriti upravičenost nujnega posega sorazmerno s težo posledic"<sup>76</sup>. V drugem primeru je Ustavno sodišče poudarilo, da je treba primerjati "pomembnost s posegom prizadete pravice v primerjavi s pomembnostjo pravice, ki se s tem posegom želi zavarovati".<sup>77</sup>

Nič drugače ni, ko gre za ocenjevanje, ali je poseg v izvirne pristojnosti občine skladen z ustavnim načelom sorazmernosti. Če je širše uveljavljanje tržnih zakonitosti in konkurence mogoče obravnavati kot legitimni cilj, sprejema ZPPDej v primerih, ko občinska javna služba ne daje optimalnih rezultatov, pa je rešitev, ki praktično celotno pogrebno dejavnost prepušča prostemu delovanju tržišča, očitno nesorazmerna, tudi če pri tem ne bi šlo za protiuslavno poseganje v izvirne pristojnosti občin.

### **1.7. Nesorazmeren poseg v izvirno pristojnost občin, njihovo financiranje in človekovo dostojanstvo**

Če povzamemo: restriktivno določene pristojnosti občin v Ustavi in zakonodaji, kar je samo po sebi vprašljivo tako z vidika teorije in primerljivih evropskih ureditev kot z vidika izvrševanja obveznosti, ki izhajajo iz Evropske listine lokalne samouprave, neupoštevanje dejstva, da ureditev lokalne samouprave ni celovito urejena v skladu z Ustavo, dokler ne bo prišlo do oblikovanja pokrajin, posebna občutljivost tistih sprememb, ki posegajo v financiranje občin, vloga Ustavnega sodišča pri varstvu ustavnega položaja in pristojnosti mestnih in drugih občin, načelo subsidiarnosti, po katerem naj bi na državo prenašali samo pristojnosti, ki jih občine niso sposobne samostojno opravljati in načelo vertikalne delitve oblasti, ki poudarja pomen varstva občinskih pristojnosti pred posegi države, so nekatere bistvene okoliščine, iz katerih moramo izhajati, ko ocenjujemo ustavnost zakonskih posegov v pristojnost občin na področju pogrebne dejavnosti z ZPPDej.

Ne gre predvsem za vprašanje, v kakšni meri in pod kakšnimi pogoji je mogoče zasebno delo v pogrebni dejavnosti, kot gre za vprašanje, kdo je tisti, ki odloča, ali se

---

<sup>75</sup> Sklep št. U-I- 234/97.

<sup>76</sup> Odločba v zadevi št. U-I-141/97.

<sup>77</sup> Odločba št. U-I-137/93.

bo ta dejavnost lahko izvajala na tržišču ali pa bo ostala organizirana kot občinska javna služba. Gre torej za vprašanje, ali bo o tem odločala država z zakonom ali bo to še naprej ostajala izvirna pristojnost občin. Nič ni narobe, če zakon določa nekatere pogoje in standarde, ki jih morajo izpolnjevati tisti, ki želijo opravljati zasebno delo na področju pogrebne dejavnosti. Tudi ni nič narobe, če država za primere, kjer se bo pogrebna dejavnost odvijala na trgu, predpiše svobodno vključevanje tujih podjetnikov v to dejavnost. Vse to prispeva k rednemu in korektnemu opravljanju tako občutljivih dejavnosti, kot sta pogrebna in pokopališka, in je občinam v oporo in pomoč. Napačno in v neskladju z Ustavo pa je, če država preprečuje občinam, da bi organizirala pogrebno dejavnost kot posebej občutljivo dejavnost, ki terja dobro poznavanje krajevnih razmer in za katero obstoja močan družbeni interes, povezan s spoštovanjem načela pietete in človekovega dostojanstva umrlih in njihovih svojcev tako, kot najbolj ustreza prebivalcem posamezne občine.

**Prepustitev pogrebne dejavnosti delovanju trga je zato v neskladju z ustavnimi določbami o lokalni samoupravi in njenem financiranju (140. in 142. člen Ustave), z ustavnim načelom sorazmernosti, pravico do osebnega dostojanstva ter človekove telesne in duševne celovitosti iz 35. člena Ustave, in z Evropsko listino lokalne samouprave. Takšen sklep temelji tudi na praksi najvišjih sodnih instanc, na primer Ustavnega sodišča glede pomena načela pietete in človekovega dostojanstva, Sodišča EU glede tega, da je pogrebna dejavnost splošnega pomena, in ESČP, ki je branilo upravičenost opravljanja pogrebne dejavnosti kot občinske javne službe v primeru, ko je to poseglo v utečeno delovanje zasebnega podjetja.**

## **2. Neustavnost razmejitev med javno službo in tržno dejavnostjo**

Razmejitev med javno službo (obvezno občinsko gospodarsko javno službo) in dejavnostjo, ki se izvaja na trgu na področju pogrebne in pokopališke dejavnosti, je pomembna zato, ker šele na podlagi razmejitev lahko ugotovimo, kako in ali sploh lahko občina izpolni obveznosti, ki jih ji nalagajo prehodne določbe Zakona o pogrebni in pokopališki dejavnosti – ZPPDej<sup>78,79</sup>. Razmejitev je odvisna od vprašanj, kaj obsega javna služba in kje je meja med njo in dejavnostjo, ki naj ne bi bila niti javna služba niti dejavnost, ki se izvaja na trgu, temveč dejavnost, ki se opravlja kot upravljanje stvarnega premoženja po Zakonu o stvarnem premoženju države in samoupravnih lokalnih skupnosti (v nadaljevanju: ZSPDSLS<sup>80</sup>).

<sup>78</sup> Uradni list RS, št. 62/2016, veljati je začel 15. 10. 2016.

<sup>79</sup> Kot bo razvidno iz nadaljevanja, se že pri razmejitvi pojavijo notranja nasprotja, ki so posledica nejasnosti, nedoločnosti in nekonsistentnosti določb ZPPDej, kar že kaže na njihovo neskladje z načeli pravne države iz 2. člena Ustave.

<sup>80</sup> Uradni list RS, št. 86/2010, 75/2012, 47/2013 - ZDU-1G, 50/2014, 90/2014 - ZDU-1I, 14/2015 - ZUUJFO, 76/2015;

Pogrebna in pokopališka dejavnost je bila do uveljavitve ZPPDej obvezna občinska gospodarska javna služba.<sup>81</sup> ZPPDej je v 3. členu razmejil med pogrebno in pokopališko dejavnostjo. Po prvem odstavku 3. člena, ki opredeljuje pogrebno dejavnost, je obvezna občinska gospodarska javna služba samo 24-urna dežurna služba<sup>82</sup>, medtem ko preostale dejavnosti, ki sodijo v okvir pogrebne dejavnosti, kot take ne opredeljuje. Opredeljuje jih kot dejavnosti, ki se izvajajo na trgu.<sup>83</sup> To pomeni, da se je zakonodajalec odločil, da te dejavnosti niso več dejavnosti, ki predstavljajo javno službo, temveč so tržne dejavnosti.<sup>84</sup>

ZPPDej pokopališke dejavnosti izrecno ne opredeljuje kot javne službe, temveč v drugem odstavku 3. člena določa, da pokopališka dejavnost obsega upravljanje ter urejanje pokopališč, zagotavlja pa jo občina.<sup>85</sup> Zato se zastavlja vprašanje, ali je upravljanje pokopališč sploh javna služba in če ni, ali bi morala biti. To vprašanje se zastavlja še posebej zaradi tega, ker je zakonodajalec v prvem odstavku 27. člena ZPPDej določil, da je upravljavec pokopališča občina ali oseba javnega prava, ki jo za upravljavca določi organ, pristojen za izvrševanje proračuna občine, v skladu z zakonom, ki ureja ravnanje s stvarnim premoženjem države in lokalne skupnosti. Že ta določba sama po sebi je nejasna in nedoločna, saj ni jasno, ali se v skladu z ZSPDSLS izda akt pristojnega organa, s katerim se določi osebo javnega prava kot upravljavca pokopališča, ali pa se določbe ZSPDSLS uporabijo kot vsebinska podlaga za razmerja, ki se uredijo z aktom pristojnega organa, torej za razmerja glede upravljanja pokopališča. Če izhajamo iz namena zakonodajalca<sup>86</sup>, ugotovimo, da je imel ta očitno v mislih, da za upravljanje pokopališč, pokopaliških objektov in naprav ter druge pokopališke infrastrukture veljajo pravila ZSPDSLS. V zvezi s prvim odstavkom 27. člena ZPPDej to pomeni, da se kot upravljavec pokopališč, pokopaliških objektov in naprav ter druge pokopališke infrastrukture v občini lahko

---

<sup>81</sup> Člen 2 Zakona o pokopališki in pogrebni dejavnosti ter o urejanju pokopališč – ZPPDUP (Uradni list SRS, št. 34/1984 in nasl.) v povezavi z 68. členom Zakona o gospodarskih javnih službah – ZGJS (Uradni list RS, št. 32/1993 in nasl.).

<sup>82</sup> Tudi v prvem odstavku 5. člena ZPPDej 24-urno dežurno službo ponovno opredeli kot obvezno občinsko gospodarsko javno službo, ki se izvaja v skladu z zakonom, ki ureja gospodarske javne službe.

<sup>83</sup> V drugem odstavku 5. člena ZPPDej ostale dejavnosti (razen 24-urne dežurne službe), ki sodijo v okvir pogrebne dejavnosti (prevoz pokojnika, ki ga ne zagotavlja 24-urna dežurna služba, pripravo pokojnika, upepelitev pokojnika ter pripravo in izvedbo pogreba), opredeljuje kot pogrebno dejavnost, ki se izvaja na trgu.

<sup>84</sup> V tem delu gre torej za privatizacijo dejavnosti, ki je bila do uveljavitve ZPPDej javna služba, in ne za privatizacijo izvajanja javne službe (ki jo predstavlja npr. koncesija za izvajanje javne službe).

<sup>85</sup> Po Zakonu o lokalni samoupravi – ZLS (Uradni list RS, št. 72/1993 in nasl.) občina organizira opravljanje pokopališke in pogrebne službe (18. alineja drugega odstavka 21. člena); iz takšne dikcije ZLS izhaja, da z ZLS samim po sebi nista izrecno kot obvezna občinska gospodarska javna služba opredeljeni niti pogrebna niti pokopališka dejavnost. Ju pa uvršča med lokalne zadeve javnega pomena.

<sup>86</sup> V Predlogu za izdajo Zakona o pogrebni in pokopališki dejavnosti – prva obravnava (EVA 2014-2130-0030; št. 00726-7/2016/8 z dne 31. 3. 2016 – EPA-1139-VII) je na strani 1 zapisano, da je 2007 ZSPDSLS »na sistemski ravni celovito uredil tudi upravljanje stvarnega premoženja občin, kamor sodijo tudi pokopališča, pokopališki objekti in naprave ter druga pokopališka infrastruktura«. Vendar ZSPDSLS pokopališč, pokopaliških objektov in naprav ter druge pokopališke infrastrukture ne omenja, omenja pa komunalno infrastrukturo.

določi javno podjetje (ali druga oseba javnega prava<sup>87</sup>), glede na drugi odstavek 27. člena ZPPDej pa lahko občina za upravljanje pokopališč<sup>88</sup> pooblasti koncesionarja. V takšnem primeru lahko da občina koncesionarju v skladu z ZSPDSLS pokopališče, pokopališke objekte in naprave ter drugo pokopališko infrastrukturo tudi v najem z neposredno pogodbo po 6. alineji tretjega odstavka 29. člena.<sup>89</sup>

Z vidika upravljanja pokopališč, pokopaliških objektov in naprav ter druge pokopališke infrastrukture kot stvarnega premoženja občine, na prvi pogled ni nejasnosti. Vendar nejasnosti ni, dokler se nahajamo v polju organizacije izvajanja in nosilcev izvajanja nalog upravljanja pokopališč in organizacije. Do nejasnosti in nedoločnosti, posledično tudi do nekonsistentnosti pride, če se premaknemo v polje vsebine upravljanja oziroma nalog (storitev), ki tvorijo vsebino upravljanja pokopališča.

Po drugem odstavku 27. člena ZPPDej občina lahko pooblasti za upravljanje pokopališča koncesionarja. Koncesionar je oseba, ki na podlagi koncesijske pogodbe opravlja javno službo, zato ni jasno, ali je z navedeno določbo ZPPDej mišljen koncesionar, ki na podlagi koncesijske pogodbe opravlja 24-urno dežurno službo, ki je po prvem odstavku 5. člena ZPPDej obvezna občinska gospodarska javna služba, ki se izvaja v skladu z določbami ZGJS, ali pa je treba kot obvezno gospodarsko javno službo šteti tudi (vsaj) posamezne naloge, ki tvorijo vsebino upravljanja pokopališč, in tudi zanje velja, da se izvajajo v skladu z določbami ZGJS, čeprav jih ZPPDej ne opredeljuje kot javno službo.<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup> Po 9. točki prvega odstavka 3. člena ZSPDSLS so osebe javnega prava država, samoupravne lokalne skupnosti, Banka Slovenije, javni zavod, javni gospodarski zavod, javna agencija, javni sklad in javno podjetje. Po tretjem in četrtem odstavku 2. člena ZSPDSLS se njegove določbe o načelih ravnanja, postopkih ravnanja in evidencah premoženja iz 2., 5. in 7. poglavja uporabljajo tudi za stvarno premoženje v lasti javnih gospodarskih zavodov in javnih podjetij, če te vsebine niso s posebnim zakonom urejene drugače.

<sup>88</sup> Naloge, za izvajanje katerih lahko občina pooblasti koncesionarja na podlagi drugega odstavka 27. člena ZPPDej, predstavljajo vsebino upravljanja pokopališč, kot je opredeljena v 26. členu ZPPDej.

<sup>89</sup> ZSPDSLS dopušča neposredno pogodbo, če se javna komunalna infrastruktura odda v najem izvajalcu gospodarske javne službe – v obravnavanem primeru pokopališče, pokopališki objekti in naprave ter druga pokopališka infrastruktura koncesionarju.

<sup>90</sup> Kar samo po sebi še ne pomeni, da jih ni treba šteti za javno službo, ker gre za naloge, v okviru katerih se zagotavljajo proizvodi in storitve (javne dobrine), katerih trajno in nemoteno zagotavljanje v javnem interesu zagotavlja občina zaradi zadovoljevanja javnih potreb, kadar in kolikor jih ni mogoče zagotavljati na trgu (drugi odstavek 1. člena ZGJS). Res je, da 2. člen ZGJS določa, da se gospodarske javne službe določijo z zakoni, vendar dejstvo, da ZPPDej (določenih) nalog upravljanja pokopališč ne opredeljuje kot obvezno občinsko gospodarsko javno službo, še ne pomeni, da po naravi stvari te to niso, temveč pomeni, da je ZPPDej v neskladju z Ustavo, ker takšno normativno ureditev teh nalog terjajo 35., 51. in 72. člen Ustave, ki vsekakor predstavljajo tisto javno korist, ki jo mora zakonodajalec pri razmejitvi med javno službo in tržno dejavnostjo upoštevati na področju pogrebne in pokopališke dejavnosti. To mu nalaga tudi drugi stavek drugega odstavka 74. člena Ustave (glej npr. odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-54/99 z dne 13. 6. 2002, v kateri je Ustavno sodišče zapisalo, da je odnos do mrtvih eno temeljnih civilizacijskih vprašanj, zato pri normativnem urejanju obstaja močan javnopravni interes, ki od države zahteva varovanje določene civilizacijske ravni glede ravnanja z mrtvimi; država je dolžna zagotavljati takšno ravnanje z mrtvimi, ki izhaja iz prevladujoče civilizacijske ravni odnosa do mrtvih na njenem območju; gre za predpisovanje vsebine,

Glede na to, da se zakonodajalec v zakonodajnem gradivu glede upravljanja pokopališč sklicuje na ZSPDSLS, ki je po njegovih besedah »na sistemski ravni celovito uredil tudi upravljanje stvarnega premoženja občin, kamor sodijo tudi pokopališča, pokopališki objekti in naprave ter druga pokopališka infrastruktura«<sup>91</sup>, je bistvenega pomena za odgovor na gornje vprašanje najprej ugotovitev, ali je ZSPDSLS res celovito uredil upravljanje pokopališč, nato pa še, kaj ZSPDSLS sploh opredeljuje kot upravljanje s stvarnim premoženjem.

Ali je ZSPDSLS res celovito uredil upravljanje pokopališč? ZSPDSLS se sicer res uporablja za vse stvarno premoženje države in samoupravnih lokalnih skupnosti, vendar le, če ni s posebnim zakonom za posamezno vrsto stvarnega premoženja države in samoupravnih lokalnih skupnosti urejeno drugače (prvi odstavek 2. člena). Pri pokopališčih, pokopaliških objektih in napravah ter drugih pokopaliških objektih gre za stvarno premoženje, ki bi terjalo posebno zakonsko ureditev; že zaradi tega, ker določbe ZSPDSLS za pokopališča niso v celoti uporabne oziroma jih sploh ni mogoče uporabiti. Zagotovo ni mogoče uporabiti določb o ustanovitvi zastavne pravice na pokopališču, že zato ne, ker pokopališče ne more biti predmet prodaje za to, da bi se poplačal dolg iz dosežene kupnine. **Takšna ureditev bi bila v neskladju z zahtevo Ustavnega sodišča po varovanju dostojanstva (35. člen Ustave) pokojnikov in njihovih svojcev.** Trditev zakonodajalca, da je ZSPDSLS »na sistemski ravni celovito uredil tudi upravljanje stvarnega premoženja občin, kamor sodijo tudi pokopališča, pokopališki objekti in naprave ter druga pokopališka infrastruktura«, ne drži. Na to kažejo npr. določbe ZPPDej, ki urejajo opustitev pokopališča (52. in 53. člen), ki med drugim predvidevajo upravljavca opuščene pokopališča in 30-letno prepoved ureditve opuščene pokopališča za druge namene. Za pokopališča kot »stvarno premoženje občine« vsekakor veljajo omejitve glede upravljanja in razpolaganja z njimi, ki jih narekuje njihov namen in pomen za uresničevanje načela pietete, ki je temeljno načelo ZPPDej (pri tem je treba upoštevati tudi njihovo vlogo pri zagotavljanju pravice do zdravstvenega varstva v smislu preprečevanja širjenja bolezni). Vendar je zakonodajalec v ZPPDej to spregledal. ZPPDUP o pokopališki infrastrukturi ni imel posebnih določb glede razpolaganja z njimi, vendar to ni bilo potrebno, saj je Zakon o komunalnih dejavnostih<sup>92</sup> (v nadaljevanju: ZKD), ki je veljal v času uveljavitve ZPPDUP, v 8. členu prepovedoval razpolaganje s komunalnimi objekti in napravami, med katere so po 6. členu ZKD sodili tudi pokopališki objekti in naprave. ZGJS jih je izvzel iz lastninskega preoblikovanja (76. člen) in prenesel v lastnino občin. ZGJS sicer takšne določbe glede razpolaganja, kot jo je vseboval ZKD, nima, vendar v 7. členu najprej predvideva, da se s predpisom iz drugega odstavka 3. člena ZGJS določi tudi vrsta in

---

ki jo narekujeta izkazovanje in ohranjanje dostojanstva in spoštovanja do umrlih. Glej tudi 6., 7. in 8. točko obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-48/97 z dne 6.7.2002).

<sup>91</sup> Glej zakonodajno gradivo nav. v op. 8.

<sup>92</sup> Uradni list SRS, št. 8/1982, 32/1989, 42/1989, Uradni list RS - stari, št. 8/1991, Uradni list RS, št. 32/1993 - ZGJS, 32/1993 - ZVO, 44/1997 - ZSZ, Uradni list SRS, št. 8/1982, 32/1989, 42/1989, Uradni list RS - stari, št. 8/1991, Uradni list RS, št. 32/1993 - ZGJS, 32/1993 - ZVO, 44/1997 - ZSZ



obseg objektov in naprav za izvajanje gospodarske javne službe, ki so lastnina republike ali lokalne skupnosti ter del javne lastnine, ki je javno dobro, in varstvo, ki ga uživa. V 9. členu ZGJS vsebuje določbe o rabi objektov in naprav, pri čemer v prvem odstavku določa, da se lahko objekti in naprave, namenjeni za izvajanje obveznih gospodarskih javnih služb, ki so določeni kot javno dobro, uporabljajo samo na način in pod pogoji, določenimi z zakonom. V tretjem odstavku določa, da občina lahko predpiše pogoje in način javne, posebne in podrejene rabe objektov in naprav, namenjenih za izvrševanje občinskih gospodarskih javnih služb. Seveda to velja, če gre za dejavnost, ki je občinska obvezna gospodarska javna služba, kar pa za pokopališko dejavnost ZPPDej ne določa.<sup>93</sup>

Kaj ZSPDSLS sploh opredeljuje kot upravljanje s stvarnim premoženjem? Po 5. točki prvega odstavka 3. člena ZSPDSLS upravljanje stvarnega premoženja pomeni zlasti skrb za pravno in dejansko urejenost; investicijsko vzdrževanje; pripravo, organiziranje in vodenje investicij v vseh fazah investicijskega procesa; oddajanje v najem; obremenjevanje s stvarnimi pravicami; dajanje stvarnega premoženja v uporabo in podobno. Iz tako opredeljenega upravljanja s stvarnim premoženjem (kakršna so po stališču zakonodajalca tudi pokopališča, pokopališki objekti in naprave ter druga pokopališka infrastruktura) izhaja, da upravljanje s stvarnim premoženjem predstavlja naloge (ravnanja), ki se nanašajo na samo premoženje – na njegov status, stanje, investiranje in investicijsko vzdrževanje, na razpolaganje z njim in na njegovo obremenjevanje.

Po ZPPDej upravljanje s pokopališči, pokopališkimi objekti in napravami ter z drugo pokopališko infrastrukturo ne obsega samo tega, kar obsega upravljanje s stvarnim premoženjem po ZSPDSLS, temveč obsega tudi naloge (ravnanja), ki po vsebini niso upravljanje, temveč pomenijo opravljanje pogrebne dejavnosti. Upravljanje pokopališč po 26. členu ZPPDej obsega tudi zagotavljanje urejenosti pokopališč.<sup>94</sup> Zagotavljanje urejenosti pokopališč po prvem odstavku 28. člena ZPPDej obsega tudi storitve grobarjev in storitve pokopališko pogrebnega moštva. Po tretjem odstavku 28. člena ZPPDej storitve grobarjev obsegajo izkop in zasutje grobne jame, prvo ureditev groba, ki zajema odvoz odvečne zemlje in posušenega cvetja na odlagališče ter prekop posmrtnih ostankov; storitve pokopališko-pogrebnega moštva, če jih omogoča pokopališki red, obsegajo tudi prevoz ali prenos krste ali žare iz mrliške vežice oziroma upepeljevalnice do mesta pokopa s položitvijo v grob ali z raztrosom pepela.<sup>95</sup> Gre torej za del pogrebne dejavnosti, ki sicer z ZPPDej ni opredeljen kot

<sup>93</sup> Primerjava določb ZPPDUP o urejanju pokopališč (členi od 24 do 40) in določb ZPPDej o urejanju pokopališč (členi 37 do 54) sicer pokaže, da gre za enake naloge, ki tvorijo vsebino urejanja pokopališč.

<sup>94</sup> Kar ni isto, kot je urejanje pokopališč. Urejanje pokopališč je del pokopališke dejavnosti, ki se nanaša na ravnanje s pokopališči in pokopališko infrastrukturo. Po prvem odstavku 37. člena ZPPDej urejanje pokopališč obsega zgraditev ali razširitev obstoječega pokopališča, zgraditev pokopaliških objektov in naprav ter druge pokopališke infrastrukture na pokopališču, razdelitev pokopališča na posamezne vrste grobov in opustitev pokopališča.

<sup>95</sup> Gre torej za pokop, kot ga opredeljuje 15. člen ZPPDej, ki je del izvedbe pogreba (prvi odstavek 12. člena ZPPDej), ta pa je po prvem odstavku 3. člena ZPPDej del pogrebne dejavnosti. Pokop po prvem

obvezna občinska gospodarska javna služba, zato te storitve upravljavec pokopališča zaračuna izvajalcem pogrebnih storitev v skladu s cenikom, kot ga določa pokopališki red (četrti odstavek 28. člena ZPPDej). Vendar se zastavi vprašanje, zakaj naj bi upravljanje pokopališča, ki poteka po pravilih (po besedah zakonodajalca) ZSPDSLS, poleg nalog, povezanih z upravljanjem stvarnega premoženja, kot ga opredeljuje ZSPDSLS, obsegalo tudi naloge oziroma storitve, ki jih ZPPDej opredeljuje kot del pogrebne dejavnosti, ki se izvaja na trgu. Očitno je zakonodajalec ocenil, da gre za takšne pogrebne storitve oziroma za takšen del teh storitev, katerih zagotavljanje je v javnem interesu in jih ni mogoče v celoti prepustiti trgu. Ne le, da jih ni mogoče prepustiti trgu, lahko se zgodi, da jih izvajalci pogrebne dejavnosti niti ne bodo ponudili.<sup>96</sup> To pa pomeni, da so pri storitvah grobarjev in storitvah pokopališko pogrebnega moštva izpolnjeni pogoji, ki jih drugi odstavek 1. člena ZGJS opredeljuje kot tiste, ki predstavljajo storitve (javne dobrine), katerih trajno in nemoteno zagotavljanje v javnem interesu zagotavlja občina zaradi zadovoljevanja javnih potreb, kadar in kolikor jih ni mogoče zagotavljati na trgu. Dejavnost, s katero se zagotavljajo, pa je občinska gospodarska javna služba.

Navedeno pomeni dvoje. Najprej to, da zakonodajalec z ZPPDej ni jasno in določno, torej nedvoumno, razmejil med tistimi deli pogrebne dejavnosti, ki so javna služba, in tistimi, ki to niso. Pri razmejitvi ni upošteval, da del dejavnosti, ki jo predstavlja zagotavljanje urejenosti pokopališč, po vsebini pomeni opravljanje pogrebnih storitev, glede na ZGJS pa ima vse znake storitev, ki se zagotavljajo v okviru gospodarskih javnih služb. S tem pa je opustil dolžno zakonsko urejanje, ki mu ga nalaga 87. člen Ustave. Po 87. členu Ustave sme in mora pravice in obveznosti posameznikov in drugih oseb urejati samo Državni zbor z zakonom. Pravice in obveznosti posameznikov pa tudi drugih oseb (izvajalcev pogrebne dejavnosti, upravljavcev pokopališč) so odvisne od razmejitve med storitvami, ki so javna služba, in storitvami, ki so tržna dejavnost.<sup>97</sup> Te svoje dolžnosti zakonodajalec ne more prepustiti niti izvršilni veji oblasti niti občinam. Poleg tega je tretji odstavek 28. člena ZPPDej, ki opredeljuje storitve, ki po svoji vsebini sodijo v okvir pogrebne dejavnosti, izpolnjujejo pa pogoje, ki jih ZGJS določa za storitve, ki se zagotavljajo kot javna služba, kot del upravljanja pokopališča, za katero naj bi veljala pravila upravljanja s stvarnim premoženjem občine, ki jih ureja ZSPDSLS, nejasen. Nejasen je, ker ne opredeljuje jasno, ali so storitve pogrebnikov in storitve pokopališko pogrebnega moštva, ki jih

---

odstavku 15. člena ZPPDej ne obsega le položitev v grob (storitve pokopališko-pogrebnega moštva), temveč tudi vsa dejanja, ki to omogočajo, to pa so storitve grobarjev, kot jih opredeljuje tretji odstavek 28. člena ZPPDej.

<sup>96</sup> In to kljub temu, da je v petem odstavku 15. člena ZPPDej zapisal, da pokop lahko opravi le izvajalec pogrebne dejavnosti, pri čemer tem izvajalcem v 7. členu ni naložil, da bi morali imeti za izvajanje pogrebne dejavnosti tudi pokopališko pogrebno moštvo (dva zaposleni osebi pa težko predstavljata pogrebno moštvo, če gre za pokop s krsto). To pomeni, da takšne storitve kot dela storitve niti ne bodo mogli zagotavljati.

<sup>97</sup> Kot je bilo že poudarjeno, na področju pogrebne in pokopališke dejavnosti to terjata tudi 35. in 51. člen Ustave, pa tudi pravico do zdravega življenjskega okolja iz 72. člena Ustave.

zagotavlja upravljavec pokopališča in ne izvajalec pogrebne storitve, javna služba ali ne.<sup>98</sup>

Poleg tega pa je ureditev upravljanja pokopališč po ZPPDej nekonsistentna v razmerju do ZSPDSLS. Poudarjeno je že bilo, da po ZPPDej upravljanje s pokopališči ne obsega samo tega, kar obsega upravljanje s stvarnim premoženjem po ZSPDSLS, temveč obsega tudi naloge (ravnanja), ki po vsebini niso upravljanje, temveč pomenijo storitve, ki sodijo v opravljanje pogrebne dejavnosti. S tem, ko se zakonodajalec v zakonodajnem gradivu in v prvem odstavku 27. člena ZPPDej sklicuje glede upravljanja pokopališč na ZSPDSLS, kot sistemski zakon, ki ureja upravljanje s stvarnim premoženjem občine, ki obsega tudi pokopališča, pokopališke objekte in naprave ter drugo pokopališko infrastrukturo, hkrati pa upravljanje s tem stvarnim premoženjem občine (upravljanje s pokopališči) v ZPPDej po vsebini ureja drugače, se zastavlja vprašanje, ali sta obe ureditvi še konsistentni. **Po ustaljeni ustavnosodni praksi gre za nekonsistentnost in s tem za neskladje z 2. členom Ustave tudi v primeru, če specialna zakonska ureditev posameznega splošnega pravnega instituta presega meje logike takšnega instituta in se toliko oddalji od njega, da izgubi njegov temeljni smisel.**<sup>99</sup> Za tak položaj gre tudi v razmerju med opredelitvijo upravljanja stvarnega premoženja v ZSPDSLS in opredelitvijo upravljanja pokopališča, kot je zapisano v ZPPDej.<sup>100</sup>

V prid temu, da je oziroma bi morala biti pokopališka dejavnost v delu, v katerem obsega upravljanje pokopališč, občinska javna služba, poleg tega, da obsega storitve, ki so po vsebini in naravi takšne, da ustrezajo kriterijem za njihovo zagotavljanje z javno službo, govori tudi dejstvo, da dejavnost upravljanja pokopališča lahko po ZPPDej opravlja samo javnopravni subjekt (ki je javno podjetje) ali pa koncesionar na podlagi drugega odstavka 27. člena ZPPDej.<sup>101</sup> Poleg tega predstavljajo naloge (storitve) upravljanja pokopališč posebne in izključne pravice.<sup>102</sup>

<sup>98</sup> Položaj je podoben, kot je bil pri ustavnosodni presoji določb zakona, ki ureja visoko šolstvo, ki niso omogočale ugotovitve, ali je izredni študij del javne službe ali je tržna dejavnost (odločba Ustavnega sodišča št. U-I-156/08 z dne 14. 4. 2011 (točka 25 obrazložitve in nasl.).

<sup>99</sup> V odločbi št. U-I-135/00 z dne 9. 10. 2002 je Ustavno sodišče poudarilo, da je notranja konsistentnost eden bistvenih elementov pravne varnosti in da specialna zakonska ureditev posameznega splošnega pravnega instituta ne sme presegati meje logike takšnega instituta in se toliko oddaljiti od njega, da izgubi njegov temeljni smisel.

<sup>100</sup> Če skušamo ponazoriti: gre za razmerje, v katerem bi se izenačili vsebini upravljanja, če bi ZSPDSLS določil, da upravljanje zgradbe Ministrstva za notranje zadeve (upravljanje stvarnega premoženja) obsega tudi izdajanje odločb na podlagi zakona, ki ureja mednarodno pomoč.

<sup>101</sup> V zakonodajnem gradivu (nav. v op. 8, str. 33 – obrazložitev k členom 26 do 28) je zapisano, da se za izvajanje nalog upravljanja pokopališča koncesionar pooblasti s koncesijsko pogodbo.

<sup>102</sup> Po 11. točki prvega odstavka 5. člena Zakona o javno-zasebnem partnerstvu – ZJZP (Uradni list RS, št. 127/2006, Uradni list Evropske unije, št. 317/2007, 314/2009, 319/2011, 335/2013, 307/2015) je »posebna ali izključna pravica, ki jo podeli javni partner in katere namen ali posledica je omejitev pravic izvajanja dejavnosti na eno ali več oseb, vendar je število oseb omejeno, če pri tem druge osebe, ki te pravice nimajo, na istem geografskem območju iste dejavnosti pod enakovrednimi pogoji ne morejo izvajati. Če se z upravnim ali drugim aktom podeli pravica v smislu te točke, se, ne glede na poimenovanje po posebnem zakonu (koncesija, licenca, dovoljenje, pooblastilo ...), taka pravica šteje za posebno ali izključno pravico«.

To pa je eden od bistvenih elementov pogodbenega javno-zasebnega partnerstva, ki ima obliko koncesijskega razmerja.<sup>103</sup>

### 3. Neustavnost ureditve prehodnega obdobja

#### 3.1. Neustavnost prvega stavka prvega odstavka 63. člena ZPPDej

Prvi stavek prvega odstavka 63. člena ZPPDej občinam nalaga, naj zagotovijo izvajanje 24-urne dežurne službe in pokopališko dejavnost v skladu s tem zakonom najpozneje v enem letu od njegove uveljavitve.

Zagotovitev izvajanja 24-urne dežurne službe pomeni zagotovitev izvajanja obvezne občinske gospodarske javne službe. Temelj izvajanja te javne službe je pokopališki red, ki ga po 4. členu ZPPDej z odlokom sprejme občina.<sup>104</sup> Odlok o pokopališkem redu je občina po tretjem odstavku 63. člena ZPPDej dolžna sprejeti najpozneje v enem letu od njegove uveljavitve.

V organizacijskem in funkcionalnem pogledu se pogrebna in pokopališka dejavnost do sprejetja pokopališkega reda opravljata skladno s predpisi, ki so bili sprejeti na podlagi ZPPDUP<sup>105</sup> in na podlagi določb ZGJS, ki urejajo predpisovanje načina opravljanja javnih služb (5. člen) in oblike izvajanja javnih služb. Zagotovitev izvajanja 24-urne dežurne službe in pokopališke dejavnosti se zato časovno ne more izteči istočasno s sprejetjem pokopališkega reda. Do sprejetja pokopališkega reda, ki bo skladen z določbami ZPPDej, se morata pogrebna in pokopališka dejavnost opravljati po predpisih, ki se s sprejetjem pokopališkega reda prenehajo uporabljati. **Opustitev opravljanja obeh dejavnosti po predpisih, izdanih na podlagi ZPPDUP, pred sprejetjem (uveljavitvijo) pokopališkega reda po ZPPDej, ne bi poseglo samo v načelo pietete, ki ga uzakonja ZPPDej, temveč tudi v dostojanstvo pokojnikov (35. člen Ustave)<sup>106</sup>, temveč bi bilo v neskladju tudi s pravico do zdravstvenega varstva (51. člen Ustave) in do zdravega življenjskega okolja (72. člen Ustave) zaradi možnosti pojava in širjenja nalezljivih bolezni. Če bi torej razlagali**

<sup>103</sup> Po 1. alineji prvega odstavka 26. člena ZJZP je »koncesijsko razmerje dvostransko pravno razmerje med državo oziroma samoupravno lokalno skupnostjo ali drugo osebo javnega prava kot koncedentom in pravno ali fizično osebo kot koncesionarjem, v katerem koncedent podeli koncesionarju posebno ali izključno pravico izvajati gospodarsko javno službo oziroma drugo dejavnost v javnem interesu, kar lahko vključuje tudi zgraditev objektov in naprav, ki so deloma ali v celoti v javnem interesu (v nadaljnjem besedilu: koncesijsko partnerstvo)«.

<sup>104</sup> Enako velja tudi za pokopališko dejavnost.

<sup>105</sup> Po 61. členu ZPPDej so občinski predpisi, izdani na podlagi ZPPDUP, z uveljavitvijo ZPPDej prenehali veljati, se pa uporabljajo do sprejetja novih občinskih predpisov, ki morajo biti izdani najpozneje v enem letu od uveljavitve ZPPDej. To pomeni, da je treba šteti pokopališke rede občin, sprejete na podlagi 25. člena ZPPDUP, za veljavne in zavezujoče predpise.

<sup>106</sup> V že omenjeni odločbi št. U-I-54/99 z dne 13. 6. 2002 je Ustavno sodišče zapisalo, da je odnos do mrtvih eno temeljnih civilizacijskih vprašanj, zato pri normativnem urejanju obstaja močan javnopravni interes, ki od države zahteva varovanje določene civilizacijske ravni glede ravnanja z mrtvimi; država je dolžna zagotavljati takšno ravnanje z mrtvimi, ki izhaja iz prevladujoče civilizacijske ravni odnosa do mrtvih na njenem območju; gre za predpisovanje vsebine, ki jo narekuje izkazovanje in ohranjanje dostojanstva in spoštovanja do umrlih.

**določbe ZPPDej, ki urejajo prenehanje veljavnosti (uporabe) občinskih predpisov, izdanih na podlagi ZPPDUP, in pričetek veljavnosti občinskih predpisov (zlasti pokopališkega reda), sprejetih po določbah ZPPDej, drugače, bi takšna razlaga povzročila pravno praznino, ki bi bila neustavna, ker normativno ureditev teh vprašanj terjajo 35., 51. in 72. člen Ustave.**

Ob navedenem je treba upoštevati, da sta se ob uveljavitvi ZPPDej (in se še) pokopališka in pogrebna dejavnost, ki sta bili obe obvezni občinski gospodarski javni službi, izvajali v različnih organizacijskih oblikah. Iz revizijskega poročila Računskega sodišča Republike Slovenije<sup>107</sup> izhaja, da je imelo v obdobju od leta 2009 do leta 2012 54 občin (25,6 odstotka) predpisano izvajanje pokopališke in pogrebne dejavnosti s podelitvijo koncesij, 25 občin (11,8 odstotka) v javnih podjetjih, 15 občin (7,1 odstotka) v režijskem obratu, ena občina (0,5 odstotka) pa je imela v odloku predpisano, da pokopališko in pogrebno dejavnost izvajajo krajevne skupnosti; 13 občin (6,2 odstotka) v odlokih ni imelo predpisane oblike izvajanja pokopališke in pogrebne dejavnosti,<sup>108</sup> dve občini (0,9 odstotka) sta imeli v odlokih določeno, da se pokopališka in pogrebna dejavnost izvajata tržno,<sup>109</sup> 101 občina (47,9 odstotka) je imela predpisanih več oblik izvajanja pokopališke in pogrebne dejavnosti: med njimi je bilo 6 občin (2,8 odstotka), ki so imele v odlokih določeno, v kakšni obliki se na posameznem pokopališču v občini izvaja pokopališka in pogrebna dejavnost, in 21 občin (10 odstotkov), ki so imele v odlokih predpisano, da se pokopališka dejavnost (oziroma del dejavnosti) izvaja v eni obliki, pogrebna dejavnost (oziroma del dejavnosti) pa v drugi obliki; ostalih 74 občin (35,1 odstotka) je imelo v odlokih predpisane dve do tri oblike, v katerih je bilo mogoče opravljati pokopališko in pogrebno dejavnost v občini, pri čemer občine niso predpisale, katere storitve pokopališke dejavnosti (ali del dejavnosti) in pogrebne dejavnosti (ali del dejavnosti) se izvedejo v posamezni obliki oziroma na katerem pokopališču v občini.

Od normativnega stanja, kakršnega je ugotovilo Računsko sodišče za obdobje med letoma 2009 in 2012, se je razlikovalo dejansko stanje izvajanja občinske gospodarske javne službe pokopališke in pogrebne dejavnosti. Iz navedenega poročila Računskega sodišča izhaja, da se v 36 občinah (17,1 odstotka) pokopališka in pogrebna dejavnost izvaja s podelitvijo koncesije, v 31 občinah (14,7 odstotka) v javnem podjetju in v 6 občinah (2,8 odstotka) v režijskem obratu; v eni občini (0,5 odstotka) se pokopališka in pogrebna dejavnost ni izvajala; v 30 občinah (14,2 odstotka) se je pokopališka in pogrebna dejavnost izvajala izključno kot tržna

<sup>107</sup> Računsko sodišče Republike Slovenije: Revizijsko poročilo Zagotavljanje izvajanja in nadzora nad pokopališko in pogrebno dejavnostjo ter urejanjem pokopališč, št. 320-11/2012/90 z dne 25. 11. 2014, str. 33–35.

<sup>108</sup> Kar je v nasprotju s 7. členom v povezavi s 3. členom ZGJS, ki določa, da morajo občine v posebnih odlokih opredeliti način in obliko izvajanja občinske gospodarske javne službe, kar velja tudi za pokopališko in pogrebno dejavnost, ki je bila do uveljavitve ZPPDej obvezna občinska gospodarska javna služba.

<sup>109</sup> Pokopališka in pogrebna dejavnost se v skladu z določili 2. člena ZPPDUP v povezavi z 68. členom ZGJS nista smeli izvajati tržno, temveč v eni od oblik, predpisanih v 6. in 35. členu ZGJS, ker gre za obvezno občinsko gospodarsko javno službo.

dejavnost,<sup>110</sup> v 24 občinah (11,4 odstotka) se je pokopališka in pogrebna dejavnost opravljala na podlagi pogodbe med občino in izvajalcem,<sup>111</sup> v 83 občinah (39,3 odstotka) pa se je pokopališka in pogrebna dejavnost izvajala v več oblikah.

Iz navedenih podatkov, ki kažejo na raznolikost stanja normativne ureditve izvajanja pogrebne in pokopališke dejavnosti v občinah ob uveljavitvi ZPPDej, na razhajanja med normativno ureditvijo in dejanskim izvajanjem pogrebne in pokopališke dejavnosti in ne nazadnje na normativno ureditev in dejansko izvajanje, ki sta bili v neskladju z ZPPDUP in ZGJS, in sta v neskladju tudi z ZPPDej, izhaja, da bodo morale posamezne občine opraviti različno obsežno normativno in dejansko delo, da bodo sprejele pokopališke rede, ki bodo v skladu z ZPPDej, in da bodo na njihovi podlagi zagotovile izvajanje pogrebne in pokopališke dejavnosti v skladu z določbami ZPPDej in ZGJS. Da bodo zadostile tej zahtevi ZPPDej, bodo morale nekatere občine (tiste, ki so imele v odlokih opredeljeno pokopališko in pogrebno dejavnost izključno kot tržno dejavnost, in tiste, ki so zagotavljale izvajanje pokopališke in pogrebne dejavnosti na podlagi pogodbe z izvajalcem) ne le uskladiti pokopališke rede z ZPPDej, temveč bodo morale povsem na novo (v skladu z ZPPDej in ZGJS) opredeliti oblike izvajanja pogrebne dejavnosti (v delu, ki je javna služba) in pokopališke dejavnosti<sup>112</sup> ter obstoječe stanje izvajanja uskladiti z eno (ali več) od dopustnih oblik izvajanja javne službe oziroma pokopališke dejavnosti. Še zlasti v primeru, če bo izbrana oblika izvajanja javno podjetje ali podelitev koncesije, občine potrebujejo dodaten čas za izvedbo postopkov ustanovitve javnega podjetja in za izvedbo postopkov za podelitev koncesije. Postopek javno-zasebnega partnerstva, v okvir katerega sodijo tudi sprejem odločitve o podelitvi koncesije za izvajanje javne službe, postopek izbora koncesionarja, odločitve o izbiri in sodno varstvo, ureja ZJPZ v členih od 31 do 65.<sup>113</sup> Ob tem je treba opozoriti, da je podlaga javno-zasebnega partnerstva akt o javno-zasebnem partnerstvu, ki ima obliko odloka občine, sprejme pa se lahko šele potem, ko občina sprejme pokopališki red, saj njegova vsebina

---

<sup>110</sup> Kar je nezakonito tudi po določbah ZPPDej.

<sup>111</sup> Ki prav tako ni dovoljena oblika izvajanja niti po ZGJS niti po ZPPDej.

<sup>112</sup> Tudi glede določitve upravljavca oziroma prenosa upravljanja pokopališča na koncesionarja po drugem odstavku 27. člena ZPPDej, če se bo posamezna občina tako odločila. Prenos pooblastil za izvajanje nalog upravljanja pokopališča na koncesionarja (tudi če bo ostalo pri tem, da zakonodajalec s tem, ko ni določil pokopališke dejavnosti za obvezno občinsko gospodarsko javno službo, ni ravnal v nasprotju z Ustavo) bo namreč mogoč šele, ko bo koncesionar izbran.

<sup>113</sup> Po prvem odstavku 44. člena ZJPZ se v primerih koncesijskega partnerstva, pri katerem pridobi koncesionar pravico izvajati gospodarsko javno službo, za javni razpis oziroma neposredno sklenitev, izbiro izvajalca javno-zasebnega partnerstva, pravno oziroma sodno varstvo v teh postopkih in koncesijsko pogodbo ter dodelitev del tretjim osebam uporablja tudi zakon, ki ureja gospodarske javne službe.

vpliva na vsebino akta o javno-zasebnem partnerstvu,<sup>114</sup> poleg tega pa vsebuje tudi druge določbe, ki vplivajo na vsebino in podelitve koncesije.<sup>115</sup>

Zakonodajalec pri naložitvi obveznosti občinam, naj zagotovijo izvajanje 24-urne dežurne službe, ki je obvezna občinska gospodarska javna služba, v roku enega leta (prvi stavek prvega odstavka 63. člena ZPPDej), ni upošteval niti roka za uskladitev občinskih predpisov, ki jih je določil z ZPPDej (tretji odstavek 63. člena), niti dejstva, da s samim sprejetjem z ZPPDej usklajenih občinskih predpisov še ni mogoče istočasno zagotoviti tudi izvajanja javne službe in pokopališke dejavnosti, ki bi bili v skladu z določbami ZPPDej in občinskih predpisov. Ni upošteval, da je pri zagotovitvi uskladitve izvajanja 24-urne dežurne službe in pokopališke dejavnosti z določbami ZPPDej treba upoštevati tudi zahteve ZJZP in ZGJS ter postopek in časovni okvir postopka, ki je potreben za zagotovitev uskladitve njunega izvajanja z ZPPDej. Ta časovni okvir presega enoletni rok, določen v prvem stavku prvega odstavka 63. člena ZPPDej, in to tudi v primeru, če bi občina pokopališki red sprejela pred potekom enoletnega roka. Sprejem pokopališkega reda je namreč odvisen tudi od podzakonskih aktov, ki jih morajo v šestih mesecih od uveljavitve ZPPDej sprejeti Vlada, pristojna ministrstva ter Gospodarska zbornica Slovenije in Obrtno-podjetniška zbornica Slovenije (prvi, drugi in tretji odstavek 62. člena ZPPDej), je pa pogoj za sprejem akta o javno-zasebnem partnerstvu, če bi se občina odločila za podelitev koncesije.<sup>116</sup> Enako velja glede časovnega okvira tudi v primeru, če bi se odločila, da bo ustanovila javno podjetje.<sup>117</sup>

**Že zaradi tega, ker zakonodajalec pri določitvi roka v prvem stavku prvega odstavka 63. člena ni upošteval oziroma je zanemaril časovni okvir, ki je glede na ZJZP in ZGJS potreben za podelitev koncesije in za ustanovitev javnega podjetja, je navedena določba v neskladju z načelom konsistentnosti kot enim od načel pravne države iz 2. člena Ustave.**

---

<sup>114</sup> Po drugem odstavku 36. člena ZJZP je akt o javno-zasebnem partnerstvu obvezen v primeru, če izvajalec javno-zasebnega partnerstva pridobi posebno ali izključno pravico izvajati gospodarsko javno službo. V primeru podelitve koncesije za 24-urno dežurno službo in/ali za upravljanje pokopališč gre za pridobitev izključne pravice.

<sup>115</sup> Izvajalec javno-zasebnega partnerstva se, ne glede na obliko akta o izbiri, izbire, razen če zakon določa drugače, na podlagi javnega razpisa, ki se obvezno objavi tudi na spletnih straneh (42. člen ZJZP). ZPPDej glede podelitve koncesije in postopka izbora koncesionarja nima posebnih določb.

<sup>116</sup> V primeru, ko se bo občina na novo odločila za podelitev koncesije, bo morala izvesti celoten postopek za izbor koncesionarja, pri čemer bo morala v akt o javno-zasebnem partnerstvu vključiti tudi pogoje za podelitev pooblastila za upravljanje s pokopališčem, če se bo odločila, da bo (bodočega) koncesionarja pooblastila tudi za to (drugi odstavek 27. člena ZPPDej). Tudi v primeru, če že ima sklenjeno koncesijsko pogodbo, to še ne pomeni, da bo koncesionar pristal na spremenjeni obseg izvajanja javne službe, kar bi pomenilo zgolj »uskladitev koncesijske pogodbe«. Če na to aktualni koncesionar ne po pristal, bo to pomenilo nov postopek. O »uskladitvi koncesijske pogodbe« več v nadaljevanju zahteve, in sicer v delu o ustavni spornosti drugega odstavka 63. člena ZPPDej, po katerem se koncesijske pogodbe za izvajanje pokopališke in pogrebne dejavnosti, sklenjene pred uveljavitvijo ZPPDej, uskladijo z njim v enem letu od njegove uveljavitve.

<sup>117</sup> Člen 28 ZGJS glede tega napotuje na uporabo predpisov, ki urejajo gospodarske družbe.

Ustavno sodišče je v dosednji ustavnosodni praksi večkrat poudarilo, da ni pristojno za ocenjevanje oziroma presojo medsebojne skladnosti dveh zakonov, razen v primeru, če takšna neskladnost preraste v nekonsistentnost, kar pomeni, da ne gre le za neskladnost dveh zakonov, temveč za njuno neskladnost z 2. členom Ustave.<sup>118</sup> Iz načel pravne države namreč izhaja zahteva, da mora biti pravni red konsistenten<sup>119</sup> in notranje usklajen, zato v njem ne sme biti antinomij.<sup>120</sup>

V primeru prvega stavka prvega odstavka 63. člena ZPPDej sicer ne gre za klasično antinomijo, vendar pa je rok, ki je določen v njem, inkompatibilen s časovnim okvirom, ki izhaja iz določb ZJZP in ZGJS in ki ga morajo občine upoštevati, če želijo obveznost iz prvega stavka prvega odstavka 63. člena ZPPDej izpolniti na način, ki bo skladen z zakonom. V tem smislu je pravilo, vsebovano v prvem stavku prvega odstavka 63. člena ZPPDej v neskladju s pravili ZJZP in ZGJS, ki skupaj z njim tvorijo sistem pravnih pravil, ki urejajo izvajanje pogrebne in pokopališke dejavnosti tako v delu, v katerem predstavljajo obvezno občinsko gospodarsko javno službo, kot tudi (zaradi prikazane medsebojne povezanosti) v tistem, ki to ni. Gre torej za notranje neskladje v tem sistemu pravnih pravil, ki ga ni mogoče odpraviti z ustaljenimi metodami razlage prava, saj ZPPDej v razmerju do ZJZP in ZGJS ne vsebuje določb, ki bi inkompatibilnost lahko odpravile po pravilu specialnosti - poseben zakon razveljavlja splošnega – ali po kronološkem pravilu – poznejši zakon razveljavi prejšnjega – ali s kombinacijo obeh pravil.<sup>121</sup>

V zakonodajnem gradivu je glede 63. člena ZPPDej<sup>122</sup> edina obrazložitev zakonodajalca, da morajo občine na podlagi novega zakona sprejeti akte, ki urejajo občinske javne službe, in druge odloke po tem zakonu najpozneje v enem letu po uveljavitvi tega zakona, in da je treba v enem letu uskladiti tudi koncesijske pogodbe za izvajanje pogrebne in pokopališke dejavnosti, ki so bile sklenjene pred uveljavitvijo ZPPDej, »in sicer v okviru obstoječih ali novih koncesijskih pogodb«. Iz te obrazložitve izhaja, da se zakonodajalec pri določanju vsebine teh norm ni niti zavedal zgoraj navedenih vprašanj, zato se z njimi tudi ni ukvarjal. Vedel je, da bo lahko prišlo do »novih koncesijskih pogodb«, ni pa upošteval, da teh ni mogoče skleniti istočasno z iztekom roka za usklajitev občinskih odlokov. **Zato je uzakonil nekonsistentno pravno ureditev, ki je kot taka v neskladju z načelom konsistentnosti kot enim od načel pravne države iz 2. člena Ustave.**

<sup>118</sup> Npr. v odločbi št. U-I-303/08 z dne 11. 2. 2010.

<sup>119</sup> V odločbi št. U-I-135/00, z dne 9. 10. 2002, je Ustavno sodišče poudarilo tudi, da je notranja konsistentnost eden bistvenih elementov pravne varnosti.

<sup>120</sup> Po Pavčniku gre za antinomijo, če so v pravnem sistemu pravila, ki so si inkompatibilna; inkompatibilnost je na primer med pravilom, ki zapoveduje, in pravilom, ki prepoveduje določeno storitev; med pravilom, ki zapoveduje storitev, in pravilom, ki dovoljuje opustitev, kot tudi med pravilom, ki prepoveduje storitev, in pravilom, ki to isto storitev dovoljuje (Marijan Pavčnik: Argumentacija v pravu, CZ, Ljubljana 2004, str. 114).

<sup>121</sup> Tudi načelo hierarhičnosti oziroma pravilo hierarhije v obravnavanem primeru ne pride v poštev.

<sup>122</sup> Zakonodajno gradivo nav. v op. 8, str. 40. V njem je bila obravnavana določba, vsebovana v prvem odstavku 64. člena, drugi odstavek je urejal usklajitev koncesijskih pogodb, tretji odstavek pa je določal enoletni rok za izdajo občinskih odlokov.



### 3.2. Neustavnost drugega odstavka 63. člena ZPPDej

Glede neskladja z načelom konsistentnosti kot enega od načel pravne države iz 2. člena Ustave velja podobno, kot velja za prvi stavek prvega odstavka 63. člena, tudi za drugi odstavek 63. člena ZPPDej. Po njem se morajo koncesijske pogodbe za izvajanje pogrebne in pokopališke dejavnosti, sklenjene pred uveljavitvijo tega zakona, uskladiti s tem zakonom v enem letu od njegove uveljavitve. Pri tem je treba upoštevati, da so bile koncesijske pogodbe glede na njihov predmet (predmet koncesije) sklenjene na podlagi določb ZPPDUP, po katerem sta bili (v povezavi z določbami 68. člena ZGJS) tako pokopališka kot tudi pogrebna dejavnost obvezni občinski gospodarski javni službi.

Zakonodajno gradivo ne vsebuje analize, kakšno je stanje glede števila koncesijskih pogodb, ki jih je treba uskladiti, niti glede predmeta koncesije, torej glede tega, ali gre za koncesije, katerih predmet je samo pogrebna dejavnost ali samo pokopališka dejavnost ali obe. Zakonodajno gradivo glede tega vsebuje samo obrazložitev, da je treba »glede na to, da zakon določa poenotene pogoje za izvajanje pogrebne dejavnosti, v enem letu od uveljavitve tega zakona uskladiti tudi koncesijske pogodbe za izvajanje pogrebne in pokopališke dejavnosti, ki so bile sklenjene pred uveljavitvijo tega zakona, in sicer v okviru obstoječih ali novih koncesijskih pogodb«.<sup>123</sup>

Res je, kot navaja zakonodajalec, da ZPPDej določa poenotene pogoje za izvajanje pogrebne dejavnosti, ni pa res, da določa vse pogoje. V 7. členu določa pogoje za opravljanje pogrebne dejavnosti, ki so pogoji, ki jih mora izpolnjevati izvajalec pogrebne dejavnosti v tehničnem, personalnem in statusnem pogledu. Vendar s tem ti pogoji še niso določeni, saj bosta vsebino nekaterih od teh pogojev z določitvijo standardov in normativov šele določila (v roku šestih mesecev po uveljavitvi ZPPDej) ministra, pristojna za gospodarstvo in za zdravje. Poleg tega ZPPDej v 4. členu prepušča ureditev določenih vprašanj v zvezi z načinom zagotavljanja ter v zvezi z vrsto in obsegom storitev občini, da to uredi s pokopališkim redom. Poleg tega zakonodajalec ni upošteval, da je treba koncesijske pogodbe uskladiti tudi z določbami ZPPDej, ki urejajo pokopališko dejavnost, zlasti pa upravljanje s pokopališči ter možno vlogo koncesionarjev pri tem. Kot rečeno, smiselno veljajo isti razlogi za nekonsistentnost drugega odstavka 63. člena ZPPDej, kot so bili navedeni za nekonsistentnost prvega stavka prvega odstavka 63. člena ZPPDej; vključno s tem, da se je zakonodajalec zavedal, da bo lahko prišlo tudi do novih koncesijskih pogodb, pa tega pri ureditvi prehodnega obdobja ni upošteval.<sup>124</sup> Prav tako ni v celoti upošteval, da gre pri obstoječih koncesijskih pogodbah lahko (analize v

<sup>123</sup> Zakonodajno gradivo nav. v op. 8, str. 40 (obrazložitev k členu 64). V zakonodajnem gradivu je sicer govora o uskladitvi koncesijskih pogodb »v okviru obstoječih ali novih koncesijskih pogodb«, drugi odstavek 63. člena ZPPDej pa govori samo o uskladitvi koncesijskih pogodb, sklenjenih pred uveljavitvijo ZPPDej.

<sup>124</sup> Temveč je v končnem besedilu drugega odstavka 63. člena ZPPDej besedno zvezo »ali novih koncesijskih pogodb« opustil.

zakonodajnem gradivu ni) ne le za koncesijo storitev, temveč gre lahko tudi za koncesijo gradenj, katere predmet je tudi opravljanje javne službe.<sup>125</sup> V celoti ni upošteval zaradi tega, ker ni nujno, da se bo v primeru že sklenjene koncesije gradenj, koncesijsko obdobje izteklo v desetih letih po uveljavitvi ZPPDej. Če je temu namenjen drugi stavek prvega odstavka 63.člena ZPPDej,<sup>126</sup> potem gre za nekonsistentnost med to določbo in drugim odstavkom 63. člena, ki določa rok za uskladitev obstoječih koncesijskih pogodb za izvajanje pogrebne in pokopališke dejavnosti in ki ne dovoljuje izjem.

Zakonodajalec je v zakonodajnem gradivu predvidel »uskladitev koncesijskih pogodb za izvajanje pogrebne in pokopališke dejavnosti, ki so bile sklenjene pred uveljavitvijo tega zakona, in sicer v okviru obstoječih ali novih koncesijskih pogodb«. Glede na končno (sprejeto in uveljavljeno) besedilo drugega odstavka 63. člena ZPPDej pa je namen zakonodajalca očitno ta, da se z obstoječimi koncesionarji, ki so imeli sklenjene koncesijske pogodbe pred (na dan) uveljavitvijo ZPPDej, sklene aneks (ali celo nova koncesijska pogodba), s katerim (oziroma s katero) se bo uskladir predmet koncesije in vse določbe pogodbe, povezane z njim.<sup>127</sup>

Pri tem je zakonodajalec spregledal, da koncesijskih pogodb ni mogoče spreminjati glede osebe, ki je koncesionar, ali glede predmeta koncesije z aneksi ali novimi koncesijskimi pogodbami z istim koncesionarjem mimo določb ZJZP in ZGJS. Poleg tega očitno ni upošteval, da lahko (s precejšnjo verjetnostjo) pride do položaja, ko koncesionar ne bo privolil v uskladitev sklenjene koncesijske pogodbe.<sup>128</sup>

Ena temeljnih zahtev ZGJS in ZJZP je, da se v koncesijskem aktu (v aktu o javno-zasebnem partnerstvu) opredeli predmet koncesije (pogodbenega javno-zasebnega partnerstva),<sup>129</sup> poleg tega pa je to bistvena sestavina javnega razpisa.<sup>130</sup> Po ZJZP

---

<sup>125</sup> Po ZJZP je med njima bistvena razlika, in sicer v tem, da pri koncesiji gradenj, katere predmet je tudi izvajanje javne službe (glej npr. 85. člen ZJZP) koncesionar zgradi tudi objekte in naprave (v celoti ali posamezne dele), ki jih v času trajanja koncesijskega razmerja tudi uporablja, po prenehanju koncesijske pogodbe pa preidejo v last koncedenta, zato je dolžina trajanja koncesije odvisna tudi od obdobja, v katerem se zagotovi vračilo vlaganj koncesionarja.

<sup>126</sup> Po drugem stavku prvega odstavka 63. člena ZPPDej občina, ki ni lastnik pokopališča ali nima urejene razpolagalne pravice, za upravljanje pokopališča uporablja določila zakona, ki ureja gospodarske javne službe in zagotovi izvajanje pokopališke dejavnosti v skladu s 27. členom ZPPDej najpozneje v desetih letih od njegove uveljavitve. Vendar iz zakonodajnega gradiva ni razvidno, ali naj bi se ta določba uporabljala tudi za koncesije gradenj.

<sup>127</sup> Kar pomeni, da se bo predmet koncesije zmanjšal tako glede števila dejavnosti (po ZPPDUP je bila javna služba celotna pogrebna dejavnost in pokopališka dejavnost) kot tudi glede obsega dejavnosti (po ZPPDej je javna služba samo 24-urna dežurna služba).

<sup>128</sup> Pri čemer iz ZPPDej ne izhaja, kako naj v takšnem primeru ravna koncedent, to je občina, in kakšno pravno varstvo ima koncesionar. Zakonodajalec daje (glede na (ne)obrazloženo sporne določbe) vtis, kot da uskladitev koncesijske pogodbe pojmuje kot uskladitev podzakonskega akta z novim zakonom.

<sup>129</sup> Po 33. členu ZGJS koncesijski akt med drugim vsebuje tudi dejavnost ali zadeve, ki so predmet gospodarske javne službe; po 8. točki prvega odstavka 5. člena ZJZP so predmet javno-zasebnega partnerstva pravice in obveznosti javnega partnerja, povezane z izvajanjem javno-zasebnega partnerstva; predmet javno-zasebnega partnerstva je lahko tudi javno pooblastilo, če je nujno vezano na izvajanje javno-zasebnega partnerstva.

se predmet koncesije ne sme spreminjati niti v času, ko teče postopek javnega razpisa.<sup>131</sup> Glede dopustnosti spreminjanja predmeta koncesijske pogodbe, ko je koncesijska pogodba že sklenjena, pa se je mogoče nasloniti tudi na kriterije, ki jih je izoblikovalo Sodišče EU na področju javnih naročil. V preambuli Direktive 2007/66/ES je zapisano, da je nezakonita oddaja naročila na podlagi neposrednega dogovora v praksi Sodišča EU opredeljena kot najtežja kršitev zakonodaje EU na področju javnih naročil, zato bi bilo treba predvideti učinkovito, sorazmerno in odvračilno kazen. Takšna nezakonito sklenjena pogodba bi morala biti načeloma neučinkovita, vendar ne samodejno, temveč bi moral neučinkovitost potrditi neodvisen organ ali pa bi bila neučinkovitost rezultat njegove odločitve<sup>132</sup>. V nasprotju s tem zakonodajalec v drugem odstavku 63. člena ZPPDej pri uskladitvi že sklenjenih koncesijskih pogodb občine in koncesionarje sili k takšnemu ravnanju.

Ker gre za bistveno spremembo predmeta koncesijske pogodbe, te ni mogoče uskladiti, temveč lahko samo preneha, koncedent pa se potem odloči, ali bo sklenil novo – seveda po postopku, predpisanem z ZJZP in ZJGS, česar zakonodajalec pri sprejemanju določbe drugega odstavka 63. člena ni upošteval.

Koncesijsko razmerje, kot je urejeno s koncesijsko pogodbo, je po določbah ZJZP ena od oblik pogodbenega javno-zasebnega partnerstva. Po 24. členu ZJZP se pogodbeno partnerstvo izvaja skladno z ZJZP in z zakonom, ki ureja javno naročanje, ter/ali z zakonom, ki ureja gospodarske javne službe. Po prvem odstavku 44. člena ZJZP se v primerih koncesijskega partnerstva, pri katerem pridobi koncesionar pravico izvajati gospodarsko javno službo, za javni razpis oziroma neposredno sklenitev, izbiro izvajalca javno-zasebnega partnerstva, pravno oziroma sodno varstvo v teh postopkih in koncesijsko pogodbo ter dodelitev del tretjim osebam uporablja tudi zakon, ki ureja gospodarske javne službe.

Niti ZJZP niti ZGJS ne vsebujeta določb o »uskladitvi sklenjene koncesijske« pogodbe. ZGJS v členih 41 do 45 ureja prenehanje koncesijskega razmerja. Koncesijsko razmerje (razmerje med koncedentom in koncesionarjem) preneha s prenehanjem koncesijske pogodbe, z odkupom koncesije, z odvzemom koncesije in s prevzemom koncesionirane javne službe v režijo (41. člen). V primeru, kakršen je primer iz drugega odstavka 63. člena ZPPDej, pride v poštev odvzem koncesije po 44. členu ZGJS. Ta člen v drugi alineji prvega odstavka določa, da koncedent lahko odvzame koncesijo koncesionarju, če je v javnem interesu, da se dejavnost preneha izvajati kot gospodarska javna služba ali kot koncesionirana gospodarska javna služba. V obravnavanem primeru se je zakonodajalec odločil, da se pokopališka

---

<sup>130</sup> Po drugem odstavku 36. člena ZGJS je podlaga za javni razpis koncesijski akt (bistvena sestavina tega akta pa je predmet koncesije); po 4. alineji prvega odstavka 48. člena ZJZP javni razpis obsega tudi predmet, naravo ter obseg in območje javno-zasebnega partnerstva.

<sup>131</sup> Po drugem odstavku 54. člena ZJZP komisija ne sme dovoliti, da bi kandidat dopolnjeval ali kakor koli spreminjal svojo vlogo. Posebej ne sme dovoliti, da bi spreminjal tiste dokumente iz vloge, ki vplivajo na vrednotenje vloge posameznega kandidata (sprememba predmeta, cena in druga merila).

<sup>132</sup> Direktiva 2007/66/ES, točka 13 preambule;

dejavnost in pogrebna dejavnost, razen 24-urne dežurne službe, prenehata izvajati kot gospodarska javna služba.<sup>133</sup> ZGJS za tak položaj predvideva odvzem koncesije in ne njeno uskladitev. Nov predmet koncesije je lahko le podlaga za odločitev o novem načinu izvajanja javne službe: kot koncesionirane javne službe ali kot javne službe v režiji.<sup>134</sup> Odvzem koncesije je dopusten pod pogoji, ki se določijo v koncesijskem aktu ali v koncesijski pogodbi (drugi odstavek 44. člena ZGJS).<sup>135</sup> Pri tem ZGJS v tretjem odstavku 44. člena daje koncesionarju pravico do odškodnine: koncedent (občina) je dolžan plačati koncesionarju odškodnino, ki se določa po predpisih o razlastitvi.<sup>136</sup>

Ker je, kot je bilo že poudarjeno, ena temeljnih zahtev ZGJS in ZJZP, da se v koncesijskem aktu (v aktu o javno-zasebnem partnerstvu) opredeli predmet koncesije (pogodbenega javno-zasebnega partnerstva), uskladitev koncesijske pogodbe sama po sebi, kot jo narekuje drugi odstavek 63. člena ZPPDej, ne bi imela pravnih učinkov. Koncesijski akt je temelj koncesijske pogodbe. V primeru občinske gospodarske javne službe je koncesijski akt odlok občine (drugi odstavek 11. člena ZGJS). Tudi v primeru, če bi bila »uskladitev koncesijske pogodbe«, kakršno predvideva sporna določba ZPPDej, ustavno nesporna, njena uskladitev brez predhodne uskladitve koncesijskega akta nima pravnih učinkov: v drugem odstavku 39. člena namreč ZGJS določa, da v primeru neskladja med določbami koncesijske pogodbe in koncesijskega akta veljajo določbe koncesijskega akta.

Glede na navedeno je drugi odstavek 63. člena ZPPDej v notranjem nasprotju tako z drugim stavkom prvega odstavka 63. člena ZPPDej, poleg tega pa tudi v nasprotju z določbami ZJZP in ZGJS, ki urejajo prenehanje koncesijskega razmerja in s tem prenehanje koncesijske pogodbe ter prenos koncesije, ne urejajo pa uskladitve koncesije glede na spremembo predmeta. **Po mnenju predlagatelja je zaradi razlogov, ki so navedeni zgoraj, in zaradi katerih ni mogoče izvršiti drugega odstavka 63. člena ZPPDej na način, kot je zapisan, to nasprotje preraslo v kršitev načela konsistentnosti, ki je eno od načel pravne države iz 2. člena Ustave.**<sup>137</sup> Ta nekonsistentnost pa ima za posledico tudi neskladje s 35., 51. in

<sup>133</sup> Za to sicer ni navedel oziroma utemeljil javne koristi, ki to narekuje, vendar to ni zahteva, ki bi izhajala iz Ustave. Moral pa bi zakonodajalec utemeljiti, zakaj javna korist, utemeljena zlasti v 35. in 51. členu Ustave, za opravljanje pogrebne in pokopališke dejavnosti kot obvezne občinske gospodarske javne službe ne obstaja več.

<sup>134</sup> To možnost oziroma izbiro drugi odstavek 63. člena ZPPDej občinam odvzema, kar je poseg v ustavno zajamčeno pravico do lokalne samouprave.

<sup>135</sup> Pri tem ZGJS ne izključuje delnega odvzema, če bi bil v koncesijskem aktu ali koncesijski pogodbi predviden.

<sup>136</sup> Ta pa je odvisna tudi od tega, ali je šlo za koncesijo storitev ali za koncesijo gradenj. Ob upoštevanju tega dejstva drugi odstavek 63. člena ZPPDej občinam povzroča tudi proračunske izdatke, kar pomeni, da posega v sistem financiranja občin in s tem v 142. člen Ustave.

<sup>137</sup> Tudi v primeru, če bi določbo drugega odstavka 63. člena ZPPDej šteli za specialno določbo, ki kot takšna uvaja institut »uskladitve koncesijske pogodbe«, ostajata neurejena postopek uskladitve in pravno varstvo koncesionarja, poleg tega pa tudi pravice, ki mu pripadajo zaradi zmanjšanja obsega predmeta koncesije. Vendar jo kot takšno ni mogoče šteti, ker ZGJS v drugi alineji 44. člena ureja prav položaj, kakršen je bil povod za določbo o »uskladitvi koncesijskih pogodb«. Pri tem je treba

**72. členom Ustave. Poleg tega drugi odstavek 63. člena ZPPDej zato, ker določa obligatorno uskladitev že sklenjenih koncesijskih pogodb in ne dopušča, da občina namesto koncesijskega načina izvajanja pogrebne dejavnosti zaradi spremenjenega predmeta koncesijske pogodbe (razmerja) izbere drug način izvajanja pogrebne dejavnosti (izvajanje v režiji), občinam posega tudi v pravico do lokalne samouprave iz 9. člena Ustave v povezavi s 140. členom Ustave, s povzročanjem izdatkov za odškodnine pa tudi v 142. člen Ustave.<sup>138</sup>**

Tudi če odmislimo gornje ugotovitve, pa je drugi odstavek 63. člena ZPPDej v neskladju z 2. členom Ustave tudi zato, ker v neskladju z načelom zaupanja v pravo, ki je eno od načel pravne države iz 2. člena Ustave, posega v pravni položaj koncesionarjev, ki so imeli ob uveljavitvi ZPPDej sklenjene koncesijske pogodbe za opravljanje pogrebne in pokopališke dejavnosti. Ta ugotovitev velja ne glede na to, ali so bile koncesijske pogodbe sklenjene kot koncesije gradenj ali kot koncesije storitev, in ne glede na to, ali so bile sklenjene samo za opravljanje pogrebne dejavnosti ali samo za opravljanje pokopališke dejavnosti ali za opravljanje obeh. V vsakem primeru določba drugega odstavka 63. člena ZPPDej posega v njihov pravni položaj, ki je nastal, in kakršen je nastal pred uveljavitvijo določb ZPPDej. Posega pa v njihov pravni položaj tako, da prisilno<sup>139</sup> zmanjšuje predmet koncesije, kot je opredeljen v koncesijskih pogodbah. Zmanjšuje ga tako, da jim v celoti odvzema koncesijo, ki se je nanašala na pokopališko dejavnost,<sup>140</sup> in delno odvzema koncesijo, ki se je nanašala na pogrebno dejavnost.<sup>141</sup>

Poleg tega, da določba drugega odstavka 63. člena ZPPDej prisilno posega v predmet koncesije, opredeljen v koncesijski pogodbi, posega tudi v čas trajanja koncesije, ki je določen že s koncesijskim aktom,<sup>142</sup> odvisen pa je od tega, ali je koncesionar tudi vlagal v pokopališko infrastrukturo (koncesija gradenj) ali pa je

---

upoštevati, da koncesionarji praviloma ne bodo pristali na »prisilno uskladitev koncesijskih pogodb«, temveč bodo uveljavljali razlog za odvzem koncesije iz druge alineje prvega odstavka 44. člena ZGJS.

<sup>138</sup> Koncesionarjem pa, kot bo utemeljeno v nadaljevanju, poslabšujejo pravni položaj v nasprotju z načelom varstva zaupanja v pravo (pravne varnosti), ki je eno od načel pravne države iz 2. člena Ustave.

<sup>139</sup> Uskladitev ni odvisna od volje koncedenta ali od volje koncesionarja in tudi ne od njunega konsenza, temveč je zakonodajalec naložil uskladitev koncesijske pogodbe, ne da bi opredelil, kdo je dolžan to storiti in kako. Določil je tudi, kako se mora koncesijska pogodba uskladiti (to izhaja iz opredelitve obvezne občinske gospodarske javne službe v ZPPDej) in rok uskladitve; s tem je izključil uporabo določb o načinu spreminjanja koncesijske pogodbe, ki ga po ZGJS koncedent in koncesionar uredita v koncesijski pogodbi (8. alineja prvega odstavka 39. člena ZGJS), za katerega pa niti ni mišljeno, da bi se kot (način spreminjanja koncesijske pogodbe) uporabljal za delni ali celotni odvzem koncesije, ker za to ZGJS vsebuje posebne določbe v 44. členu.

<sup>140</sup> Ker ta po določbah ZPPDej ni opredeljena kot obvezna občinska gospodarska javna služba. Res je, da lahko občina (koncedent) po drugem odstavku 27. člena ZPPDej koncesionarja pooblasti za upravljanje pokopališč, vendar to velja le v primeru, če bo obstoječi koncesionar pridobil tudi koncesijo za 24-urno dežurno službo, ker v nasprotnem primeru ne bo koncesionar, kar pomeni, da koncesijske pogodbe ne bo mogoče uskladiti, temveč bo prenehala – čeprav ZPPDej tega ne predvideva.

<sup>141</sup> Razen v delu, ki je obsegal naloge 24-urne dežurne službe, kot jo opredeljuje ZPPDej.

<sup>142</sup> Sedma alineja prvega odstavka 33. člena ZGJS.

opravljaj le pogrebne in pokopališke storitve (koncesija storitev).<sup>143</sup> Od tega je odvisno tudi, kakšna škoda lahko koncesionarju nastane zaradi predčasnega odvzema koncesije.

**Zaradi navedenega obravnavana določba ZPPDej poslabšuje pravni položaj koncesionarjev, ki so imeli ob uveljavitvi zakona že sklenjene pogodbe, in s tem posega (z nepravo retroaktivnostjo<sup>144</sup>) v načelo zaupanja v pravo oziroma načelo pravne varnosti iz 2. člena Ustave.**

Koncesijsko razmerje, kot je urejeno s koncesijsko pogodbo, je po določbah ZJZP ena od oblik pogodbenega javno-zasebnega partnerstva. Po 24. členu ZJZP se pogodbeno partnerstvo izvaja skladno ZJZP in zakonom, ki ureja javno naročanje, ter/ali zakonom, ki ureja gospodarske javne službe. Po prvem odstavku 44. člena ZJZP se v primerih koncesijskega partnerstva, pri katerem pridobi koncesionar pravico izvajati gospodarsko javno službo, za javni razpis oziroma neposredno sklenitev, izbiro izvajalca javno-zasebnega partnerstva, pravno oziroma sodno varstvo v teh postopkih in koncesijsko pogodbo ter dodelitev del tretjim osebam uporablja tudi zakon, ki ureja gospodarske javne službe. Po četrtem odstavku 27. člena ZJZP mora koncedent, če je predmet koncesije izvajanje gospodarske javne službe ali druge dejavnosti, kjer zakon zaradi varovanja javnega interesa izrecno predpisuje izdajo upravne odločbe, izbranemu koncesionarju pred sklenitvijo pogodbe iz prejšnjega odstavka izdati odločbo, s katero mu podeli pravico izvajati to dejavnost.<sup>145</sup> Po izbiri koncesionarja skleneta koncedent in koncesionar koncesijsko pogodbo. Po 68. členu ZJZP pravice in obveznosti, ki izhajajo iz razmerja javno-zasebnega partnerstva, nastanejo s trenutkom sklenitve pogodbe o javno-zasebnem partnerstvu (oziroma koncesijske pogodbe).<sup>146</sup>

---

<sup>143</sup> V vsakem primeru pa je po določbah ZJZP razmerje javno-zasebnega partnerstva dolgoročno razmerje, sklenjeno za določen čas. Trajanje razmerja javno-zasebnega partnerstva se določi tako, da se izvajalcu javno-zasebnega partnerstva omogoči stabilnost in varnost naložbe, možnost učinkovitega in varnega financiranja naložbe in povrnitev vložkov ter da glede na naravo predmeta partnerstva v času razmerja povrne v partnersko razmerje vložena sredstva in doseže normalen tržni donos, hkrati pa ohrani, prevzema in upravlja, odvisno od narave razmerja javno-zasebnega partnerstva, del poslovnega tveganja (prvi in drugi odstavek 71. člena ZJZP). ZJZP predvideva podaljšanje trajanja javno-zasebnega partnerstva na način, ki je vnaprej določen v aktu o javno-zasebnem partnerstvu (tretji odstavek 71. člena), ne predvideva pa njenega skrajšanja (to kot oblike prenehanja koncesijskega razmerja ureja ZGJS).

<sup>144</sup> Nepravo retroaktivnost ter pogoje za njeno ustavno dopustnost je Ustavno sodišče opredelilo v odločbi št. U-I-199/02 z dne 21. 10. 2004. V 38. točki obrazložitve te odločbe je zapisalo: »38. .... Ustavno sodišče je že večkrat pojasnilo, da Ustava varuje na podlagi zakona pridobljene pravice tako, da vanje ni mogoče posegati z učinkom za nazaj, ne preprečuje pa, da bi zakon spreminjal prej zakonsko določene pravice ali pogoje za njihovo uveljavljanje z učinkom za naprej, če te spremembe ne nasprotujejo z Ustavo določenim načelom oziroma drugim ustavnim določbam, zlasti načelu varstva zaupanja v pravo kot enemu od načel pravne države iz 2. člena Ustave (tako npr. odločba Ustavnega sodišča št. U-I-135/00 z dne 9. 10. 2002)«. Enako Ustavno sodišče tudi v odločbi št. U-I-277/05 z dne 09.02.2006 (točka 56 obrazložitve).

<sup>145</sup> Po prvem odstavku 37. člena ZGJS o izbiri koncesionarja odloči koncedent z upravno odločbo.

<sup>146</sup> Razen če zakon določa drugače ali če je v pogodbi o javno-zasebnem partnerstvu določeno, da se te pridobijo pozneje ali ob izpolnitvi določenega pogoja. Tudi v primeru koncesije gradenj se sklenitev koncesijske pogodbe šteje za pridobitev koncesije gospodarske javne službe, če je predmet koncesije

Iz odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-277/05 z dne 9. 2. 2006 izhaja, da je zakonska zahteva po prilagoditvi obstoječih pogodb novi zakonski ureditvi (torej zakonski ureditvi, sprejeti potem, ko so bile pogodbe že sklenjene) poseg v 2. člen Ustave, zato mora biti takšna zakonska ureditev skladna s kriteriji načela zaupanja v pravo. To seveda velja, če gre za poslabšanje pravnega položaja posameznikov oziroma pravnih oseb, kakršen izhaja iz pogodb, sklenjenih pred zakonsko ureditvijo, ki posega v njihov pravni položaj. Z drugimi besedami: velja, kadar gre za t. i. nepravo retroaktivnost ali za poseg v pričakovane pravice kot dve temeljni obliki poslabšanja pravnega položaja.

Glede na zgoraj navedeno gre v primeru drugega odstavka 63. člena ZPPDej za takšno poslabšanje pravnega položaja koncesionarjev. Pri koncesijskih pogodbah, ki so bile sklenjene pred uveljavitvijo ZPPDej, gre namreč za pogodbeno urejen položaj, ki je bil opredeljen in zaključen v trenutku sklenitve pogodb. Uskladitev koncesijskih pogodb pa koncesionarjem ne bo (sicer za naprej) odvzela le koncesije ali njenega znatnega dela, temveč jim bo odvzela tudi možnost povrnitve svojih vlaganj.

Načelo varstva zaupanja v pravo posamezniku in pravni osebi zagotavlja, da mu oziroma ji država njegovega pravnega položaja (niti z nepravo retroaktivnostjo niti s posegom v pričakovane pravice) ne bo poslabšala arbitrarno, torej brez stvarnega razloga, utemeljenega v prevladujočem javnem interesu (javnem interesu, ki posebej utemeljuje poslabšanje pravnega položaja), kar se ugotavlja v okviru t. i. tehtanja dobrin, s katerim se ugotovi, kateri izmed ustavno varovanih dobrin je v posameznem spornem primeru treba dati prednost in zakaj.<sup>147</sup>

Iz zakonodajnega gradiva ni niti razvidno, da bi se zakonodajalec zavedal, da z določbo drugega odstavka 63. člena ZPPDej poslabšuje pravni položaj koncesionarjev, zato v zakonodajnem gradivu ni opredelil javne koristi,<sup>148</sup> ki takšno poslabšanje narekuje, niti ni utemeljil, zakaj po njegovi oceni pomen (teža) varovane javne koristi pretehta nad težo poslabšanja pravnega položaja koncesionarjev.<sup>149</sup>

Če bi zakonodajalec želel tak učinek (torej učinek neprave retroaktivnosti) določbe, bi moral v zakonodajnem gradivu navesti javni interes (javno korist), ki to narekuje, ter navesti, kateri stvarni razlog, utemeljen v tej javni koristi, to narekuje, in zakaj je po mnenju zakonodajalca ta razlog prevladal nad poslabšanjem pravnega položaja, ki

---

gradenj tudi izvajanje gospodarske javne službe (drugi odstavek 89. člena ZJZP), pri čemer glede na 85. člena ZJZP tudi v tem primeru pred sklenitvijo koncesijske pogodbe koncedent izda koncesionarju odločbo, s katero mu podeli pravico izvajati gospodarsko javno službo.

<sup>147</sup> Glej odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-19/05 z dne 17. 3. 2005; enako npr. tudi v odločbi št. U-I-13/13 z dne 14. 11. 2013.

<sup>148</sup> Javno korist bi v obravnavanem primeru lahko predstavljala samo neka ustavno varovana dobrina (vrednota), ki bi istočasno narekovala, da se pogrebna (razen 24-urne dežurne službe) in pokopališka dejavnost ne opravljata kot obvezna občinska gospodarska javna služba.

<sup>149</sup> Česar pa ni mogoče storiti za vse koncesionarje enako, ker je teža posega odvisna od predmeta in vrste koncesije.

ga predstavlja neprava retroaktivnost. Tega v zakonodajnem gradivu ni storil.<sup>150</sup> Že s tem je kršil 2. člen Ustave.

### 3.3. Neustavnost četrtega odstavka 62. člena ZPPDej

Posledica nekonsistentnosti drugega odstavka 63. člena ZPPDej je tudi nekonsistentnost četrtega odstavka 62. člena ZPPDej. Po njem so izvajalci pogrebne dejavnosti dolžni uskladiti svojo dejavnost z določbami ZPPDej in podzakonskih predpisov, sprejetih na njegovi podlagi, v enem letu od uveljavitve tega zakona.

Izvajalci pogrebne dejavnosti<sup>151</sup> so bili na dan uveljavitve ZPPDej koncesionarij (gospodarske družbe ali samostojni podjetniki) in javna podjetja. Če pri javnih podjetjih določba drugega odstavka 63. člena ZPPDej ne poraja ustavnopravnih vprašanj, se pri koncesionarijih zastavlja vprašanje, kako naj sploh uskladijo svojo dejavnost, če je uskladitev njihove dejavnosti odvisna od tega, kakšen način izvajanja obvezne občinske gospodarske javne službe (zagotavljanje 24-urne dežurne službe) bo občina sploh opredelila v svojem odloku: kot javno službo v režiji ali kot koncesionirano javno službo. Poleg tega ni jasno, ali se bo odločila za pooblastitev koncesionarja za upravljanje s pokopališčem, ali bo upravljavec pokopališča neposredno občina sama<sup>152</sup> ali druga oseba javnega prava. Odločitev o tem lahko občina sprejme v roku enega leta od uveljavitve ZPPDej. Do takrat se uporabljajo predpisi (vključno s koncesijskimi akti oziroma akti o javno-zasebnem partnerstvu, ki so občinski predpisi), ki so bili izdani na podlagi ZPPDUP, pokopališka in pogrebna dejavnost pa se morata izvajati na njihovi podlagi, k čemer tako občine kot tudi koncesionarje zavezuje 61. člen ZPPDej. Kako izvajati pokopališko in pogrebno dejavnost na podlagi predpisov (in koncesij), izdanih na podlagi ZPPDUP, istočasno pa prilagoditi izvajanje dejavnosti predpisom občin, ki bodo izdani na

---

<sup>150</sup> Tako Ustavno sodišče npr. v odločbi št. U-I-19/05 z dne 17. 3. 2005. V obrazložitvi te odločbe je Ustavno sodišče med drugim zapisalo: »12. Po ustaljeni ustavnopravni presoji načelo zaupanja v pravo zahteva, da je treba pri tehtanju varovanih dobrin oziroma z drugimi besedami, pri presoji kolizije dveh vrednot nameniti posebno pozornost tudi prehodni ureditvi. Zakonodajalec mora s tehtanjem med zakonskimi cilji in prizadetostjo pravnih položajev oceniti, ali je posebna prehodna ureditev potrebna, in če je, kakšna naj bo, da bo v čim manjši meri (ob upoštevanju načela sorazmernosti) prizadela obstoječe pravne položaje in pridobljene pravice posameznikov (tako tudi v odločbi št. U-I-206/97 z dne 17. 6. 1998, Uradni list RS, št. 50/98 in OdlUS VII, 134). ..... Zato bi moral zakonodajalec v ZP-1 vključiti prehodno določbo, ki bi uredila položaj pobudnice, in pri tem upoštevati pravnomočno odločbo in z njo pridobljeno pravico na podlagi 23. člena ZP-I. Ker tega ni storil, je šesti odstavek 217. člena ZP-1 v neskladju z 2. členom Ustave (1. točka izreka)«.

<sup>151</sup> Ki so, glede na Revizijsko poročilo Računskega sodišča Zagotavljanje izvajanja in nadzora nad pokopališko in pogrebno dejavnostjo ter urejanjem pokopališč (št. 320-11/2012/90 z dne 25. 11. 2014, str. 33–35), izvajali pogrebno dejavnost v skladu z veljavno zakonodajo (ZGJS in ZJZP).

<sup>152</sup> Zakonodajalec v zakonodajnem gradivu sicer poudarja, da gre (pri upravljanju pokopališč) za uskladitev zakonodaje (ZPPDej) z ZSPDSLS, vendar ZSPDSLS v tretjem odstavku 9. člena določa, da so upravljavci stvarnega premoženja samoupravnih lokalnih skupnosti uprava samoupravne lokalne skupnosti in osebe javnega prava, ki jih za upravljavce določi organ, pristojen za izvrševanje proračuna samoupravne lokalne skupnosti, s svojim aktom. Upravljavec torej ni občina (kot to določa 27. člena ZPPDej), temveč uprava občine oziroma druga oseba javnega prava.



podlagi ZPPDej (in ki jih v času prilagoditve še ni), zakonodajalec v zakonodajnem gradivu ne pojasni. **Pri tem ne gre le za nekonsistentnost v smislu neskladnosti z 2. členom Ustave, temveč tudi za položaj, ki bi bil, če bi se sporna določba uporabila, zaradi razlogov, ki so bili že navedeni, v neskladju z določbami 35. in 51. člena Ustave.**

Ob tem je treba upoštevati, da je podlaga za spremenjeno (izvajanje) dejavnosti koncesionarjev tudi koncesijska pogodba, katere »uskladitev« po drugem odstavku 63. člena ZPPDej je ustavno sporna zaradi razlogov, navedenih v prejšnji točki te zahteve.

### **3.4. Poseg v vire financiranja in nalaganje finančnih bremen brez določitve vira**

Ustavno sodišče je v odločbi št. U-I-24/07 z dne 4. 10. 2007 poudarilo, da 9. člen Ustave določa, da je v Sloveniji zagotovljena lokalna samouprava. Ta zagotavlja prebivalcem lokalnih skupnosti, da sami upravljajo z lokalnimi zadevami na podlagi posebnega pravnega položaja lokalne skupnosti. Gre za obliko samostojnega urejanja in reševanja življenjskih potreb prebivalstva, ki živi na določenem območju. V Sloveniji je samoupravni položaj lokalnim skupnostim zagotovljen na ustavni ravni, kar pomeni, da jim ga zakonodajalec ne more odvzeti ali ga ogroziti. Ustava določa, da prebivalci uresničujejo lokalno samoupravo v občinah in drugih lokalnih skupnostih (138. člen Ustave). Iz ustavne opredelitve občine pa izhaja zahteva, naj bo občina sposobna samostojno opravljati lokalne zadeve oziroma zadovoljevati potrebe in interese svojih prebivalcev (prvi odstavek 140. člena Ustave). To pomeni, da sta za opravljanje lokalnih zadev neogibno potrebni tudi finančna sposobnost in avtonomnost občine.

Ustava v prvem stavku 142. člena določa, da se občina financira iz lastnih virov. Eden od temeljnih pogojev za uresničevanje ustavnega načela lokalne samouprave je tako v zagotavljanju zadostnih lastnih finančnih virov za financiranje izvirnih pristojnosti občin, tj. tistih, ki jih občina določi s svojimi akti neposredno na podlagi svojega ustavnega položaja, in tistih, ki jih kot pristojnost občine določajo zakoni. S tem se zagotavljata predvsem izvrševanje oblasti na nižjih ravneh v skladu z naravo nalog po načelu subsidiarnosti in uresničevanje ustavnega načela lokalne samouprave, zato je od zadostnih finančnih virov posledično odvisna tudi stopnja avtonomnosti lokalne skupnosti, s tem pa tudi njene samoupravnosti.<sup>153</sup>

Z določitvijo pogrebne dejavnosti kot tržne dejavnosti (razen zagotavljanja 24-urne dežurne službe), je zakonodajalec z ZPPDej posegel v pravico občin, da same upravljajo z lokalnimi zadevami. Pogrebna in pokopališka dejavnost je lokalna zadeva, saj jo kot takšno določa ZLS: po 19. alineji drugega odstavka 21. člena ZLS

---

<sup>153</sup> Tako Ustavno sodišče v odločbi št. U-I-24/07 z dne 4. 10. 2007.

občina organizira opravljanje pokopališke in pogrebne službe. Res je, da iz takšne dikcije ZLS ne izhaja, da bi bili z ZLS navedeni dejavnosti sami po sebi opredeljeni kot obvezna občinska gospodarska javna služba,<sup>154</sup> jih pa ZLS uvršča med lokalne zadeve javnega pomena. Zakonodajalec zato s tem, ko posega v opredelitev lokalnih zadev in njihovo izvajanje kot tržno dejavnost, posega v 9. in 140. člen Ustave. V zvezi s tem pravi Ustavno sodišče v odločbi v zadevi št. U-I-98/95 z dne 11. 7. 1996: "V prvem odstavku 140. člena Ustave je določeno: "V pristojnost občine spadajo lokalne zadeve, ki jih občina lahko ureja samostojno in ki zadevajo samo prebivalce občine." Opredelitev obsega izvirnih pristojnosti občine temelji na pojmu "lokalna javna zadeva". Določba prvega odstavka 140. člena Ustave predstavlja ustavni branik pred posegi države v jedro lokalne samouprave. Država s svojimi predpisi ne sme poseči v zajamčeno področje izvirne pristojnosti občine ...". Hkrati pa občini odvzema del njenih lastnih virov, iz katerih se je financirala. Ker ji ne določa nadomestnega vira, s tem posega tudi v 142. člen Ustave.

V času veljavnosti ZPPDUP se je pogrebna dejavnost opravljala kot obvezna občinska gospodarska javna služba, ki se je financirala iz cene storitve.<sup>155</sup> Po prvem odstavku 7. člena Zakona o financiranju občin<sup>156</sup> (v nadaljevanju: ZFO-1) plačila za storitve lokalnih javnih služb sodijo med druge lastne vire financiranja občine. Vir financiranja občine so po navedenem členu poleg plačil za storitve lokalnih javnih služb tudi koncesijske dajatve. Koncesijske dajatve in plačila za storitve lokalnih javnih služb je občina lahko uporabila tudi za financiranje investicij, kot je v primeru pogrebne in pokopališke dejavnosti širitev pokopališča ali izgradnja novega pokopališča, pa tudi za financiranje opustitve pokopališča.

S tem, ko je zakonodajalec z ZPPDej pogrebno dejavnost opredelil kot tržno dejavnost, je občini odvzel možnost zaračunavanja plačil (cene) za pogrebne storitve, ki jih je občina opravljala v režiji (npr. prek javnega podjetja) oziroma ji je odvzel možnost pridobivanja koncesnine za podelitev koncesije za opravljanje storitev pogrebne dejavnosti, če se je odločila za koncesioniran način izvajanja pogrebne dejavnosti. Hkrati pa je zakonodajalec določil občini opravljanje 24-urne dežurne službe kot obvezne občinske gospodarske javne službe, katere cena se bo oblikovala na podlagi metodologije, ki jo bo predpisala Vlada, zajemala pa bo lahko samo stroške prevozov, hladilnih prostorov in druge splošne stroške izvajalca za izvajanje te službe.<sup>157</sup> Pokopališke dejavnosti zakonodajalec ni opredelil kot javne službe, temveč naj bi šlo za upravljanje pokopališč v smislu upravljanja s stvarnim premoženjem občine po ZSPDSL. Pri tem zakonodajalec v ZPPDej opredeljuje samo vire za zagotavljanje urejenosti pokopališč, ne pa tudi za urejanje pokopališč.

<sup>154</sup> Kriterije za njuno opredelitev kot javne službe vsebuje ZGJS; argumenti o ustavni spornosti določitve pogrebne dejavnosti kot tržne dejavnosti so vsebovani v posebnem delu te zahteve.

<sup>155</sup> Iz 2. alineje prvega odstavka 26. člena ZPPDUP izhaja, da so se cene plačevale za uporabo pokopaliških objektov in naprav ter opravljanje drugih storitev v zvezi z opravljanjem pokopališke in pogrebne dejavnosti. V ta okvir so sodile tudi cene za najem grobov.

<sup>156</sup> Uradni list RS, št. 123/06 in nasl.

<sup>157</sup> Tretji in četrti odstavek 8. člena ZPPDej.

Za zagotavljanje urejenosti pokopališč so namenjene grobnine,<sup>158</sup> za storitve grobarjev in pokopališko pogrebne moštva<sup>159</sup> pa je predvideno plačilo, ki ga upravljavec pokopališča zaračunava izvajalcem pogrebnih storitev.<sup>160</sup>

Z uveljavitvijo ZPPDej je torej občina izgubila del virov financiranja lokalnih zadev, med katere sodita urejanje pokopališč, ki obsega izgradnjo novega pokopališča ali širitev obstoječega pokopališča, ter opustitev pokopališča. ZPPDej je navedeno določil kot lokalno zadevo in naložil občini, da mora zagotoviti finančna sredstva. Hkrati je zmanjšal priliv sredstev, dosežen s plačili za storitve pogrebne dejavnosti, ter zmanjšal ali v celoti prekinil priliv sredstev od koncesnin.

**Ureditev po ZPPDej, zaradi katere se zmanjšuje obseg lastnih prihodkov občin, zato ni v skladu s 142. členom Ustave, po katerem se občina financira iz lastnih virov. Za neskladje ne gre zaradi izpodbijanega sistema financiranja pogrebne in pokopališke dejavnosti samega po sebi, temveč zato, ker je bil z njegovo uveljavitvijo občinam, v položaju, v katerem se nahajajo, odvzet del njihovega lastnega prihodka, ne da bi bil nadomeščen z drugim lastnim virom financiranja.**<sup>161</sup>

**Izpodbijana ureditev v delu, v katerem se nanaša na zahtevo po uskladitvi koncesijskih pogodb za izvajanje pogrebne in pokopališke dejavnosti (drugi odstavek 63. člena ZPPDej), ni v neskladju samo z 2. členom Ustave zaradi razlogov, navedenih v točki III.2. te zahteve, temveč je v neskladju tudi s 142. členom Ustave, ker v nasprotju z načelom varstva zaupanja v pravo (2. člen Ustave) posega v načrtovane vire (prilive) financiranja občin, poleg tega pa občine postavlja v položaj, v katerem bodo morale koncesionarjem plačati odškodnino, kar bo imelo za posledico zmanjšanje sredstev občinskih proračunov, namenjenih za financiranje drugih zadev iz izvirne pristojnosti občin.**

Kot je bilo že navedeno, gre pri koncesijskih pogodbah, ki so bile sklenjene pred uveljavitvijo ZPPDej, za pogodbeno urejen položaj, ki je bil opredeljen in zaključen v trenutku sklenitve pogodb. Sklenjene so sicer za določen čas, vendar gre pri tem za

<sup>158</sup> Ki po tretjem odstavku 34. člena ZPPDej lahko obsega samo stroške za urejenost pokopališča (stroški vzdrževanja), stroške oddaje grobov in stroške vodenja evidenc. Ne obsega pa sredstev (stroškov) za investicije: gradnje novega pokopališča ali širitve pokopališča, ki po ZPPDej predstavljata urejanje pokopališč (37. člen ZPPDej), pa tudi ne sredstev (stroškov) za opustitev pokopališča.

<sup>159</sup> Ki ju mora občina kot upravljavec pokopališča obvezno zagotavljati, čeprav ju ZPPDej ne opredeljuje kot javno službo in torej nista del pogrebne dejavnosti, ki bi jo lahko opravljali izvajalci pogrebne dejavnosti, ker ne sodita v okvir priprave in izvedbe pogreba po 4. alineji drugega odstavka 5. člena ZPPDej. Očitno pa je, da gre za del dejavnosti, ki jo je zakonodajalec umestil v zagotavljanje urejenosti pokopališč, čeprav sodi v okvir opravljanja pogrebnih storitev, glede na ZGJS pa ima vse znake storitev, ki se zagotavljajo v okviru javnih gospodarskih služb.

<sup>160</sup> To plačilo (cena) že po naravi stvari ne more obsegati dela investicijskih sredstev za širitev ali izgradnjo novega pokopališča.

<sup>161</sup> Tako Ustavno sodišče v odločbi št. U-I-176/04 z dne 9. 2. 2006.

daljša časovna obdobja. Glede na to občina načrtuje prilive od koncesnin, ki so vir občinskega proračuna, za daljše časovno obdobje. Z drugim odstavkom 63. člena ZPPDej je zakonodajalec to časovno obdobje skrajšal na eno leto po uveljavitvi ZPPDej ter s tem zmanjšal bodoče prilive iz naslova koncesnin. Z ustavnopravnega vidika je položaj enak kot v primeru spremembe dela pogrebne dejavnosti v tržno dejavnost. Koncesionar (kot tržni subjekt) seveda ni dolžan pristati na »uskladitev koncesijske pogodbe«, kar pomeni, da občina ne izgubi le dela koncesnine, temveč lahko izgubi celotno koncesnino. Enako kot v primeru spremembe pretežnega dela pogrebne dejavnosti v tržno dejavnost in s tem izpada sredstev od plačil za storitve kot lastnega vira financiranja občine tudi v primeru izpada koncesnin zakonodajalec ni zagotovil nadomestnega vira. **S tem je ravnal v nasprotju s 142. členom Ustave.**

Niti ZJZP niti ZGJS ne vsebujeta določb o »uskladitvi sklenjene koncesijske pogodbe«, še manj pa določb o prisilni »uskladitvi sklenjene koncesijske pogodbe«. ZGJS v členih 41 do 45 ureja prenehanje koncesijskega razmerja. Koncesijsko razmerje (razmerje med koncedentom in koncesionarjem) preneha s prenehanjem koncesijske pogodbe, z odkupom koncesije, z odvzemom koncesije in s prevzemom koncesionirane javne službe v režijo (41. člen). V primeru, kakršen je primer iz drugega odstavka 63. člena ZPPDej, pride v poštev odvzem koncesije po 44. členu ZGJS. Ta člen v drugi alineji prvega odstavka določa, da koncedent lahko odvzame koncesijo koncesionarju, če je v javnem interesu, da se dejavnost preneha izvajati kot gospodarska javna služba ali kot koncesionirana gospodarska javna služba. V obravnavanem primeru se je zakonodajalec odločil, da se pokopališka dejavnost in pogrebna dejavnost, razen 24-urne dežurne službe, prenehata izvajati kot gospodarska javna služba. ZGJS pa za tak položaj predvideva odvzem koncesije in ne njeno uskladitev. Nov predmet koncesije je lahko le podlaga za odločitev o novem načinu izvajanja javne službe: kot koncesionirane javne službe ali kot javne službe v režiji. Odvzem koncesije je dopusten pod pogoji, ki se določijo v koncesijskem aktu ali v koncesijski pogodbi (drugi odstavek 44. člena ZGJS).<sup>162</sup> Pri tem ZGJS v tretjem odstavku 44. člena daje koncesionarju pravico do odškodnine: koncedent (občina) je dolžan plačati koncesionarju odškodnino, ki se določa po predpisih o razlastitvi, njena višina je odvisna tudi od tega, ali je šlo za koncesijo storitev ali za koncesijo gradenj. **Ob upoštevanju tega dejstva drugi odstavek 63. člena ZPPDej občinam ne povzroča samo izpada vira (koncesnine), ki je po 7. členu ZFO-1 lasten vir financiranja občine, temveč jim povzroča tudi proračunske izdatke, ki zmanjšujejo sredstva za opravljanje drugih izvirnih nalog občin. To pa pomeni, da v nasprotju s 142. členom Ustave posega v vire financiranja občin in v njihovo pravico samostojnega opravljanja lokalnih javnih zadev, to je v pravico do lokalne samouprave iz 9. člena in 142. člena Ustave.**

---

<sup>162</sup> Pri tem ZGJS ne izključuje delnega odvzema, če bi bil v koncesijskem aktu ali koncesijski pogodbi predviden.

Neskladnosti sporne ureditve s 142. členom Ustave bi se zakonodajalec lahko izognil že s tem, da bi uzakonil ustrezno prehodno obdobje, ki bi omogočilo, da bi se v občinah, ki so imele na dan uveljavitve ZPPDej sklenjene koncesijske pogodbe za opravljanje pogrebne in pokopališke dejavnosti, pogrebna in pokopališka dejavnost izvajali skladno z določbami občinskih predpisov iz 61. člena ZPPDej do izteka koncesijske dobe, določene v koncesijskem aktu oziroma aktu o javno-zasebnem partnerstvu. To bi sicer lahko povzročilo neenako obravnavanje občin in uporabnikov pogrebnih in pokopaliških storitev, vendar za to obstaja razumen, iz narave stvari izhajajoč razlog, ki neenako obravnavo utemeljuje s 142. členom Ustave neskladnega poseganja v položaj občin.<sup>163</sup>

### **3.5. Kršitev načela enakosti pred zakonom**

Zakonodajalec je sicer z ZPPDej občinam zagotovil vir, ki pa je nedefiniran, hkrati pa ni jasno, kako se vklaplja v ostale vire – grobnine, plačila za opravljanje storitev grobarjev in pokopališko pogrebne moštva ter koncesnine, če se bo občina odločila za zagotavljanje 24-urne dežurne službe kot koncesionirane javne službe. Gre za pogrebno pristojbino, ki jo lahko določi občina za izvedbo pogreba na posameznem pokopališču, in ki jo upravljavcu pokopališča plača izvajalec pogreba (19. alineja drugega odstavka 4. člena). Namen pristojbine ni opredeljen, čeprav ni dvoma, da gre za prihodek občinskega proračuna.<sup>164</sup> Ni pa jasno, kako vpliva na ostale vire.<sup>165</sup>

Vsekakor bodo občine glede na možnost, ki jo daje ZPPDej glede uvedbe pogrebne pristojbine, to lahko izkoristile za pokritje izpada virov, ki so jih predstavljale cene storitev pogrebne dejavnosti in koncesnine; tudi zato, ker ZPPDej ne določa niti okvira za njihovo določanje niti ne omejuje njene višine.

**Iz navedenega izhaja, da je zakonodajalec uporabnike pogrebnih storitev postavil v neenak položaj ter s tem kršil ustavno načelo enakosti pred zakonom (drugi odstavek 14. člena Ustave).** Načelo enakosti pred zakonom iz drugega odstavka 14. člena Ustave zahteva, da se predpisi, v obravnavanem primeru ZPPDej, uporabljajo enako za vse subjekte. V primeru ZPPDej so zaradi omejitve

---

<sup>163</sup> Nenazadnje je zakonodajalec takšno daljše prehodno obdobje uzakonil v prvem odstavku 63. člena ZPPDej. V njem je določil, da občina, ki ni lastnik pokopališča ali nima urejene razpolagalne pravice, za upravljanje pokopališča uporablja določila zakona, ki ureja gospodarske javne službe, in zagotovi izvajanje pokopališke dejavnosti v skladu s 27. členom ZPPDej najpozneje v desetih letih od uveljavitve tega zakona. Namesto enega leta je torej za tak primer določil desetletno prehodno obdobje.

<sup>164</sup> V primeru prenosa pooblastil po drugem odstavku 27. člena ZPPDej je lahko tudi prihodek koncesionarja, če tako odloči občina v okviru akta o pooblastilu.

<sup>165</sup> Po četrtem odstavku 34. člena ZPPDej višino grobnine na predlog upravljavca pokopališča, upoštevajoč predhodna odstavka, s sklepom določi občina, ki pri tem upošteva tudi morebitno pogrebno pristojbino ter druga sredstva, namenjena upravljanju pokopališča, iz česar bi lahko sklepali, da pogrebna pristojbina zniža grobnino, kar pomeni, da ni (vsaj ne v celoti) predvidena kot dodaten vir poleg grobnine.

lastnih virov občinam ter možnosti predpisovanja pogrebne pristojbine v neenakem položaju občine, ki ne bodo mogle z viri, ki jih predvideva ZPPDej, zagotoviti 24-urne dežurne službe in upravljanja s pokopališči in bodo morale zato predpisati pogrebno pristojbino ter s tem obremeniti svoje prebivalce kot uporabnike pogrebnih storitev, ker bodo v nasprotnem primeru morale zmanjšati sredstva za zagotavljanje z zakoni določenih pristojnosti in nalog, ki pa so za vse slovenske občine enake in s katerimi se občankam in občanom slovenskih občin zagotavljajo storitve in dobrine, ki so predmet temeljnih človekovih pravic. Uporabniki (zlasti tisti, ki so že najemniki grobov, v katerih so že pokojniki) pa bodo v neenakem položaju pri plačilu pogrebnih storitev, saj bo višina tega plačila odvisna od tega, ali bo občina (kot upravljavec pokopališča) določila pogrebno pristojbino, ki jo bo sicer plačal izvajalec pogreba, breme tega plačila pa prevalil na uporabnike, praviloma svojce pokojnega. To pa med drugim pomeni tudi, da svojcem zaradi izbire kraja, kjer imajo najet grob, ni zagotovljeno uresničevanje človekovih pravic pod enakimi pogoji.<sup>166</sup> Za takšno razlikovanje ni najti (in tudi ne izhaja iz zakonodajnega gradiva) razumnega, iz narave stvari izhajajočega, razloga. Ravno obratno – iz narave stvari izhaja, da so pogoji za pokop in pogreb enaki ne glede na kraj, kjer je pokopališče.

**Poleg navedenega je treba opozoriti tudi na neopredeljenost pogrebne pristojbine, s tem pa njeno neskladnost s 147. členom Ustave.** Iz ZPPDej ne izhaja jasno in določno, ali gre za plačilo storitve ali pa je treba pogrebno pristojbino šteti kot javno dajatev. V prid razlagi, da gre za plačilo storitve, je dejstvo, da ZPPDej določa, da pogrebno pristojbino plača izvajalec pogreba, torej pravna oseba ali podjetnik, ki je registriran za opravljanje pogrebne dejavnosti in jo opravlja kot tržno dejavnost. Proti tej razlagi pa govori dejstvo, da izvajalec pogreba vse stroške, ki so povezani z izvedbo pogreba in pokopa pokojnika, pa ne gre za storitve, ki jih nudi sam, plača kot stroške za storitve grobarjev in pokopališko pogrebno moštvo. Najem groba plača najemnik v obliki grobnine. Torej ni druge storitve, za katero bi se plačali stroški v obliki pogrebne pristojbine. To govori v prid stališču, da je pogrebna pristojbina javna dajatev. Poleg tega gre za pristojbino, ki jo predpiše občina z odlokom o pokopališkem redu, torej z občinskim predpisom.<sup>167</sup>

Ustavnopravno podlago za predpisovanje dajatev predstavljata 146. in 147. člen Ustave. S 146. členom Ustave so določeni viri sredstev za uresničevanje nalog države in lokalnih skupnosti (davki in druge obvezne dajatve ter prihodki od lastnega premoženja). Iz 147. člena Ustave (v povezavi s 87. členom Ustave, ki opredeljuje zakonsko pristojnost Državnega zbora) pa izhaja, da lahko izključno država z zakonom predpisuje davke, carine in druge dajatve ter da lahko lokalne skupnosti

<sup>166</sup> Pri zagotovitvi pokopa pokojnika ne gre le za izkazovanje in ohranjanje dostojanstva in spoštovanja do umrlih (odločba Ustavnega sodišča št. U-I-54/99 z dne 13. 6. 2002), temveč gre tudi za dostojanstvo njihovih svojcev, ki so naročniki pogreba. Tudi iz 2. člena ZPPDej izhaja, da se pogrebna in pokopališka dejavnost opravlja s spoštovanjem in pieteto do pokojnikov in njihovih svojcev.

<sup>167</sup> ZFO-1 pristojbin ne omenja, prvi odstavek 22. člena Zakona o financiranju občin – ZFO (Uradni list RS, št. 80/94 in 56/98) pa je med prihodki občine za financiranje porabe izrecno navajal tudi pristojbine.

predpisujejo davke in druge dajatve le ob pogojih, ki ji določata Ustava in zakon. Za državo to pomeni, da ima popolno fiskalno suverenost, ki obsega pooblastilo in pravico do ustanavljanja fiskalnih prihodkov, njihovega uvajanja in določanja njihove višine. Fiskalna suverenost lokalnih skupnosti je delna, saj se morajo pri ustanavljanju, uvajanju in določanju višine dajatev gibati v okvirih, določenih z Ustavo in zakoni, kar pomeni, da predpisi lokalnih skupnosti o dajatvah ne smejo vsebovati določb, za katere v Ustavi in zakonu ni vsebinske podlage.

Ustavno sodišče je že v odločbi<sup>168</sup> oblikovalo ustavne kriterije za dopustnost predpisovanja javnih dajatev z občinskimi predpisi. Zapisalo je, da mora biti zaradi lastnosti davka kot javne dajatve brez neposredne zveze med dajatvijo in povračilom zakon, ki tako dajatev predpisuje, tem bolj določen, čim bolj posredna je ta zveza. Tako morajo biti že iz zakonskih določb razvidni in predvidljivi pogoji, pod katerimi so lokalne skupnosti pooblašene za predpisovanje posameznih davkov. Če zakon ne določi pogojev, pod katerimi lahko občine predpišejo dajatev, je v neskladju z 2. in tudi s 147. členom Ustave.<sup>169</sup>

ZPPDej v 19. alineji drugega odstavka 4. člena določa samo, da občina z odlokom o pokopališkem redu lahko predpiše pogrebno pristojbino. Nikjer pa ne določa namena, zaradi katerega se pristojbina plačuje, kar pomeni, da ni neposredne zveze med pristojbino kot dajatvijo in povračilom, poleg tega ne predpisuje niti njene višine, prav tako ne določa pogojev, pod katerimi jih lahko občina predpiše, in drugih elementov pristojbine. **Glede na kriterije Ustavnega sodišča, vsebovane v odločbi št. U-I-233/97, je 19. alineja drugega odstavka 4. člena ZPPDej v neskladju s 147. členom Ustave.**

Glede na navedeno je vlagatelj predloga mnenja, da je nujno treba preveriti skladnost določb drugega odstavka 5. člena, četrtega odstavka 62. člena, prvega stavka prvega odstavka 63. člena in drugega odstavka 63. člena Zakona o pogrebni in pokopališki dejavnosti z 2., 9., 14., 15., 35., 51., 72., 74., 138., 140., 142., 146. in 147. členom Ustave.

---

<sup>168</sup> U-I-233/97 z dne 15. 7. 1999

<sup>169</sup> Načelo zakonitosti iz 147. člena Ustave po eni strani daje državi pooblastilo za predpisovanje davkov, po drugi strani pa je namenjeno varstvu davčnih zavezancev, ker zahteva, da je njihov pravni položaj glede davčnih obveznosti jasno in predvidljivo razviden že iz zakona in ne šele iz podzakonskih predpisov. Člen 147 Ustave torej na davčnem področju združuje zahteve, ki sicer na drugih področjih izhajajo iz 87. člena (urejanje pravic in obveznosti z zakonom) in iz načela jasnosti in določenosti pravnih norm kot enega od načel pravne države iz 2. člena Ustave (npr. odločba št. U-I-9/98 z dne 16. 4. 1998). Isto velja za položaje, ko na podlagi pooblastila zakonodajalca javno dajatev (ki jo uvede zakonodajalec) predpiše občina s svojim predpisom: tudi v tem primeru mora zakonodajalec ne le uvesti dajatev, temveč mora določiti tudi njene elemente.

### III. PREDLOG ZA ZAČASNO ZADRŽANJE IZVRŠEVANJA

Ustavno sodišče lahko v skladu s prvim odstavkom 39. člena Zakona o ustavnem sodišču – ZUstS (Uradni list RS, št. 64/2007 – u.p.b. in 109/2012) do končne odločitve zadrži izvrševanje zakona, če bi zaradi njegovega izvrševanja lahko nastale težko popravljive škodljive posledice. Zakon kot pogoj izrecno postavlja samo posledice, ki grozijo zaradi nadaljnjega izvrševanja ustavno spornega predpisa. V skladu z ustavnopravno teorijo sicer zadostuje, da je možnost uspeha z zahtevo zgolj minimalna, vendar pa iz zatrjevanih neskladij z Ustavo izhaja, da gre za verjetna neskladja posameznih členov z Ustavo, ki so za izvajanje celotnega ZPPDej bistvenega pomena.

Že ustavno sporna delitev pogrebne in pokopališke dejavnosti na dele, ki predstavljajo obvezno občinsko gospodarsko javno službo, na dele, ki predstavljajo tržno dejavnost, in na dele, ki glede na nejasne določbe ZPPDej niso niti javna služba niti tržna dejavnost, zagotavljati pa jo mora občina pod pogoji, ki jih določa ZPPDej in na njegovi podlagi predpisi občine, ima lahko v primeru, če predlagatelj z zahtevo ne uspe, posledice, ki so težko popravljive. To še posebej velja, ker ZPPDej v prehodnih določbah nalaga občinam, da uskladijo svoje predpise z določbami ZPPDej v enem letu od njegove uveljavitve (61. člen), občinam in koncesionarjem nalaga, da v enakem roku uskladijo koncesijske pogodbe (drugi odstavek 63. člena), ki so bile sklenjene na dan uveljavitve ZPPDej, izvajalcem javnih služb pa nalaga, da v enem letu uskladijo svojo dejavnost z določbami ZPPDej (četrti odstavek 62. člena). Občine morajo v enem letu zagotoviti izvajanje 24-urne dežurne službe. To pomeni, da že same prehodne določbe lahko povzročijo obstoječim izvajalcem pogrebne in pokopališke dejavnosti (javnim podjetjem in koncesionarjem) precejšnje finančno in organizacijsko breme, občinam pa tudi izpad dela lastnih virov financiranja. Poleg tega lahko izvajanje prehodnih določb ZPPDej (zlasti drugega odstavka 63. člena) povzroči večje število sodnih sporov med občinami kot koncedenti in koncesionarji zaradi obvezne uskladitve koncesijskih pogodb, pri čemer ni jasno, po katerem postopku naj bi se ta uskladitev sploh opravila, glede na to, da »uskladitve koncesijske pogodbe« ne poznata niti ZJZP niti ZGJS, ZPPDej pa določb o tem nima. Če bi se izkazalo, da je izpodbijana ureditev protiustavna, bi bile te škodljive posledice težko popravljive. Poleg tega bi lahko izvajanje izpodbijanih določb ZPPDej (in ZPPDej kot celote) pripeljalo v posameznih občinah do stanja, ki bi poseglo v pravici do dostojanstva pokojnikov in njihovih svojcev, prebivalcem občine pa tudi v pravico do zdravstvenega varstva iz 51. člena Ustave.

To velja še posebej za občine, ki, glede na Poročilo Računskega sodišča, že do zdaj niso imele urejenega izvajanja pogrebne in pokopališke dejavnosti v skladu za zakonom, pa tudi za občine, v katerih bi prišlo do sodnih sporov v zvezi z uskladitvijo koncesijskih pogodb.

Kadar Ustavno sodišče odloča o začasnem zadržanju izvrševanja izpodbijanega predpisa, vselej tehta med škodljivimi posledicami, ki bi jih povzročilo izvrševanje morebiti protiustavnega zakona, in med škodljivimi posledicami, ki bi nastale, če se izpodbijane zakonske določbe zaradi zadržanja ne bi izvrševale, pozneje pa bi se ugotovilo, da niso bile v neskladju z Ustavo. Za izdajo začasnih odredb mora biti izkazano, da so posledice zaradi izvrševanja predpisa težje in bolj nepopravljive kot posledice zaradi njegovega zadržanja oziroma neizvrševanja. Kot je bilo že



navedeno, bi z izvajanjem izpodbijanih prehodnih določb ZPPDej nastale škodljive posledice, ki bi bile težko popravljive, če pa bi prišlo do posegov v pravico do dostojanstva pokojnikov in njihovih svojcev ter v pravico prebivalcev občine do zdravstvenega varstva iz 51. člena Ustave, pa bi bile nepopravljive. Po drugi strani pa zaradi začasnega zadržanja izvrševanja izpodbijanih določb ZPPDej oziroma ZPPDej v celoti ne morejo nastati nepopravljive škodljive posledice. Začasno zadržanje bi ohranilo obstoječe stanje, ki sicer glede na revizijsko poročilo Računskega sodišča ni povsem v skladu z veljavno zakonodajo, vendar razen te škodljive posledice druge ne nastajajo.

Zadržanje izpodbijanih določb ZPPDej (oziroma celotnega ZPPDej) tudi ne bi onemogočilo izvajanja pokopališke in pogrebne dejavnosti, kot se je izvajala v občinah (kot obvezna občinska gospodarska javna služba) do uveljavitve ZPPDej. Res je, da z začasnim zadržanjem izpodbijanega predpisa ne oživi avtomatično predpis, ki ga je ob svoji uveljavitvi razveljavil izpodbijani predpis. Vendar lahko ravno zaradi tega Ustavno sodišče na podlagi drugega odstavka 40. člena ZUstS določi, da se v času začasnega zadržanja uporablja prejšnji predpis. V obravnavanem primeru bi torej Ustavno sodišče lahko poleg začasnega zadržanja določb ZPPDej odločilo tudi, da se v času začasnega zadržanja uporabljajo določbe ZPPDUP, ki so z uveljavitvijo ZPPDej prenehale veljati (60. člen ZPPDej). Vendar takšna določitev načina izvršitve na podlagi drugega odstavka 40. člena ZUstS niti ni nujna. Zadostuje, da Ustavno sodišče iz začasnega zadržanja, ki bi se nanašalo na ostale izpodbijane določbe ZPPDej (ali ZPPDej v celoti) izvzame del določbe 61. člena ZPPDej, ki se glasi: »Občinski predpisi, izdani na podlagi zakona iz prvega odstavka prejšnjega člena, prenehajo veljati, se pa uporabljajo do sprejetja novih občinskih predpisov po tem zakonu«, zadrži pa njen del, ki se glasi: »ki morajo biti izdani najpozneje v enem letu od uveljavitve tega zakona«.

Tako bi se v času začasnega zadržanja uporabljali občinski predpisi, izdani na podlagi ZPPDUP, seveda glede na 68. člen ZGJS v povezavi z določbami ZGJS in ZJZP. Zadržan pa bi bil tek roka za njihovo uskladitev.

#### **IV. PREDLOG ZA PREDNOSTNO OBRAVNAVO**

Vlagatelj zahteve predlaga še, da Ustavno sodišče predmetno zadevo obravnava prednostno na podlagi 2. in 3. alineje 3. odstavka 46. člena Poslovnika Ustavnega sodišča.<sup>170</sup> V zadevi gre za pomembno pravno vprašanje, saj bi z izvajanjem določb ZPPDej nastale škodljive posledice, ki bi bile težko popravljive, če pa bi prišlo do posegov v pravico do dostojanstva pokojnikov in njihovih svojcev ter v pravico prebivalcev občine do zdravstvenega varstva iz 51. člena Ustave, bi bile nepopravljive.

---

<sup>170</sup> Uradni list RS, št. 86/07, 54/10 in 56/11.