

**UNIVERZA V LJUBLJANI
FAKULTETA ZA UPRAVO**

Diplomsko delo

**PROSTI PREUDAREK: PRIMERJAVA MED ZAKONOM
O OROŽJU IN ZAKONOM O NADZORU DRŽAVNE
MEJE**

Marko Kovačevič

Ljubljana, maj 2019

**UNIVERZA V LJUBLJANI
FAKULTETA ZA UPRAVO**

Diplomsko delo

**PROSTI PREUDAREK: PRIMERJAVA MED ZAKONOM O OROŽJU IN
ZAKONOM O NADZORU DRŽAVNE MEJE**

Kandidat: Marko Kovačevič

Vpisna številka: 04036026

Študijski program: visokošolski strokovni študijski program Uprava prva stopnja

Mentor:izr. prof. dr. Mirko Pečarič

Ljubljana, maj 2019

IZJAVA O AVTORSTVU DIPLOMSKEGA DELA

Podpisani Marko Kovačevič, visokošolski študijski program uprava 1. stopnja z vpisno številko 04036026 sem avtor diplomskega dela z naslovom: Prosti preudarek: primerjava med zakonom o orožju in zakonom o nadzoru državne meje.

S svojim podpisom zagotavljam, da:

- je predloženo delo izključno rezultat mojega lastnega raziskovalnega dela,
- sem poskrbel, da so dela in mnenja drugih avtorjev oz. avtoric, ki jih uporabljam v predloženem delu, navedena oz. citirana v skladu s fakultetnimi navodili,
- sem poskrbel, da so vsa dela in mnenja drugih avtorjev oz. avtoric navedena v seznamu virov, ki je sestavni element predloženega dela in je zapisan v skladu s fakultetnimi navodili
- sem pridobil vsa dovoljenja za uporabo avtorskih del, ki so v celoti prenesena v predloženo delo in sem to tudi jasno zapisal v predloženem delu,
- se zavedam, da je plagiatorstvo – predstavljanje tujih del, bodisi v obliki citata bodisi v obliki skoraj dobesednega parafraziranja bodisi v grafični obliki, s katerim so tuje misli oz. ideje predstavljene kot moje lastne - kaznivo po zakonu (Zakon o avtorski in sorodnih pravicah, Ur. list RS, št. 21/95), kršitev pa se sankcionira tudi z ukrepi po pravilih Univerze v Ljubljani in Fakultete za upravo,
- se zavedam posledic, ki jih dokazano plagiatorstvo lahko predstavlja za predloženo delo in za moj status na Fakulteti za upravo,
- je elektronska oblika identična s tiskano obliko diplomskega dela ter soglašam z objavo dela v zbirki »Dela FU«.

Diplomsko delo je lektorirala : Alenka Tomšič.

Ljubljana, 7. 5. 2019

Podpis avtorja:

POVZETEK

Namen diplomskega dela je pojem prostega preudarka najprej umestiti v sistem upravnega prava, v nadaljevanju pa je potrebno bralcu pojasniti, da gre v tem primeru za »izjemo« od načela zakonitosti, za relativno izjemo od najpomembnejšega temeljnega načela upravnega prava in nasploh glavnega načela našega celotnega pravnega sistema. Organu, ki odloča po prostem preudarku, je z zakonom podeljena pristojnost, da sam na podlagi tehtanja, preudarjanja in presojanja izbere najboljšo izmed več možnih alternativ, glede na ugotovljeno dejansko stanje. Posamični upravni akt mora biti izdan v mejah in v skladu z namenom, za kar mu je bilo pooblastilo dano. V primeru kršitev in zlorabe prostega preudarka so vsakemu posamezniku zagotovljena ustrezna pravna sredstva. Namen diplomskega dela je tudi, da na podlagi sodne prakse Upravnega, Višjega, Vrhovnega in Ustavnega sodišča Republike Slovenije, na primerih odvzema orožja in orožne listine ter izvajanju pooblastil policije pri nadzoru državne meje, prikažem uporabo prostega preudarka upravnega organa, kakor tudi primere pravne vezanosti odločbe, ko je predpis že vnaprej odločil, kakšna mora biti njena vsebina, glede na ugotovljeno dejansko stanje. Cilj diplomskega dela je po obravnavanih zakonih in analizi sodb sodišč ugotoviti ali je obseg prostega preudarka pristojnemu organu dan v preveliki oziroma premajhni meri ter predlagati določene rešitve za boljšo ureditev.

Ključne besede: prosti preudarek, zakonitost, posamični upravni akt, pravna sredstva, sodna praksa, pravna vezanost odločbe

ABSTRACT

DISCRETION: COMPARISON BETWEEN WEAPONS LAW AND LAW OF NATIONAL BORDER CONTROL

The purpose of the following diploma thesis is to, first and foremost, place the concept of discretion in the system of administrative law. Furthermore we will try to explain the reader that the principle of free discretion is in fact an "exception" from the principle of legality, a relative exception to the most important basic principle of administrative law and generally the main principle of our entire legal system. The discretionary body is supported by law to select the best of a number of possible alternatives based on the weighing up, contemplating and judging the actual situation. A separate administrative act must be issued within the limits and in accordance with the purpose for which the authorization has been given. In case of violations and misconduct, each individual is provided with appropriate legal remedies. The purpose of the diploma work is also to show, on the basis of the court's case-law of the Administrative, Appellate, Supreme and Constitutional Court of the Republic of Slovenia, on the cases of confiscating weapons and weapons' documents and the exercise of police powers in the state border control, the discretion of the administrative body as well as cases of legal judicial decree of a decision that is used when the regulation has already decided in advance what its content must be, in accordance with the established factual situation. The objective of the diploma thesis is to examine the laws in question and to analyze the judgment of the courts to determine whether the extent of the discretion of the competent authority is too great or too small, and to suggest certain solutions for better regulation.

KEY WORDS: free discretion, legality, individual administrative act, remedies, case law, legal judicial decree

KAZALO

IZJAVA O AVTORSTVU DIPLOMSKEGA DELA.....	iii
POVZETEK.....	v
ABSTRACT.....	vi
1 UVOD.....	1
2 UPRAVA V PRAVNI DRŽAVI.....	3
2.1 PRAVNA DRŽAVA.....	3
2.1.1 Začetki razvoja pravne države.....	4
2.1.2 Pravna država danes.....	4
2.2 POLOŽAJ UPRAVE V PRAVNI DRŽAVI.....	5
2.2.1 Upravno pravo.....	5
2.3 UPRAVNI POSTOPEK.....	6
2.3.1 Posamični upravni akt.....	7
2.3.2 Upravni organ in uradna oseba.....	7
2.3.3 Temeljna načela upravnih postopkov.....	8
3 PROSTI PREUDAREK.....	12
3.1 TERMINOLOŠKA OPREDELITEV POJMA.....	12
3.2 GLAVNA ZNAČILNOST IN LASTNOST PROSTEGA PREUDARKA.....	12
3.3 VRSTE PROSTEGA PREUDARKA OZ. DISKRECIJSKEGA ODLOČANJA.....	13
3.4 NAMEN IN MEJE PROSTEGA PREUDARKA.....	14
3.5 RAZLIKA MED »NAVADNIM« UPRAVNIM ODLOČANJEM IN PROSTIM PREUDARKOM.....	15
3.6 RAZLIKOVANJE IN PODOBNOSTI MED NEDOLOČENIMI PRAVNIMI POJMI IN PROSTIM PREUDARKOM.....	16
3.6.1 Javni interes.....	18
3.7 OBVEZNOST OBRAZLOŽITVE ODLOČBE IZDANE PO PROSTEM PREUDARKU.....	18
3.8 POLICIJSKA DISKRECIJA ALI POLICIJSKI TAKTIČNI PREUDAREK.....	20
4 SISTEM NADZORA UPORABE PROSTEGA PREUDARKA.....	22
4.1 VRSTE NADZORA NAD UPRAVO.....	22
4.1.1 Upravni nadzor.....	22
4.1.2 Sodni nadzor.....	23

4.1.3	Posebne oblike kontrole uprave	24
4.2	PRAVNA SREDSTVA POSAMEZNIKA	24
4.2.1	Pritožba	24
4.2.2	Upravni spor.....	25
5	SODNA PRAKSA UPORABE PROSTEGA PREUDARKA PO ZAKONU O OROŽJU.....	27
5.1	OSNOVNE DOLOČBE IN NAMEN ZAKONA O OROŽJU.....	27
5.2	POGOJI ZA IZDAJO OROŽNE LISTINE	27
5.3	POGOJI ZA ODVZEM OROŽJA IN OROŽNE LISTINE.....	28
5.3.1	Zaseg orožja in orožne listine.....	30
5.4	ANALIZA SODB SODIŠČA.....	30
6	SODNA PRAKSA UPORABE PROSTEGA PREUDARKA PO ZAKONU O NADZORU DRŽAVNE MEJE	36
6.1	OSNOVNE DOLOČBE IN NAMEN ZAKONA O NADZORU DRŽAVNE MEJE	36
6.2	ZAKONODAJA S PODROČJA VAROVANJA IN NADZORA DRŽAVNE MEJE.....	36
6.3	PROSTI PREUDAREK	36
6.4	ANALIZA SODB SODIŠČA	38
7	ZAKLJUČEK.....	41
	LITERATURA IN VIRI.....	44
	LITERATURA.....	44
	VIRI	45

1 UVOD

Pristojnemu organu je z zakonom v nekaterih primerih dana pristojnost, da glede na ugotovljeno dejansko stanje, izbere izmed več ponujenih alternativ tisto, ki v največji meri zadovoljuje javni interes. Pravimo, da odloči po prostem preudarku, zakonodajalec pa mu to pristojnost da, ker sam za neka področja ne more predvideti vseh dejanskih situacij in mu naložiti, kako naj odloči.

Prava nevešči bralec temo prostega preudarka težko najde, če ne ve kje iskati in predvsem (četudi ima pred seboj pravi, relevanten vir) kaj in kako iskati. V primerih, ko tema v kazalu ni posebej navedena, bralec ne ve, da mora navadno odpreti pri poglavju, kjer se nahaja načelo zakonitosti. Eden glavnih namenov diplomskega dela je zato bil, da sem pri teoretičnem delu kronološko od pravne države, upravnega prava, upravnega postopka ter načela zakonitosti prikazal »nahajališče« prostega preudarka. Sledila je podrobnejša analiza tega termina, kjer sem najprej obravnaval razvoj in vrste prostega preudarka. Nadaljeval sem z njegovim namenom – za kaj je sploh podeljen, s čim je omejen ter obveznostjo obrazložitve odločbe izdane po prostem preudarku. Za potrebe diplomskega dela sem poudaril tudi podobnost in razloge za pomembno razlikovanje z nedoločenimi pravnimi pojmi. V posebnem poglavju sem nato obravnaval tudi sistem nadzora nad uporabo prostega preudarka.

Pri teoretičnem delu so mi bile v pomoč naslednje metode:

- metoda deskripcije, s katero sem opisoval dejstva in procese,
- metoda kompilacije, s katero sem povzemal spoznanja, opazovanja, stališča in zaključke različnih avtorjev,
- metoda sinteze, s katero sem raziskovanje združeval v enotno celoto.

V raziskovalnem delu sem najprej v Zakonu o orožju (Uradni list RS, št. 23/05, 85/09, v nadaljevanju: ZOro-1) in Zakonu o nadzoru državne meje (Uradni list RS, št. 35/10, 15/13, 5/17, 68/17, v nadaljevanju: ZNDM-2), našel pooblastila pristojnega organa za odločanje po prostem preudarku. V nadaljevanju sem na spletu našel javno dostopne sodbe Upravnega, Višjega, Vrhovnega in Ustavnega sodišča Republike Slovenije in analiziral njihove ugotovitve glede pravne vezanosti oziroma izdaje odločb pristojnih organov po prostem preudarku. Po preučitvi pooblastil v obeh zakonih in preučitvi sodb sodišč, sem v zaključku oba zakona primerjal med seboj.

V raziskovalnem delu so mi bile v pomoč naslednje metode:

- metoda analize, s katero sem analiziral javno dostopne sodbe v okviru ZOro-1 n ZNDM-2,

- primerjalna metoda, s katero sem oba zakona v okviru prostega preudarka primerjal med seboj.

Znotraj te primerjave sem ugotavljal obstoj hipoteze:

- prosti preudarek je pristojnemu organu, v ZOro-1 in ZNDM-2 dan v preveliki meri.

Glede na potrditev oziroma zavrnitev hipoteze sem v zaključku predlagal določene rešitve za boljšo ureditev prostega preudarka po ZOro-1 in ZNDM-2.

2 UPRAVA V PRAVNI DRŽAVI

2.1 PRAVNA DRŽAVA

Med iskanjem opredelitve pojma pravna država v pravni literaturi, ni težko ugotoviti, da med avtorji ni enotnega pojmovanja. Njihova mnenja se razlikujejo predvsem v različnih poudarkih določenih pojmov, ne pa toliko po bistveni vsebini. Oglejmo si nekaj različnih opredelitev in pogledov avtorjev.

Profesor Stern meni, da se v pravni državi izvaja državna oblast na podlagi zakonov, ki so skladni z ustavo. Namen tega je, da se zagotovi svoboda, pravičnost in pravna varnost (Šinkovec, 1992, str. 375).

Profesor Adamowich je mnenja, da je pravna država možna, ko obstajajo pravna varnost, demokratično sprejemanje zakonov, delitev oblasti, obstoj in jamčenje temeljnih pravic in svoboščin ter nadzorni organi za vzdrževanje pravnega reda (Šinkovec, 1992, str. 376).

Pravna država temelji in se izvršuje samo na podlagi predpisanih pravnih pravil, ki se nahajajo v ustavi in zakonih. V njih so predstavljene omejitve in kontrole državne oblasti. Na podlagi teh predpisov se ljudem zagotavlja spoštovanje človekovih pravic in svoboščin, kot tudi pravičnost ter pravna varnost (Kocjančič, Ribičič, Grad & Kaučič, 2009, str. 322).

Pojem pravne države je možno prikazati iz različnih zornih kotov; za pravno teorijo pravna država predstavlja vladavino zakona ter zagotovitev človekovih pravic in svoboščin. Za politično teorijo pojem predstavlja vzpostavitev delitve in medsebojne uravnoteženosti posameznih vej državne oblasti. Glede na ekonomsko teorijo pa pojem predstavlja organizacijsko shemo svobodnega trga, ki deluje po sistemu konkurence subjektov, dobrin ipd. (Cerar, 1994, str. 434).

Lahko jo opredelimo tudi v formalnem in materialnem smislu. V formalnem smislu gre za državo z vsebinsko diferenciranim in delujočim efektivnim pravnim redom, ki povezuje vse državne organe, ter s kontrolnim mehanizmom, ki zagotavlja spoštovanje zakonov. V materialnem smislu ustavne pravice in svoboščine omejujejo državo in ji preprečujejo samovoljnost do posameznikov, katerim je zagotovljeno svobodno področje nasproti državi (Šinkovec, 1996, str. 22).

Že pri opredelitvi pravne države, kjer morajo biti vse omejitve, kontrole in pravice, navedene v ustavi in zakonih, ugotovimo, da slednje posledično velja tudi pri prostem preudarku. Pristojni organ ga lahko uporablja le v skladu z določenim v ustavi in zakonih. Pomembna je tudi materialna opredelitev pravne države, ki tudi v okviru prostega preudarka omejuje državo in ji preprečuje samovoljnost do posameznikov.

2.1.1 Začetki razvoja pravne države

Ideja pravne države izvira iz grške antične filozofije. Pojavljala se je že v Aristotelovem delu Politika in Platonovi konstrukciji. V prvi kot ideja o vladavini zakonov, ki so opremljeni ali z avtoriteto božjega porekla ali z avtoriteto razuma, v drugi pa kot vladavina ljudi in vladavina zakonov (Gaspari, 1991, str. 1318).

Prvi zametki pravne države so nastali v poznem fevdalizmu, v obdobju t. i. policijsko-absolutistične države, ki je delovala v popolni odsotnosti načela zakonitosti. Organi so postopali po internih navodilih, državnih razlogih in pravno nevezanih aktih, s katerimi so odločali o pravicah in obveznostih državljanov. Pravna pravila, ki so se tu izoblikovala pa so vezala le nižje organe v razmerju do višjih, torej niso urejala razmerij med upravnim aparatom in posameznikom (Čebulj & Strmecki, 2005, str. 18). Teh pravnih pravil (interne razdelitve pravil) ne moremo razumeti kot upravno pravo, saj le hierarhično nižje organe vežejo z voljo njegovega vrha, vladarja. Izvrševanje te vladarjeve volje pomeni notranjo poslušnost, latinsko legis voluntas suprema lex, kar pomeni, da je kraljeva volja najvišji zakon (Pečarič, 2015, str. 51).

Najpomembnejše obdobje razvoja pravne države pa se zgodi po francoski revoluciji (leta 1789), kjer izoblikovana pravna država načelo zakonitosti in upravo podredi pravu. Uvedba načela zakonitosti je pomenila stalno ocenjevanje delovanja uprave glede na veljavni pravni red. Ideja vladavine prava je, da pravila veljajo enako za upravljalce kot za upravljane (Pečarič, 2015, str. 23).

Tudi sam sem mnenja, da je k izoblikovanju pravne države kot jo poznamo danes, v največji meri vplival razvoj in izoblikovanje načela zakonitosti. Pomembno je, da je načelo začelo delovati enako za vse, torej tudi za vodilne organe v državi.

2.1.2 Pravna država danes

Način odločanja in nadzor nad odločitvami državnih organov je določen s pravnimi pravili. Posameznik je v takšni državi varovan, oz. ima na voljo sredstva za nadzor pred samovoljnimi odločitvami državnih organov. Po načelu pravne države morajo vsi upravni organi delovati le v skladu z zakonsko in ustavno dodeljenimi pooblastili. To velja pri sprejemanju splošnih odločitev in pri neposrednem odločanju o pravnih pravicah in obveznostih posameznikov. Sodstvo, ki je v pravni državi neodvisno, je prav tako strogo vezano na ustavo in zakon (Perenič, 1995, str. 50).

Ustava Republike Slovenije (Uradni list RS, št. št. 33/91-I, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 68/06, 47/13, v nadaljevanju: URS) v 1. in 2. členu določa, da je Slovenija demokratična republika ter pravna in socialna država. Načelo delitve oblasti na zakonodajno, izvršilno in

sodno je določeno v 3. členu URS. V 5. členu URS je določeno da država varuje človekove pravice in temeljne svoboščine, v 22. je določeno enako varstvo pravic, v 23. pa pravica do sodnega varstva.

Delovanje upravnih organov je vezano na okvir ustave in zakonov, še posebej pa na načelo zakonitosti, ki je eno od temeljnih ustavnih načel. V 2. odstavku 120. člena URS je določeno, da upravni organi opravljajo svoje delo samostojno v okviru in na podlagi ustave in zakonov.

2.2 POLOŽAJ UPRAVE V PRAVNI DRŽAVI

Teritorialni upravni sistem je sestavljen iz državnega zbora, vlade in uprave ter opravlja tri temeljne funkcije, in sicer: odločanje, izvrševanje in nadzor. Odločanje spada v pristojnost vlade in državnega zbora. V pristojnost uprave sodita izvrševanje in nadzor, ki posledično izvršuje odločitve drugih. V praksi to počne z izdajanjem konkretnih in abstraktnih upravnih aktov ter z opravljanjem materialnih dejanj, naloženih z zakonom ali vladnim aktom. V okviru nadzorne funkcije uprava izvaja nadzor nad izvajanjem zakonov in drugih predpisov (inšpekcijski nadzor) ter nad delom organov lokalnih skupnosti. Poleg teh uprava izvaja še nekatere preostale funkcije: zagotavljanje izvajanja javnih služb in nadzor nad njimi, pospeševalna funkcija (razvoj) in funkcija strokovno-tehnične uprave (oskrbovanje vlade z znanjem in informacijami) (Trpin, 1996, str. 45-47).

Vlada svojo funkcijo izvaja preko uprave, saj upravni organi izvršujejo njene odločitve. Upravna dejavnost se v skladu z določili ustave opravlja preko ministrstev, kar pomeni, da mora biti v eno od ministrstev vključena vsaka upravna naloga (Perenič, 1995, str. 132).

Temeljno poslanstvo uprave v pravni državi je po mojem mnenju torej, da ta neposredno izvršuje odločitve vlade in državnega zbora. Konkretno to pomeni, da na podlagi ustave in zakonov izdaja konkretne in abstraktne upravne akte. Ob tem je potrebno, da izpolnjuje kriterije strokovnosti in nepristranskosti, kjer lahko, ko ima pristojnost do uporabe prostega preudarka, hitro zgreši pravo pot.

2.2.1 Upravno pravo

Upravno pravo je pravo izvršilne oblasti in ureja delovanje državnih organov, državne uprave, lokalnih skupnosti, posebnih oseb javnega prava in nosilcev javnih pooblastil. Ureja predvsem razmerja med državo in posameznikom, ko posameznikom država praviloma prisilno (kogentno) nalaga dolžnosti v javnem interesu. Možno pa je tudi, da posamezniki proti državi uveljavljajo pravice, ki so tudi zaščitene z javnim interesom (Bohinc & Tičar, 2007, str. 15, 16).

Krbek upravno pravo definira kot sistem pravnih norm, ki se nanašajo na dejavnost uprave, ne spadajo pa v nobeno drugo pravno panogo. V nadaljevanju ga definira kot skupek pravil za urejanje razmerij, ki se nanašajo na organizacijo javne oblasti, njena pooblastila in dolžnosti, odgovornosti in nadzor njenih nosilcev, oblike njenega delovanja ter urejanje vseh razmerij, v katerih se odloča po upravni poti o pravicah, dolžnostih in pravnih koristih državljanov (Čebulj & Strmecki, 2006, str. 27).

Definicij upravnega prava je veliko, sestavlja ga materialno in procesno upravno pravo, pa vendar je ta delitev bolj metodološke narave. Upravno pravo kot celota, se nanaša na strukturo in delovanje upravnega aparata. Javna uprava z njim izvršuje oblast, ob tem pa je tudi instrument omejevanja oblasti. Dvojnost upravnega prava se kaže v tem, da na eni strani ureja delovanje uprave, hkrati pa omejuje izvajanje oblasti (Pečarič, 2015, str. 49, 50).

V prejšnjem poglavju smo upravo torej umestili v sistem pravne države. V primeru upravnega prava pa gre za pravo izvršilne oblasti, ki natančno ureja in določa pravila delovanja uprave.

2.3 UPRAVNI POSTOPEK

Organi državne uprave, drugi državni organi, organi samoupravnih lokalnih skupnosti in nosilci javnih pooblastil se morajo, kadar odločajo o upravnih zadevah, ravnati po postopkovnih pravilih, ki jih ureja upravni postopek (Jerovšek, 2007, str. 11).

V upravnem postopku je vselej udeležen posameznik, kateremu je treba v skladu s temeljnim civilizacijskim in ustavnim načelom spoštovanja človekovega dostojanstva, zagotoviti položaj subjekta, ne pa le objekta v postopku. To pomeni, da mu mora biti omogočeno aktivno sodelovanje v postopku odločanja, z delovanjem pa uveljaviti zaščito svojih zakonsko priznanih interesov pri sprejemanju odločitev. Kršitev teh pravic pomeni bistveno kršitev pravil postopka, neodvisno od tega, ali je ta kršitev lahko vplivala na ugotavljanje dejanskega stanja. Posameznik lahko doseže pravno varstvo svojih procesnih pravic preko obstoječih pravnih sredstev. Upravni postopek se razlikuje od pravnega, nepravdnega, kazenskega in drugih postopkov, v katerih se ne odloča o pravicah, obveznostih in pravnih koristih posameznikov (Androjna & Kerševan, 2017, str. 27).

Pravila o splošnem upravnem postopku ureja Zakon o splošnem upravnem postopku (Uradni list RS, št. 24/06, 105/06, 126/07, 65/08, 8/10, 82/13, v nadaljevanju: ZUP). V njem so med drugimi navedene tudi določbe o temeljnih načelih postopka, organih ki vodijo postopek, pristojnosti, stranka in njeno zastopanje, komuniciranje med organi in strankami, roki, vročanje, stroški postopka, ugotovitveni postopek, dokazovanje do izdaje odločbe, redna pravna sredstva (pritožba), izvršba, nadzor nad izvajanjem tega zakona.

Nekaj določb iz zgornjega odstavka, ki se najbolj povezujejo s temo diplomskega dela o prostem preudarku, sledi v naslednjih poglavjih.

2.3.1 Posamični upravni akt

Posamični upravni akt izvira iz Francije (fr. l'acte administratif); izšel je iz potrebe po določitvi posebnega pravnega instituta, ki bi izhajal iz načela zakonitosti in posredoval med normo ter njeno izvršitvijo. Gre za pravni akt uprave, s katerim se na avtoritativen način rešuje konkreten primer (Pečarič, 2015, str. 117).

Vsebina posamičnega upravnega akta je posamična norma, s katero se odloči o pravici, obveznosti ali pravni koristi posameznika. Ureja konkretno upravno-pravno razmerje praviloma na individualen način (izjema so npr. generalne in skupne odločbe). Posamični upravni akt je nekakšen posrednik med pravno normo in njeno izvršljivostjo. Pravne norme se največkrat izvršijo z izdajo upravnega akta npr. odločbe, sklepa, dovoljenja itd. (Čebulj & Strmecki, 2006, str. 147).

Posamičen upravni akt ima tri glavne značilnosti:

1. konkretnost (individualnost, generalnost, nikoli abstraktnost),
2. avtoritativnost (enostransko izražena volja z grožnjo sankcije),
3. pravno delovanje (posledica nastopi po sili zakona) (Pečarič, 2015, str. 118).

Kot bomo videli v posebnem poglavju o prostem preudarku in preučitvi sodb sodišč, pristojni organ, v primeru, ko se v zakonski normi nahaja pristojnost do uporabe prostega preudarka, to normo izvrši z uporabo posamičnega upravnega akta (npr. z izdajo odločbe).

2.3.2 Upravni organ in uradna oseba

Z besedo organ so v skladu s 1. odstavkom, 5. člena ZUP mišljeni državni organi, drugi državni organi, organi lokalne skupnosti in nosilci javnega pooblastila, ki jim zakon daje možnost odločanja v upravni zadevi (Jerovšek, 2007, str. 16).

Upravni organi morajo postopati po ZUP (1. odstavek, 1. člena ZUP). V slovenskem pravnem sistemu obstajajo upravni organi države, ter upravni organi samoupravnih lokalnih skupnosti, ki jih ustanavlja zakon.

Državni upravni organi po Zakonu o državni upravi (Uradni list RS, št. 113/05, 89/07, 126/07, 48/09, 8/10, 8/12, 21/12, 47/13, 12/14, 90/14, 51/16) so upravni organi ministrstva, organi v njihovi sestavi (npr. policija) in upravne enote.

O upravnih zadevah odločajo tudi upravni organi samoupravnih lokalnih skupnosti, ki so po Zakonu o lokalni samoupravi (Uradni list RS, št. 94/07, 76/08, 79/09, 51/10, 40/12, 14/15,

11/18, 30/18) organi občine občinski svet, župan in nadzorni odbor. Prav tako pa lahko o upravni zadevi odločajo druge pravne ali fizične osebe, na podlagi javnega pooblastila (Kerševan & Androjna, 2017, str. 36-38).

V skladu z 2. odstavkom, 5. člena ZUP je za uradno osebo mišljena oseba, ki je v skladu z zakonom pooblaščen za odločanje v upravni zadevi ali za opravljanje posameznih dejanj v upravnem postopku.

2.3.3 Temeljna načela upravnih postopkov

V podpoglavjih tega poglavja so opisana temeljna načela upravnega postopka, po katerih mora v skladu z ZUP postopati upravni organ, ko odloča v upravni zadevi. Glavna tema tega diplomskega dela o prostem preudarku je v večini relevantnih virov navadno navedena pod načelom zakonitosti. Prosti preudarek bom v tem poglavju pri načelu zakonitosti le omenil, oz. prikazal njegovo temeljno povezavo z načelom zakonitosti, glede pravne vezanosti. Širša obravnava tega termina in vseh njegovih posebnosti, pa tudi v povezavi z ZOro-1 in ZNDM-2, sledi v naslednjih glavnih poglavjih.

2.3.3.1 Načelo zakonitosti

Delovanje in odločanje vseh nosilcev oblasti mora biti v skladu z ustavo, zakoni in podzakonskimi predpisi. Temelj načela zakonitosti predstavlja 2. člen URS, ki določa, da je Slovenija pravna država. To pomeni, da so že zakonodajalec pri izdajanju predpisov ter vsi drugi državni organi in organi lokalnih skupnosti pri odločanju o konkretnih pravicah in obveznostih posameznikov in javnih služb vezani na ustavo in zakon, ne le v formalnem ampak tudi v vsebinskem pogledu (Jerovšek, 2007, str. 16, 17).

V URS načelo zakonitosti v nadaljevanju ureja še 120. člen, ki določa, da upravni organi opravljajo svoje delo samostojno, v okviru in na podlagi ustave in zakonov. 123. člen URS določa, da morajo vsi posamični akti in dejanja državni organov, organov lokalnih skupnosti in nosilcev javnih pooblasti temeljiti na zakonu ali na zakonitem predpisu (Androjna & Kerševan, 2017, str. 67).

Načelo zakonitosti se poleg zakona nanaša tudi na pravno normo, kar pomeni, da mora vsaka odločitev (vsak upravni akt) ali ravnanje temeljiti na zakonu in podzakonskem predpisu (slednja pa na ustavi in zakonu) ter splošnih predpisih nosilcev javnih pooblastil. Formalna zakonitost zahteva od organa, da vodi postopek po posebnem ali splošnem (npr. upravnem) postopku. Materialna zakonitost pa od organa terja, da priznava pravice in nalaga obveznosti samo v okviru in mejah pravic in obveznosti, ki jih določa materialni predpis. Pri odločanju je potrebno spoštovati hierarhijo predpisov (tudi pravo EU), načelo sorazmernosti, prepoved retroaktivnosti, prosti preudarek. Sam predpis mora biti poleg legalnosti tudi legitimen, kar pomeni, da je v skladu z interesom ljudstva, ki ga mora javna

uprava ves čas zasledovati, ne pa delovati samovoljno. Zakon, ki bi nasprotoval tem splošnim načelom, bi bil v družbi nesprejet in s tem nebi bil učinkovit (Pečarič, 2015, str. 24).

Načelo zakonitosti je časovno odvisno od veljavnosti predpisov. Ko uprava sprejme posamično odločitev, mora temeljiti na zakonu in podzakonskih predpisih. Ko postane pravnomočna, govorimo o materialni pravnomočnosti, kar pomeni, da pravica ali obveznost zavezanca ni več vezana na trajno skladnost z zakonom in podzakonskimi akti. Formalna pravnomočnost pa pomeni, da odločitve ni več mogoče izpodbijati z rednimi pravnimi sredstvi (Bohinc & Tičar, 2007, str. 39). V našem pravnem redu najdemo tudi »izjeme« od načela zakonitosti, med katere poleg odločanja po prostem preudarku sodijo tudi nedoločeni pravni pojmi, interpretacija predpisa in pravna praznina.

V primeru izjem od načela zakonitosti je pred očmi vseskozi potrebno imeti to, da pravzaprav ne gre za izjeme v tem smislu, da bi bila zakonitost izključena. Pri izjemah gre za to, da je pravna varnost uprave pri izdajanju posamičnih upravnih aktov in v njih vsebovanih norm manjša kot pri klasičnih povsem pravno vezanih aktih (Čebulj & Strmecki, 2006, str. 189).

Gre za najpomembnejše, temeljno načelo upravnega postopka in nasploh našega celotnega pravnega reda, ki izključuje kakršnokoli samovoljo. Med vsemi načeli je postavljeno na prvo mesto in so mu zaradi tega podrejena vsa druga temeljna načela upravnega postopka.

2.3.3.2 Načelo enakosti

URS v 14. členu določa: »V Sloveniji so vsakomur zagotovljene enake človekove pravice in temeljne svoboščine, ne glede na narodnost, raso, spol, jezik, vero, politično ali drugo prepričanje, gmotno stanje, rojstvo, izobrazbo, družbeni položaj, invalidnost ali katerokoli drugo osebno okoliščino. Vsi so pred zakonom enaki«.

Odločba ustavnega sodišča, št. U-I-322/94, z dne 18. 10. 1995 govori o tem, da načela enakosti ne gre razumeti v smislu, da ukazuje zakonsko obravnavanje vseh enako, ker bi slepa pravna enakost vseh prinašala dejansko neenakost.

Pojmovanje enakosti je zato potrebno dopolniti v smislu, da je enakost to, da se enaki obravnavajo enako, različni pa različno glede na stopnjo njihove različnosti oziroma podobno glede na stopnjo njihove podobnosti (Pečarič, 2015, str. 20). Pri definiranju pravic, izhajajočih iz načela enakosti, je v okviru ustavno sodne presoje bistveno, da se artikulira relevantne oz. za presojo odločujoče kriterije, kar pa ni enostavna naloga. Razlikovanje med enakimi dejanskimi stani ali življenjskimi položaji lahko pomeni

upravičeno ali pa tudi neupravičeno združitve neenakih, kar vodi v posredno obliko diskriminacije (Šturm, 1998, str. 57).

Menim, da je načelo enakosti izmed vseh opisanih načel v diplomskem delu, nekako najbolj nedoločeno. Ustava določa, da so pred zakonom vsi enaki, po drugi strani pa dejansko obravnavanje vseh enako prinaša dejansko neenakost. Združevanje enakih in razdruževanje neenakih je v današnjih časih izjemno občutljiva naloga, zato je tisti, ki je postavljen pred to nalogo, hitro lahko obtožen kršitve temeljnih človekovih pravic.

2.3.3.3 Načelo sorazmernosti

Načelo sorazmernosti ni neposredno vključeno v ustavne določbe o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah. Prav tako ni kot načelo izrecno določeno v ZUP, ampak ga upravni postopek pozna v posameznih določbah, kjer je njegova uporaba predpisana le deloma (Androjna & Kerševan, 2017, str. 72).

Načelo sorazmernosti pomeni, da niti zakon niti uprava pri določanju in izvajanju izvršilnih upravnih nalog ne smeta uporabiti nečesa, kar bi bilo čezmerno. Za čezmerno se šteje vse, kar ni nujno potrebno za doseg želenega cilja. Pri izvajanju upravnih predpisov je potrebno uporabiti samo tista sredstva in pravna dejanja, ki zagotavljajo neposredno izpolnitev cilja (Bohinc & Tičar, 2007, str. 41).

Ustavno sodišče je glede načela sorazmernosti podalo mnenje, da so kakršnekoli omejitve ustavnih pravic dopustne le, če so v skladu s t. i. načelom sorazmernosti, ob upoštevanju treh pogojev za dopustnost takih omejitev ali posegov:

- poseg mora biti nujen (cilja ni mogoče doseči z blažjim posegom ali brez posega v ustavno pravico);
- poseg mora biti primeren za doseg zaželenega, ustavno dopustnega cilja;
- upoštevati je potrebno t. i. sorazmernost v ožjem smislu (pri ocenjevanju nujnosti posega je potrebno tehtati tudi pomembnost s posegom prizadete pravice v primerjavi s pravico, ki se s tem posegom želi zavarovati) (Šturm, 1998, str. 134, 135).

Načelo sorazmernosti je potrebno uporabljati tudi v povezavi s prostim preudarkom, kar bomo videli v naslednjem glavnem poglavju.

2.3.3.4 Načelo proste presoje dokazov

Načelo proste presoje dokazov določa 10. člen ZUP: »O tem, katera dejstva je šteti za dokazana, presodi uradna oseba, pooblaščenca za vodenje postopka oziroma odločanje v

upravni zadevi po svojem prepričanju, na podlagi vestne in skrbne presoje vsakega dokaza posebej in vseh dokazov skupaj ter na podlagi uspeha celotnega postopka «.

Načelo svobodne presoje dokazov je torej uzakonjeno in od organa terja, da jih vrednoti in tehta, dokler ne pride do prepričanja o resničnosti določenih dejstev in s tem do objektivnega stanja. Prosta presoja pomeni, da uradna oseba pri odločanju ni vezana na nobena formalna dokazna pravila, kot bi bila na primer avtoriteta dokaza. Načela proste presoje dokazov se ne sme zamenjevati ali enačiti s prostim preudarkom. Prosta presoja dokazov je procesni institut vrednotenja dokazov, medtem ko je prosti preudarek institut materialnega prava, kjer gre za dovoljeno izbiro med več možnimi odločitvami o materialni pravici ali obveznosti (Jerovšek, 2007, str. 42-45).

Pomembno je tudi, da se za uspeh postopka prosta presoja dokazov glede vseh relevantnih dejstev povezuje s preiskovalnim načelom, na podlagi katerega organ ni vezan na dokazne predloge strank in lahko sam izvede vse dokaze, za katere meni, da so potrebni za pravilno ugotovitev dejanskega stanja (139. člen in 165. člen ZUP).

3 PROSTI PREUDAREK

URS prostega preudarka ne omenja. Posredno ga ureja načelo zakonitosti v 120. členu, kjer v drugem odstavku člena določa, da so upravni organi pri svojem delu samostojni na podlagi ustave in zakonov ter v okviru le-teh. Zakonsko podlago za odločanje po prostem preudarku določa 2. odstavek, 6. člena ZUP: »V upravnih zadevah, v katerih je organ po zakonu ali predpisu lokalne skupnosti upravičen odločati po prostem preudarku, mora biti odločba izdana v mejah pooblastila in v skladu z namenom, za katerega mu je pooblastilo dano. Namen in obseg pooblastila določa zakon ali predpis lokalne skupnosti, ki vsebuje pooblastilo za odločanje po prostem preudarku«.

Jerovšek (1996, str. 1101) meni, da organ, ki odloča po prostem preudarku, do neke mere nadomešča zakonodajalca in v konkretnem primeru postavlja vsebino pravnih norm. Zakonodajalec namreč za neka področja ne more predvideti vseh dejanskih položajev in ob upoštevanju javnega interesa, naložiti organu, kako naj odloči. V teh primerih zato daje organom pooblastilo, da sami ugotovijo vsebino norme in jo uporabijo v konkretnem primeru glede na dejansko stanje.

3.1 TERMINOLOŠKA OPREDELITEV POJMA

V slovenskem in tujih jezikih poznamo za termin prostega preudarka več izrazov. Poleg izraza prosti preudarek poznamo tudi izraze kot so »diskrecija«, »diskrecijska pravica« ali »diskrecijsko pooblastilo«. Izraz diskrecija je povzet iz francoskega jezika, izhaja pa iz latinske besede »discretio«, ki pomeni premišljeno razločevanje. Verbinčev slovar tujk diskrecijsko pravico razlaga kot »pravico, npr. upravnega organa oziroma odločati ali ukrepati po svoji presoji«. V hrvaškem in srbskem jeziku se uporabljajo izrazi »diskreciona ocjena« in »slobodna ocjena«, v nemškem »das freie Ermessen«, v francoskem »le pouvoir discretionnaire« ali »la competence discretionnaire«. Izraz prosti preudarek se je uveljavil v pozitivnem pravu, je razumljiv in v duhu slovenskega jezika ter tudi v vsebinskem pogledu dovolj ustrezen. Včasih so kot sinonim uporabljeni tudi izrazi »diskrecija« ali »diskrecijsko odločanje«, predvsem, če je obravnavano poimenovanje v kontekstu bolj prikladno (Šturm, 1998, str. 176, 177).

Pri preučevanju literature o prostem preudarku sem večkrat naletel na trditve, da gre v tem primeru za pravico upravnega organa do uporabe tega pooblastila. Sam sem mnenja, da je to pristojnost in ne pravica dana upravnemu organu s strani zakonodajalca.

3.2 GLAVNA ZNAČILNOST IN LASTNOST PROSTEGA PREUDARKA

Glavna značilnost odločanja organa po prostem preudarku je, da je organu dana možnost tehtanja, preudarjanja in presojanja. Na podlagi le-teh izbere najboljšo alternativo glede

na ugotovljeno dejansko stanje. Najpogostejša uporaba prostega preudarka v upravnem odločanju, je v konkretnih zadevah, kjer organ izda upravno odločbo. Včasih je prosti preudarek možno uporabiti tudi pri izdajanju abstraktnih upravnih aktov, to je upravnih predpisov (npr. uporaba strelnega orožja) (Šturm, 1998, str. 178, 179).

Najbolj pogosta lastnost, ki pove, da je upravni organ upravičen odločati po prostem preudarku, je tista, kjer zakonska norma uporabi izraz »lahko«, »sme«, »more«. Redkejši primeri pa so, ko je v zakonski normi izrecno izraženo, da organ odloča po prostem preudarku ali pa na primer, da zakonska norma določa »naj upravni organ določi javni interes«. Po prostem preudarku lahko upravni organ ob istem ugotovljenem dejanskem stanju izda dve vsebinsko različni odločitvi (za stranko ugodno ali neugodno), ki sta obe pravno pravilni (Čebulj & Strmecki, 2006, str. 189).

Pravna enciklopedija (1979, str. 224) pod terminom »diskrecijska ocjena« navaja, da gre v upravnem pravu za disjunktivno – izključevalno pravno normo z nekaj možnostmi, ki pooblašča organ, da se svobodno opredeli za nekatero od njih. Oseba, ki uporablja pravno normo svobodno odloči in oceni, katera od danih možnosti je najboljša v dani situaciji in je seveda v skladu z javnim interesom.

Zakonodajalec torej točnega dejanskega stanja v neki situaciji ne pozna, zato odločitev v tej konkretni zadevi prepušča organu, da o tem odloči, po preučitvi vseh okoliščin.

3.3 VRSTE PROSTEGA PREUDARKA OZ. DISKRECIJSKEGA ODLOČANJA

Vlada sprejema politične in strokovne, uprava pa samo strokovne odločitve. Prva sprejema akte vladanja in upravne akte, druga pa samo upravne akte. Pri aktih vladanja velja le politična diskrecija, pri upravnih aktih pa velja upravna diskrecija – presoja po prostem preudarku (Pečarič, 2009, str. 99).

Poznamo torej politično diskrecijo in upravno diskrecijo. Politična diskrecija ima svoj temelj v 3. členu Zakona o upravnem sporu (Uradni list RS, št. 105/06, 107/09, 62/10, 98/11, 109/12, 10/17, v nadaljevanju: ZUS-1), ki določa, da niso upravni akti tisti akti, ki jih sprejemajo nosilci izvršilne veje oblasti in so utemeljeni na politični diskreciji, podeljeni na podlagi ustavnih in zakonskih pooblastil. Upravna diskrecija pa ima svoje temelje v 6. členu ZUP, ki določa, da mora biti v upravnih zadevah, v katerih je organ po zakonu ali predpisu samoupravnih lokalnih skupnosti upravičen odločati po prostem preudarku, odločba izdana v mejah pooblastila in v skladu z namenom za katerega mu je pooblastilo dano (Vuksanovič, 2009, str. 43).

Akte politične diskrecije najlažje prepoznamo po tem, da se z upravnimi akti, kjer je bila uporabljena diskrecija ni odločalo o nobeni pravici, obveznosti ali pravni koristi posameznika. Zdi se, da gre v primerih politične diskrecije za to, da želi zakonodajalec

uporabnika prava opomniti, naj bo tam, kjer ima vrh oblasti pravico do diskrecije, še posebej pozoren. Politična diskrecija je torej pripisana vladi, kot najvišjemu organu oblasti, političnemu delu izvršilne oblasti in tudi posameznim ministrom in je usmerjena v oblikovanje javnega interesa na podlagi vrednostnih sodb nosilcev oblasti (Vuksanovič, 2008, str. 489, 490).

Politična diskrecija je (odločanje na podlagi demokratično pridobljenega mandata za izvrševanje oblasti oziroma izdajanje političnih aktov ali aktov vladanja) pravno nevezana odločitev, usmerjena pa je v oblikovanje javnega interesa na podlagi vrednostnih sodb nosilcev oblasti, ne pa v presojo najprimernejše odločitve glede na zakonsko, že vnaprej določen javni interes, kot velja za upravno diskrecijsko odločanje (Pečarič, 2015, str. 84).

Lahko bi rekli, da se s pravno nevezano politično diskrecijo šele določa javni interes, ta pa je nato pomemben pri upravnem diskrecijskem odločanju, saj mora biti odločitev v čim večji meri v skladu z njim.

3.4 NAMEN IN MEJE PROSTEGA PREUDARKA

Organ, ki izda odločbo v upravni zadevi, mora le-to izdati v mejah pooblastila in v skladu z namenom za katerega mu je pooblastilo dano (2. odst. 6. člena ZUP). Če pri tem nista izpolnjena oba pogoja je organ prekoračil oziroma zlorabil pooblastilo (Androjna & Kerševan 2017, str. 69).

Zakonodajalec prosti preudarek podeljuje namensko, zaradi svoje nezmožnosti, da bi v pravni normi zajel vse možne dejanske položaje v katerih se bodo znašli pravni subjekti. Zakonodajalec ne more vnaprej predvideti kdaj bi bilo primerno ali nujno, glede naj javno korist, nekomu nekaj dovoliti, prepovedati, podeliti in podobno. Nekatera področja izvrševanja oblasti so po naravi takšna, da jih vnaprej ni mogoče normirati na način s katerim bi bili zajeti vsi možni življenjski položaji. Zakonodajalec v takšnih primerih pooblasti organ, da sam ugotovi vsebino veljavne pravne norme, ki jo je potrebno uporabiti za konkreten primer. V predpisih so ta pooblastila razvidna z izrazi kot so: »organ lahko, organ sme« in podobno (Jerovšek, 1996, str. 1101, 1002).

Namen prostega preudarka je, da organ med dvema ali več možnimi odločitvami izbere tisto, ki v največji meri zadovoljuje oziroma upošteva javno korist in se približuje cilju, ki ga zasleduje zakonska ureditev (Jerovšek, 2007, str. 22, 23).

Pri določanju mej pa je upravni organ omejen tako, da mora vedno upoštevati javno korist, ki jo navadno opredeljuje že originalna norma, ki mu je pooblastilo za odločanje po prostem preudarku dala (Čebulj & Strmecki, 2006, str. 190). Zakon z izrazi »organ lahko«, »organ sme« ne določa mej, kaj organ lahko in česar ne sme, temveč mora slednje šele sproti določiti (Jerovšek, 1996, str. 1006).

Jurkovič (1935, str. 119) je meje prostega preudarka razdelil na zunanje in notranje. Mnenja je, da zunanje meje predstavljajo zgolj akt, ki mora biti v skladu z obstoječo prano normo, pri teh mejah pa ni pomembno mnenje upravnega organa. Pri notranjih mejah pa je pomembna pravna pravilnost izdanega akta, kot tudi mnenje upravnega organa pri izdaji akta. To pomeni, da ne zadošča le pravna pravilnost izdanega akta, ampak mora biti tudi mnenje upravnega organa pri izdaji diskrecijskega akta pravno nesporno.

Prosti preudarek ima minimalne in maksimalne pogoje. Organ ne more uporabiti prostega preudarka dokler niso izpolnjeni minimalni pogoji. Obratno pa ga, ko so izpolnjeni maksimalni pogoji ne sme več uporabljati. Prosti preudarek se nanaša na izdajo akta ali na njegovo vsebino, lahko pa tudi na oboje. Razmerje med pooblaščujočo pravno normo in upravnim organom je formalno, ne pa vsebinsko. To pomeni, da pravna norma organ samo pooblašča za uporabo prostega preudarka, ne more pa mu določiti, kako naj ga uporabi (Šturm, 1998, str. 231, 232).

Vidimo, da je opredelitev avtorjev glede namena in mej prostega preudarka veliko. Če nekako povzamem zgornje misli ugotovim, da je namen prostega preudarka lahko tudi to, da je podeljen organu zaradi nezmožnosti zakonodajalca, da vnaprej predvidi vsa mogoča dejanska stanja. Z drugega zornega kota pa je namen lahko opredeljen tako, da organ med dvema ali več različnimi možnostmi izbere tisto, ki v največji meri zasleduje javno korist. Javna korist pa je po drugi strani opredeljena tudi kot meja prostega preudarka saj čez to mejo organ, v primeru, da je ne bi upošteval, ne sme.

3.5 RAZLIKA MED »NAVADNIM« UPRAVNIM ODLOČANJEM IN PROSTIM PREUDARKOM

Razlika med "navadnim" upravnim odločanjem in odločanjem po prostem preudarku je v tem, da v primeru, ko predpis določa, kakšno vsebino mora imeti odločba pri določenem dejanskem stanju, organ glede na temeljno načelo zakonitosti ne more izbirati, kakšno odločbo bo izdal, temveč je pri izdaji odločbe vezan na njeno vsebino. V tem primeru ima izdana odločba značaj pravno vezane odločbe. Pri prostem preudarku pa je organ, za razliko od pravne vezanosti, na podlagi materialnega predpisa pooblaščen, da lahko pri določenem dejanskem stanju izbere med več pravno enako možnimi (alternativnimi) odločitvami, in sicer tisto, ki jo glede na konkretni primer šteje za najbolj smotrno oziroma primerno (npr. podelitev slovenskega državljanstva tujcu) (Androjna & Kerševan, 2017, str. 312).

Debelak in Rakočević (2008, str. 58) sta mnenja, da o pravni vezanosti govorimo tudi tedaj, ko morajo organi odločiti po prostem preudarku. Pravna vezanost uprave je v tem primeru sicer šibkejša, saj daje organu pravico, da glede na ugotovljeno dejansko stanje izbere med več alternativnimi možnostmi tisto, ki je najustreznejša. Organ mora tudi v

primeru diskrecije odločiti v skladu z namenom in obsegom pooblastila, zato lahko diskrecijsko odločbo kljub manjši vezanosti abstraktno pravnih navodil smatramo kot pravno vezan upravni akt.

Menim, da dejanske razlike »glede pravne vezanosti« med "navadnim" upravnim odločanjem in prostim preudarkom praktično ni. Organ ima, tudi ko odloča po prostem preudarku, na izbiro le zakonite možnosti, kar pomeni, da bo sprejel pravno vezano odločitev. Omenjanje te razlike se po mojem mnenju ohranja zato, da se lažje loči med tem ali je imel organ na izbiro le eno ali pa več možnosti.

3.6 RAZLIKOVANJE IN PODOBNOSTI MED NEDOLOČENIMI PRAVNIMI POJMI IN PROSTIM PREUDARKOM

K temi prostega preudarka sem uvrstil tudi nedoločene pravne pojme (v nadaljevanju NPP), saj je poznavanje slednjih nujno potrebno, da bi se lahko izognili popolnemu izenačevanju s prostim preudarkom. Mnenja avtorjev ali so nedoločeni pravni pojmi pravzaprav prosti preudarek so se skozi zgodovino spreminjala, različna stališča pa so prisotna še danes. Močna povezava med terminom je glede pojma javni interes, ki ga bom zato posebej predstavil.

Tako kot pri prostem preudarku lahko tudi pri NPP rečemo, da gre za izjemo od načela zakonitosti, saj nekoliko odstopajo od polne pravne vezanosti. NPP so »besedne zveze«, kot na primer javni interes, požarna varnost, obče dobro, javna potreba, javna korist, varovanje okolja ipd. Upravni organ mora od primera do primera oceniti kakšna je njihova vsebina, pri čemer mora enaka merila oz. enako vsebino NPP uporabiti v vseh istovrstnih primerih. Kdaj pomeni NPP tudi pravico do prostega preudarka je potrebno pretehtati v vsakem primeru posebej glede na smisel in duh pravne norme ter njihovih razmerij (Pečarič, 2015, str. 144).

Jerovšek (2007, str. 24) se glede zgoraj omenjenih »besednih zvez« sprašuje ali se tudi NPP lahko napolnjujejo po prostem preudarku. Vprašanje je ali se NPP napolnjujejo po prostem preudarku ali po metodi razlage prava. V obeh primerih morajo imeti temelj in oporo v zakonu, ki jih uporablja. Organ je na zakon pri razlagi nedoločenega pojma vezan toliko, kolikor je to še v skladu z namenom zakona. Iz tega razloga gre pri nedoločenih pravnih pojmi za nepravilni prosti preudarek, ki je glede pravilne uporabe podvržen polni presoji zakonitosti v okviru doktrine o interpretaciji prava.

Avtor obsežnega dela »Diskreciona ocjena« Ivo Krbek je menil, da je treba v vsakem primeru posebej glede na smisel in duh pravne norme, pretehtati kdaj NPP pomenijo tudi pravico do prostega preudarka. Profesor Lado Vavpetič je zavzemal stališče tistih, ki pri NPP niso priznavali prostega preudarka (v Šturm, 1998, str. 181).

Šturm (1998, str. 180) razlikuje med prostim preudarkom in NPP, združuje pa jih v dejstvu da podobno kot zakonodajalec določa uporabo prostega preudarka, kadar ne more vnaprej predvideti vseh možnih situacij in zapletov, velja tudi za vstavljanje NPP v zakonska besedila. V takem primeru vsebine NPP ne določa sama pravna norma, ampak je to prepuščeno uporabniku norme.

Po mnenju švicarske upravne znanosti je razlika med NPP in prostim preudarkom popolnoma zabrisana. Njihovo mnenje je, da pod prosti preudarek spadajo vse tiste norme, ki dajejo upravnemu organu na izbiro med več možnimi pravnimi alternativami in tudi vse tiste norme z vnaprej nedoločeno pravno vsebino (Moor, 1994, str. 373).

NPP ne najdemo samo v upravnem pravu temveč tudi v civilnem in kazenskem, v katerem sploh niso redki, na primer »utemeljena nevarnost« in »utemeljen sum«. Anglosaška, francoska in italijanska upravnoppravna doktrina gleda na uporabo teh pojmov kot na izvajanje prostega preudarka. ZUP razlaga, da lahko organ odloči celo na podlagi verjetnosti, če gre za nevarnost za življenje in zdravje ljudi, za javno varnost, za javni red in mir ipd. (Jerovšek, 1996, str. 1001, 1002).

»Razlika med odločanjem po prostem preudarku in uporabo NPP je v tem, da je prosti preudarek naravnani na ravnanje upravnega organa ob ugotovljenem dejanskem stanju, uporaba NPP pa je usmerjena na opredeljevanje dejanskih okoliščin oziroma lastnosti nekega konkretnega dejanskega stanja« (Čebulj & Strmecki, str. 191).

Razliko med obema terminoma nam dobro pojasni odločba ustavnega sodišča št. Up-84/94, z dne 11. 6. 1996. V tej odločbi je po mnenju dr. Lojzeta Udeta, ki se mu pridružujeta tudi dr. Janez Šinkovec in mag. Matevž Krivic, prišlo do enačenja uporabe NPP in prostega preudarka. Po mnenju Udeta je tako izenačevanje s strani upravnih organov v strokovnem pogledu nesprejemljivo. Poudari, da gre pri odločanju po prostem preudarku za sprejemanje različnih odločitev na podlagi ugotovljenega dejanskega stanja (odločitve, ki so vse zakonite, če ne presežejo pooblastila po prostem preudarku), pri NPP pa gre za subsumpcijo ugotovljenega dejanskega stanja pod pravno normo oziroma pod tisti element pravne norme, ki ga opredeljujemo kot nedoločen pojem. Subsumpcija je opredeljena kot odločanje, ki je v polni meri podvrženo kontroli tako v civilnem kot upravnem postopku, kadar sodišča ali upravni organi odločajo o rednih ali izrednih pravnih sredstvih. Podobnega mnenja je tudi mag. Krivic, ki meni, da je enačenje diskrecijskega odločanja s pravili za uporabno NPP nedopustna simplifikacija oz. huda napaka. Tudi, če je upravnim organom priznan pri uporabi NPP nek lasten prostor proste presoje, kaj v konkretnem primeru spada pot tak pojem in kaj ne, je to še vedno povsem nekaj drugega kot odločanje po prostem preudarku.

Zakonodajalec v nekaterih primerih, prav tako kot je bilo ugotovljeno pri prostem preudarku, ne ve oz. ne pozna konkretnega dejanskega stanja. V takih situacijah je dejansko stanje v zakonski normi opredeljeno z NPP, za katerega zakonodajalec pristojnemu organu prepušča njegovo zapolnitev s podatki iz uradnih evidenc in drugimi relevantnimi podatki, ki jih ugotovi v postopku. Ko pristojni organ zapolni vsebino NPP odloči, kot mu zapoveduje zakon (torej ne po prostem preudarku).

3.6.1 Javni interes

Javni interes spada med vsebinsko nedoločene pojme. Njegova vsebina je opredeljena in razumljena zelo široko. Že ZUP na splošno ne pove v čem je bistvo javnega interesa čeprav na določenem mestu, pri nujnih ukrepih v javnem interesu (2. odst, 144. člena ZUP) našteva dobrine, ki spadajo v pojem javnega interesa (življenje in zdravje ljudi, javna varnost, javni red in mir...). Gre za takšen interes, ki je nad interesom posameznika. Zakonodajalec lahko pri regulaciji javnega interesa le-to prepusti izvršilni oblasti, ki na tej podlagi sprejema prepise za izvrševanje zakona. Obratno lahko zakonodajni organ pri oblikovanju javnega interesa na nekam področju sprejme normo, ki izraža ter varuje javni interes. V tem primeru pa drugi organi niso upravičeni drugače opredeljevati vsebine javnega interesa, ker je ta že določen z zakonsko normo samo. Lahko bi rekli, da je v navedeni situaciji javni interes pravno vezan in že opredeljen, pri čemer je zakonodajalec že rešil konflikt med javnim interesom in zasebnim interesom. Organ pri konkretizaciji te norme le ugotavlja voljo oz. namen zakonodajalca. Drugače pa pri diskrecijskem odločanju, kjer je cilj proste presoje organov pri odločanju o zahtevku stranke prav določitev javnega interesa v konkretnem primeru. Določiti ga seveda mora v okviru namena diskrecije, ki ga določi zakonodajalec. Zakonodajalec se torej odloči, da v zakonu ne bo v celoti opredelil javnega interesa, temveč da bo pri določanju v konkretni zadevi organu prepustil polje lastne presoje (Androjna & Kerševan, 2017, str. 79-81).

Vidimo, da se pojem javni interes povezuje tako s prostim preudarkom kot tudi z NPP. Javni interes je lahko kot NPP v zakonski normi že določen in opredeljen, organ pa ga pri obravnavi posameznega primera konkretizira in uporabi tako kot mu zapoveduje zakon. Lahko bi rekli, da organ zapolni vsebino NPP. Drugače je pri prostem preudarku, kjer je organu prepuščeno, da sam opredeli javni interes, seveda v okviru namena dane diskrecije. Organ v tem primeru pri rešitvi konkretnega zahtevka stranke izbere najboljšo izmed več danih možnosti, ki bo najbolj v skladu z javnim interesom (ki ga določi organ).

3.7 OBVEZNOST OBRAZLOŽITVE ODLOČBE IZDANE PO PROSTEM PREUDARKU

214. člen ZUP v prvem odstavku določa, da obrazložitev odločbe obsega: »Razložitev zahtevkov strank in njihove navedbe o dejstvih; ugotovljeno dejansko stanje in dokaze, na

katere je le-to oprto; razloge, odločilne za presojo posameznih dokazov; navedbo določb predpisov, na katere se opira odločba; razloge, ki glede na ugotovljeno dejansko stanje narekuje takšno odločbo; in razloge, zaradi katerih ni bilo ugodeno kakšnemu zahtevku strank«.

Peti odstavek 214. člena ZUP pa določa: »Če je pristojni organ po zakonu upravičen zadevo rešiti po prostem preudarku, mora v obrazložitvi poleg podatkov iz prvega odstavka tega člena navesti ta zakon in razloge, zakaj je tako odločil, in kako je uporabil obseg in namen prostega preudarka«.

»Ustrezna obrazložitev odločbe je zaradi zahteve po (učinkovitem) pravnem varstvu stranke še posebej pomembna v primeru, ko organ zahtevi stranke ne ugodi oz. ji ne ugodí v celoti« (Pečarič, 2015, str. 155).

»Če organ odloča po prostem preudarku, mora obrazložitev odločbe vsebovati še razloge: zakaj je tako odločil; kako je organ uporabil namen prostega preudarka; v kakšnem obsegu je bil preudarek uporabljen« (Jerovšek, 2007, str. 125).

Razlogi za odločitev po prostem preudarku morajo biti v upravni določbi navedeni tako, da bo iz njih razvidno, ali je upravni organ pri uporabi pooblastila za odločanje po prostem preudarku ravnal v mejah in v skladu z namenom, za katerega mu je bilo pooblastilo dano. V obrazložitvi mora biti razvidno ali je upravni organ dovolj natančno in ustrezno ugotovil dejansko stanje. Navedeni morajo biti preudari, kateri so ga vodili pri odločanju po prostem preudarku, saj zgolj navedba, da je upravni organ ravnal po prostem preudarku, ne zadošča (Šturm, 1998, str. 235 - 237).

Odločbo izdano po prostem preudarku, ki mora biti obrazložena v skladu s 214. členom ZUP, razumem kot zapoved pristojnemu organu, da obrazloži in navede razloge, zakaj se je odločil bodisi v eno bodisi v drugo smer (npr. zakaj je odvzel, ali zakaj ni odvzel orožja). Seveda je obrazložitev avtomatično bolj pod drobnogledom, ko ni odločeno v korist posameznika.

V tej temi naj predstavim tudi odločbo ustavnega sodišča št. U-I-98/91, z dne 10. 12. 1992 s katero ni bil sprejet drugi stavek, tretjega odstavka, 209. člena ZUP, ki je predvidel možnost, da poseben zakon ali celo uredba pooblasti organ, da mu v obrazložitvi ni treba navesti razlogov za svojo odločitev, če je v javnem interesu izrecno tako določeno. S tem bi bila dana dvojna diskrecija in sicer materialna iz določenega zakona, da je sploh dovoljeno odločati po prostem preudarku ter še preudarek ali bo organ sploh navedel razloge za svojo odločitev. To pooblastilo bi v bistvu pomenilo popoln odstop od legalitete, saj stranka ne more učinkovito izpodbijati upravnega akta, ker ne pozna razlogov, ki so bili odločilni za odločitev.

3.8 POLICIJSKA DISKRECIJA ALI POLICIJSKI TAKTIČNI PREUDAREK

Za potrebe diplomskega dela, je iz razloga izključne pristojnosti policije po ZNDM-2, nujno obdelati tudi poseben institut policijskega taktičnega preudarka, ki ga je leta 2013 zakonodajalec uvedel v Zakon o nalogah in pooblastilih policije (Uradni list RS, št. 15/13, 23/15, 10/17, v nadaljevanju: ZNPPol).

7. člen ZNPPol določa: »Policisti pri opravljanju policijskih nalog ocenjujejo, katere odločitve, policijska pooblastila ali uradna dejanja bodo za učinkovito preprečevanje in odpravljanje nevarnosti izvedli, glede na dejstva in okoliščine, ki so jim bile znane v trenutku ocenjevanja«.

Žiberl in Pozdrec (2014, str. 8) sta v svoji raziskavi razčlenila zakonsko določbo na naslednje elemente:

- odločitev policista je vezana na opravljanje policijskih nalog, kar pomeni tako na preprečevanje in odpravljanje nevarnosti kot na iskanje dokaznih virov;
- policistu je naloženo in dopuščeno ocenjevanje;
- policist se lahko odloča o sprejemu odločitve, pooblastila ali uradnega dejanja;
- odločitev policista mora biti najbolj učinkovita za preprečitev ali odpravo nevarnosti;
- štejejo okoliščine in dejstva, ki so policistu znana v trenutku ocenjevanja.

Policist je v večini primerov dolžan izpeljati določeno policijsko nalogo, da bo s tem zavaroval določeno varovano pravno dobro in mu ob tem tu ni dopuščeno diskrecijsko odločanje ali bo ukrepal ali ne. Iz tega razloga mu je na podlagi nove policijske zakonodaje podeljen taktični preudarek. Ta zanj predstavlja nekakšno varovalo, ko se policist na podlagi dejansko zaznanih dejstev in okoliščin odloči za najustreznejši ukrep. Kasneje namreč lahko pride do zapletov ali celo sodnih primerov, ko se v določeni situaciji pokaže drugačno dejansko stanje. To pooblastilo bo lahko policista razbremenilo odgovornosti, če se dokaže, da je izvedel najučinkovitejše pooblastilo ali uradno dejanje, glede na dejstva in okoliščine, ki so mu bile znane v trenutku ocenjevanja (Žiberl & Pozdrec, 2014, str. 14, 15).

Policist ima v večini primerov za rešitev določene policijske naloge na voljo več pooblastil za katera je v zakonski normi po navadi posredno navedeno, da jih uporabi po prostem preudarku (z besedami »sme«, »lahko« ipd.). Omenjena pooblastila se po intenziteti stopnjujejo, policist pa mora že po splošnih načelih policijskega postopka in splošnega načela sorazmernosti, npr. pri uporabi prisilnih sredstev, najprej poskusiti z blažjimi sredstvi, šele ko postane uporaba blažjega sredstva neuspešna poseže po hujšem prisilnem sredstvu. Prav tako pa se lahko policist v dani situaciji odloči, da bo nekaj blažjih korakov takoj preskočil saj glede na dejstva in okoliščine, ki so mu znane v trenutku oceni,

da z njimi ne bo dosegel zelenega cilja. Menim, da je zato taktični preudarek policistu dan iz razloga, ker se mora po navadi takoj, na kraju in v nekaj sekundah, odločiti kateri ukrep bo uporabil, glede na dejstva in okoliščine, ki so mu takrat znane. Iz tega izhaja, da mora policist dejansko stanje takoj določiti, kar je v popolnem nasprotju z drugimi upravnimi organi (npr. upravno enoto). Policist s taktičnim preudarkom torej takoj oceni dejansko stanje in presodi katero pooblastilo, oz. kateri dani mu prosti preudarek bo najsmotrnejši za uspešno rešitev dane situacije.

4 SISTEM NADZORA UPORABE PROSTEGA PREUDARKA

Pri sistemu nadzora nad zakonitostjo delovanja upravnih organov gre za nadzor nad izdanimi upravnimi akti in abstraktnimi upravnimi akti (upravnimi predpisi), ki so lahko kot smo že ugotovili pravno vezani ali izdani po prostem preudarku. V pritožbi zoper upravni akt izdan po prostem preudarku se lahko preverja ali je bil izdan v mejah in v skladu z namenom za kar mu je bilo pooblastilo dano, ali je organ deloval samovoljno ali pa je šlo za napačno uporabo prostega preudarka, zaradi nevednosti upravnega organa.

4.1 VRSTE NADZORA NAD UPRAVO

Kot bomo videli spodaj, v skladu z Androjna & Kerševan (2017, str. 501, 502) poznamo dve vrsti nadzora nad zakonitostjo delovanja uprave. V nekaterih primerih se nadzor opravlja že v okviru upravnih organov, npr. v primeru nadzora nad odločbami in sklepi, ki se opravlja v okviru upravnega postopka. Ta upravni nadzor, imenovan tudi kot notranji nadzor, pa vselej ne zadovoljuje in ne zagotavlja uresničevanja načela zakonitosti pri delu in odločanju v upravnih zadevah o pravicah, obveznostih in pravnih koristih posameznikov, pravnih oseb in drugih strank. Zaradi tega mora obstajati še poseben zunanji nadzor, nad delovanjem uprave, ki ga morajo opravljati od organov javne uprave organizacijsko ločeni in neodvisni ter v zadevi neprizadeti nepristranski organi, ki niso v nobenem hierarhičnem razmerju do stranke niti do organa javne uprave. Ta nadzor je v našem pravnem sistemu zaupan neodvisnim sodnikom, ki so vezani zgolj in samo na ustavo in zakon (125. člen URS) in ga zato imenujemo sodni nadzor nad delovanjem uprave.

4.1.1 Upravni nadzor

Gre za najstarejšo obliko kontrole. Navezuje se na načelo hierarhije v upravni organizaciji. V okviru te kontrole poznamo naslednje pod-oblike:

1. Notranja kontrola

- a) instančna kontrola – pritožba kot splošno in redno pravno sredstvo v upravnem postopku, lahko se vloži na zahtevo stranke;
- b) služben nadzor – kontrola brez zahteve stranke, najpogosteje je pooblaščen drugostopenjski organ (ministrstvo), ki lahko zahteva poročila o delu, dokumente po zakonu o državni upravi; tu sta na voljo izredni pravni sredstvi odprave in razveljavitve po nadzorstveni pravici in izredna razveljavitev upravnega akta;

2. Zunanja kontrola

- a) Inšpekcijska – nadzor izvajajo inšpektorati, ki delujejo kot organi v sestavi ministrstev (Pečarič, 2015, str. 240-249).

Pri upravnem nadzoru gre torej za nekakšno notranjo kontrolo, ko po pravilu višje postavljen hierarhični organ kontrolira nižjega. Ker pa med upravnimi organi obstaja določena stopnja solidarnosti, dotična kontrola v nekaterih primerih ne daje zadostnega jamstva za zakonito reševanje upravnih stvari. Zaradi tega obstaja tudi zunanji nadzor, imenovan sodni nadzor.

4.1.2 Sodni nadzor

O sodnem nadzoru govori že 23. člen URS ki določa: »Vsakdo ima pravico, da o njegovih pravicah in dolžnostih ter o obtožbah proti njemu brez nepotrebne odlašanja odloča neodvisno, nepristransko in za zakonom ustanovljeno sodišče. Sodi mu lahko samo sodnik, ki je izbran po pravilih, vnaprej določenih z zakonom in s sodnim redom«. V nadaljevanju URS v 157. členu, določa tudi: »O zakonitosti dokončnih posamičnih aktov, s katerimi državni organi, organi lokalnih skupnosti in nosilci javnih pooblastil odločajo o pravicah ali obveznostih in pravnih koristih posameznikov in organizacij, odloča v upravnem sporu pristojno sodišče, če za določeno zadevo ni z zakonom predvideno drugo sodno varstvo. Če ni zagotovljeno drugo sodno varstvo, odloča v upravnem sporu pristojno sodišče tudi o zakonitosti posamičnih dejanj in aktov, s katerimi se posega v ustavne pravice posameznika«.

157. člen URS v bistvu konkretizira 23. člen URS ter dodaja, da je izvršilna oblast podvržena neodvisni sodni kontroli zakonitosti njenega odločanja v konkretnih stvareh. Vzpostavlja se upravno-sodna kontrola zakonitosti upravnih aktov in tudi, če ni zagotovljeno drugo sodno varstvo, se odloča v upravnem sporu tudi o zakonitosti posamičnih dejanj in aktov, s katerimi se posega v ustavne pravice posameznika (Pečarič, 2015, str. 264).

Sodišče pri presoji odločb, izdanih po prostem preudarku, ugotavlja, ali je odločitev v skladu z namenom in v mejah zakonskega pooblastila. Pri tem pa ne gre le za primere zlorabe pooblastila (zavestno ali po pomoti) temveč tudi za primere prekoračitve pooblastila, ko upravni organ zmotno meni, da je upravičen odločati po prostem preudarku, ali ko izbere pravno posledico, ki je zakon ne omogoča. Upravni organ je z zapovedjo enakega obravnavanja iz 14. in 22. člena URS vezan na način odločanja v prejšnjih primerljivih primerih (Šturm, 1998, str. 236, 237).

Sodišče preizkuša tudi smotrnost uporabe prostega preudarka v okviru načela sorazmernosti, kjer presoja, če so bile sprejete odločitve sorazmerne z dopustnimi cilji. V primeru ustavne pritožbe je tudi Ustavno sodišče pristojno, da preizkusi uporabo prostega preudarka v skladu s splošnim ustavnim načelom sorazmernosti. Pri tem je možno, da oceni ali je prosti preudarek sploh upravičeno podeljen in bi se s tem lahko posegalo v temeljne ustavne pravice (Jerovšek, 1996, str. 1108).

Francoska sodišča se pri preizkusu upravnih aktov izdanih po prostem preudarku ukvarjajo z analizo motivov, ki so organ vodili pri izdaji diskrecijskega akta. Do napačne uporabe diskrecije tako pride, kadar jo upravni uporabi za drugačen namen, kot je določen v zakonu. Na podlagi tega sodišče najprej ugotovi namen zakonodajalca, nato pa presodi, ali se dani diskrecijski akt sklada z zakonodajalčevim namenom, pri čemer pa sodišče ugotavlja tudi vodilo upravnega organa pri izdaji akta na podlagi diskrecijske pravice (Brown, Bell & Galabert, 1993, str. 231).

4.1.3 Posebne oblike kontrole uprave

Posebne oblike kontrole uprave so naslednji samostojni državni organi: varuh človekovih pravic, državno tožilstvo, zastopnik javnega interesa, Komisija za preprečevanje korupcije, Računsko sodišče in Informacijski pooblaščenec. Kot posebno obliko kontrole uprave lahko sem štejemo tudi posredni nadzor nad delom javne uprave, ki predstavlja pravico javnosti do dostopa do informacij javnega značaja in udeležbe javnosti pri delu oziroma sejah organov (Pečarič, 2015, str. 250).

4.2 PRAVNA SREDSTVA POSAMEZNIKA

4.2.1 Pritožba

Pravica do pritožbe je opredeljena že v URS, v 25. členu, ki določa: »Vsakomur je zagotovljena pravica do pritožbe ali drugega pravnega sredstva proti odločbam sodišč in drugih državnih organov, organov lokalnih skupnosti in nosilcev javnih pooblastil, s katerimi ti odločajo o njegovih pravicah, dolžnostih ali pravnih interesih«.

ZUP pravico do pritožbe ureja v 13. členu, ki določa, da ima stranka pravico do pritožbe zoper odločbo izdano na prvi stopnji, če pa na prvi stopnji odloča pristojno ministrstvo, pa je pritožba dovoljena samo v primeru, ko tako odloča zakon.

Pritožbo lahko vloži stranka, ki je bila udeležena v postopku na prvi stopnji, vsaka druga oseba, če odločba posega v njene pravice ali raven koristi ali državni tožilec/pravobranilec, če je prekršen zakon v korist stranke in škodo javne koristi, ki jo varuje. Ko prvostopenjski organ, ki je izdal izpodbijano odločbo, prejeme pritožbo, jo preizkusi ali izpolnjuje procesne predpostavke za vložitev pritožbe (ali je pritožba po zakonu sploh dovoljena, ali jo je vložila upravičena oseba ipd.). Če prvostopenjski organ ugotovi, da je pritožba utemeljena izda novo odločbo, zoper katero je dovoljena nova pritožba. V primeru, ko meni, da je njegova pritožba zakonita pa pošlje pritožbo skupaj z dokumenti oziroma spisom o zadevi drugostopenjskemu organu v pritožbeni postopek. Drugostopenjski organ tudi najprej pregleda, ali pritožba izpolnjuje procesne predpostavke. Po preučitvi lahko pritožbo zavrže, zavrne, ji deloma ali v celoti ugodi, jo

spremeni, spremeni odločbo v strankino škodo ali odločbo izreče za nično v strankino korist (Jerovšek, 2007, str. 139-144). O navedenem govori 252. člen ZUP, ki določa: »Če organ druge stopnje ugotovi, da so bili v odločbi prve stopnje zmotno presojeni dokazi, da je bil iz ugotovljenih dejstev napravljen napačen sklep glede dejanskega stanja ali da je bil napačno uporabljen pravni predpis, na podlagi katerega je bilo odločeno o zadevi, ali če spozna, da bi bilo treba po prostem preudarku izdati drugačno odločbo, odpravi odločbo prve stopnje s svojo odločbo in sam reši zadevo«.

Za napačno uporabo materialnega predpisa gre torej tudi v primeru, ko drugostopenjski organ spozna, da je organ prve stopnje prekorajčil meje prostega preudarka, ki mu ga daje materialni predpis. Lahko ugotovi tudi, da organ prve stopnje odločbe po prostem preudarku ni izdal v skladu z namenom, za katerega mu je bilo pooblastilo dano, ali je prosti preudarek uporabil nesmotrno. V primerih, ko drugostopenjski organ ugotovi navedene napake s svojo odločbo odpravi določbo prve stopnje in sam odloči o zadevi (Androjna & Kerševan, 2017, str. 407, 408).

Že v prvem poglavju diplomskega dela smo torej ugotovili, da je državna oblast v državi postavljena pod kontrolo. Na podlagi predpisov je posameznikom zagotovljena pravna varnost – možnost do pritožbe, ki je določena že v URS in je nato nadalje opredeljena tudi v ZUP.

4.2.2 Upravni spor

Upravni spor v 157. členu omenja URS, ki določa: »O zakonitosti dokončnih posamičnih aktov, s katerimi državni organi, organi lokalnih skupnosti in nosilci javnih pooblasti odločajo o pravicah ali o obveznostih in pravnih koristih posameznikov in organizacij, odloča v upravnem sporu pristojno sodišče, če za določeno zadevo ni z zakonom predvideno drugo sodno varstvo. Če ni zagotovljeno drugo sodno varstvo, odloča v upravnem sporu pristojno sodišče tudi o zakonitosti posamičnih dejanj in aktov s katerimi se posega v ustavne pravice posameznika«.

Upravni spor konkretno opredeljuje posebni predpis, ZUS-1, ki v 1. členu določa: »V upravnem sporu se zagotavlja sodno varstvo pravic in pravnih koristi posameznic oziroma posameznikov in organizacij proti odločitvam in dejanjem državnih organov, organov lokalnih skupnosti in nosilcev javnih pooblastil na način in po postopku, ki ga določa ta zakon, če za določeno zadevo ni z zakonom zagotovljeno drugo sodno varstvo«.

V nadaljevanju 27. člen ZUS-1 v prvem odstavku določa pogoje, ko se upravni akt sme izpodbijati, v drugem odstavku navedenega člena pa glede prostega preudarka izrecno določa: »Ne gre za nepravilno uporabo predpisa, če je pristojni organ odločil po prostem

preudarku na podlagi pooblastila, ki ga je imel po predpisih, v mejah danega pooblastila in v skladu z namenom, zaradi katerega mu je bilo pooblastilo dano«.

Navedeno ne pomeni, da sodišče ne bi moglo presoditi zakonitosti upravnega akta, ki je bil izdan po prostem preudarku. Sodišče je pooblaščen, da tudi v tem primeru preizkusi zakonitost izdanega upravnega akta, vendar le v obsegu, ali je organ po zakonu sploh imel pooblastilo za odločanje po prostem preudarku, in to, ali je odločbo izdal v mejah in obsegu danega pooblastila. »Sodišče le ne more preizkusiti, ali je organ meritorno pravilno oziroma primerno uporabil prosti preudarek pri opredelitvi za eno od možnih alternativnih odločitev« (Androjna & Kerševan, 2017, str. 590).

Upravni spor torej predstavlja temeljno obliko sodnega nadzora nad zakonitostjo dokončnih posamičnih upravnih aktov. Pogoj za izpodbijanje v upravnem sporu je kršitev subjektivnih pravic posameznikov ali pravnih oseb z upravni aktom. Zakon natančno določa, da v upravnem sporu odloča sodišče o zakonitosti dokončnih upravnih aktov, s katerimi se posega v pravni položaj tožnika (Jerovšek, 2007, str. 165).

Upravno sodišče, ki je pristojno za odločanje v upravnem sporu lahko nezakoniti akt odpravi in upravnemu organu, ki ga je izdal, naloži, kako naj ravna pri izdaji novega akta. Lahko pa Upravno sodišče tudi samo odloči o zadevi in v tem primeru s sodbo nadomesti odločbo, ki jo je izdal upravni organ. Zoper sodbo Upravnega sodišča je dovoljena pritožba, o njej pa odloča Vrhovno sodišče (Pečarič, 2015, str. 265).

Temeljna posebnost upravnega spora je torej, da Upravno sodišče, ki je pristojno za odločanje o upravnem sporu, odloča o zakonitosti že dokončnih posamičnih aktov, s katerim je pristojni organ že odločil o pravicah ali o obveznostih in pravnih koristih posameznikov in organizacij.

5 SODNA PRAKSA UPORABE PROSTEGA PREUDARKA PO ZAKONU O OROŽJU

5.1 OSNOVNE DOLOČBE IN NAMEN ZAKONA O OROŽJU

Orožje je po ZOro-1 predmet, izdelan ali prilagojen tako, da lahko pod pritiskom zraka, smodnikovih ali drugih plinov ali drugega potisnega sredstva izstreljuje krogle, šibre ali druge izstrelke, oziroma razpršuje pline, tekočino ali drugo substanco in drugi predmeti, ki so po svojem bistvu namenjeni zlasti temu, da z neposrednim učinkovanjem preprečijo ali zmanjšajo napad ali nevarnost, za lov in za športno streljanje.

Namen zakona je urejanje pravic in obveznosti posameznikov, pravnih oseb in samostojnih podjetnikov posameznikov v zvezi z orožjem z namenom varovanja življenja, zdravja in varnosti ljudi ter javnega reda. Zakon določa nabavo, posest, prenos in promet z orožjem.

5.2 POGOJI ZA IZDAJO OROŽNE LISTINE

ZOro-1 v 14. členu za posameznika določa pogoje za nabavo orožja, dovoljenje za nabavo streliva, orožni list in dovoljenje za posest orožja, če so izpolnjeni naslednji pogoji posameznika:

- da je dopolnil 18 let,
- da ni zadržkov javnega reda,
- da je zanesljiv,
- da ima upravičen razlog za izdajo orožne listine,
- da ima opravljen zdravniški pregled,
- da je opravil preizkus znanja o ravnanju z orožjem.

Navedene pogoje zakon tudi konkretno obravnava, med najbolj nedoločena pa sodita:

1. Zadržki javnega reda

ZOro-1 v 15. členu določa, da so zadržki javnega reda podani, če je posameznik pravnomočno obsojen za naklepno kaznivo dejanje z elementi nasilja, ki se preganja po uradni dolžnosti; ali če je posameznik s pravnomočno odločbo osojen za prekršek zoper javni red in mir z elementi nasilja. Če zoper posameznika teče kazenski postopek ali postopek za prekršek z elementi nasilja, se določitev, ali oseba izpolnjuje pogoje, odloži do pravnomočnosti sodbe oziroma odločbe v tem postopku.

2. Zanesljivost

ZOro-1 v 1. odstavku, 16. člena določa, da je posameznik zanesljiv, če se na podlagi ugotovljenih dejstev lahko sklepa, da orožja ne bo zlorabljal ali ga neprevidno, nestrokovno ter malomarno uporabljal in shranjeval ali ga prepuščal osebi, ki ni bila upravičena do posesti orožja. V 2. odstavku, 16. člena pa zakon loči in določi, kdaj posameznik v nobenem primeru ni zanesljiv in sicer če je pravnomočno obsojen za naklepno kaznivo dejanje, zaradi katerega je neprimeren za posedovanje oziroma rokovanje z orožjem ali je od njega mogoče pričakovati, da bo orožje zlorabil; mu je bila odvzeta poslovna sposobnost; je odvisen od alkohola ali mamil; okoliščine, v katerih živi, kažejo, da ni primeren za posedovanje orožja. V navedenem 1. odstavku, 16. člena ZOro-1 opazimo izjemno majhno razliko med prostim preudarkom in nedoločenimi pravnimi pojmi. Problem v tem odstavku predstavlja besedna zveza »posameznik je zanesljiv, če se na podlagi ugotovljenih dejstev *lahko* sklepa, da...«. Na podlagi besede »lahko« bi lahko brez zadržkov dejali, da gre za prosti preudarek, ko organ izbere eno izmed dveh ali več možnosti. Pa vendar omenjeno ne drži, saj gre v tem primeru za zapolnjevanje nedoločenega pravnega pojma »zanesljivost«. Beseda »lahko« v tem primeru pomeni, da se na podlagi ugotovljenih dejstev (ki jih organ ugotavlja preko pristojne policijske postaje, pristojnega sodišča ali Ministrstva za pravosodje) lahko sklepa ali drugače rečeno ugotovi, da je posameznik zanesljiv ali nezanesljiv. Po ugotovljenem dejanskem stanju mora upravni organ (upravna enota) ravnati tako kot zapoveduje zakon in ne sme odločati po prostem preudarku.

Po preučitvi pogojev ZOro-1 za izdajo orožne listine posamezniku ugotovimo, da organ, ki odloča o tem, nima pristojnosti odločati po prostem preudarku temveč po preučitvi pogojev odloči v eno ali drugo smer. NPP, ki se nahajajo v pogojih zapolni z vsebino, pri tem pa je pri razlagi omejen z namenom zakona.

Ima pa organ v skladu z 21. členom ZOro-1 pristojnost odločati po prostem preudarku pri izdaji orožne listine gospodarskim družbam, podjetnikom in drugim pravnim osebam kjer je določeno, da se jim lahko izda dovoljenje za nabavo orožja oziroma orožni posestni list za varnostno orožje, če opravijo službo varovanja po predpisih o zasebnem varovanju in obveznem organiziranju službe varovanja in izkažejo upravičen razlog za nabavo orožja. Prav tako so v nadaljevanju člena navedeni posebni pogoji na podlagi katerih organ lahko izda dovoljenje za nabavo orožja, dovoljenje za nabavo streliva ali orožni posestni list pravnim osebam ali podjetnikom, če odgovorne osebe pravne osebe in podjetniki izpolnjujejo pogoje iz 14. člena.

5.3 POGOJI ZA ODVZEM OROŽJA IN OROŽNE LISTINE

Pogoje za odvzem orožja in orožne listine določa 58. člen ZOro-1; po prvem odstavku je upravni organ dolžan obligatorno odvzeti orožje in orožne listine posamezniku, ki več ne

izpolnjuje pogojev iz 2. do 6. točke drugega odstavka 14. člena, podjetniku in gospodarski družbi pa če ne izpolnjuje več pogojev iz 21. člena. Odločanje po prostem preudarku je upravnemu organu dovoljeno po 2. odstavku 58. člena, po katerem »lahko« odvzame orožje in orožne listine osebi, ki ravna v nasprotju z določbo 22. člena (ravljanje s posebno skrbnostjo) ali v nasprotju s 3. odstavkom 25. člena (hramba orožja).

Osnovni namen ZOro-1 je, da se z normativno ureditvijo poskuša preprečiti kakršno koli zlorabo orožja, glavni akter pa je tu država. V tem smislu je upravnemu organu prepustila dokaj malo maneverskega prostora za odločanje po prostem preudarku pri odvzemu dovoljenja. Tako ima upravni organ pri posamezniku možnost odločanja o odvzemu orožja in orožne listine le v smislu ravnanja posameznika s posebno skrbnostjo in hrambo, v primeru ko ne izpolnjuje več pogojev, ki so potrebni za izdajo orožne listine, pa je zavezan k odvzemu.

Izjemo glede pristojnosti odločanja po prostem preudarku predstavlja še 59. člen ZOro-1, ki določa, da pristojni organ odvzame posamezniku, ki mu je prenehalo članstvo v lovski ali strelski organizaciji, orožni list za lovsko ali športno orožje, razen če je vključil v drugo lovsko ali strelsko organizacijo. Na prošnjo posameznika pa pristojni organ »lahko« izda dovoljenje za posest takega orožja.

5.3.1 Zaseg orožja in orožne listine

Posebno vejo pri odvzemu orožja predstavlja zaseg orožja in orožnih listin. Policist na kraju v skladu z 62. členom ZOro-1 brez predhodne odločbe pristojnega organa zaseže:

- prepovedano orožje;
- orožje, za katero oseba nima orožne listine;
- orožje, za katero obstaja sum, da je posameznik z njim storil prekršek zoper javni red in mir ali kaznivo dejanje;
- orožje, ki ga posameznik nosi ali prenaša v nasprotju z določbami 8. člena.

Če policist po 63. členu ZOro-1 sumi, da posameznik ni več zanesljiv v smislu 3. točke 2. odstavka ali če prenaša orožje v nasprotju s 24. členom tega zakona, lahko začasno zaseže orožje, strelivo in orožne listine.

Nadaljnji postopek pristojnega organa z zaseženim orožjem, strelivom in orožnimi listinami predpisuje 64. člen ZOro-1.

Na podlagi navedenega vidimo, da je policist v primerih iz 62. člena ZOro-1 obligatorno vezan k zasegu orožja in orožnih listin. V primerih iz 63. člena ZOro-1, ko pa sumi, da posameznik ni več zanesljiv, pa odloči po prostem preudarku ali bo zasegel orožje in orožne listine ali ne. V tem primeru nedoločenega pravnega pojma zanesljivost ne zapolnjuje z vsebino ampak odloči glede na sum nezanesljivosti, ki je lahko kasneje s strani upravnega organa potrjen ali ovržen. Policist do odločitve o uporabi prostega preudarka, iz 63. člena ZOro-1, pride zaradi dejstev in okoliščin, ki so mu znane v dani situaciji, v skladu s 7. členom ZNPPol (taktični preudarek).

5.4 ANALIZA SODB SODIŠČA

S sodbo št. U 621/2004 je Upravno sodišče ugodilo tožbi tožnika in odločbo Ministrstva za notranje zadeve odpravilo ter zadevo vrnilo toženi stranki v ponoven postopek. Organ prve stopnje je z odločbo tožniku odvzel orožni list, orožje in pripadajoče strelivo. Tožena stranka je menila, da je tožnik zaradi spora s svojimi sorodniki in storjenega kaznivega dejanja ogrožanja varnosti v smislu 16. člena ZOro-1 nezanesljiv, posledično pa nedvomno ni primeren za posest orožja. Hkrati je organ prve stopnje zaradi nasilja tožnika pri storitvi kaznivega dejanja povsem upravičeno zaključil, da obstaja velika verjetnost, da bi lahko orožje pričelo služiti kot demonstracija moči. Orožje se lahko zaupa le osebi, od katere je mogoče pričakovati, da ne bo ogrožala javnega reda in miru. Tožnik je tožbo vložil zaradi bistvene kršitve določb postopka in zmotne ter nepopolne ugotovitve dejanskega stanja in zmotne uporabe materialnega prava. Upravno sodišče je na podlagi tega ugotovilo, da se je organ oprl na 3. točko 2. odstavka 14. člena, v zvezi s 16. členom ZOro-1 in zaključil,

da je tožnik nezanesljiv, ker okoliščine, v katerih živi, kažejo na to, da ni primeren za posedovanje orožja. To pomeni, da je organ uporabil 2. odstavek, 16. člena ZOro-1, medtem pa iz odločbe izhaja, da je organ ugotavljal zanesljivost tako na podlagi 1. odstavka, kot tudi na podlagi 2. odstavka 16. člena ZOro-1. Organ je v svoji obrazložitvi navedel, da tožnik ni zanesljiv, ker je mogoče sklepati, da bi lahko orožje zlorabljal, prav tako pa se je oprl tudi na 2. odstavek 16. člena ZOro-1, ki je zaključil da ni zanesljiv, ker okoliščine v katerih živi, kažejo, da ni primeren za posedovanje orožja. Upravno sodišče je zato organu naložilo, da se v ponovljenem postopku najprej opredeli do materialne podlage za svojo odločitev. Tako opredeljena zanesljivost oziroma nezanesljivost ne dopušča združevanja posameznih elementov oziroma sestavin iz 1. In 2. odstavka 16. člena ZOro-1.

V navedenem primeru bo šlo, v kolikor bo organ prve stopnje ocenjeval zanesljivost tožnika na podlagi 1. odstavka 16. člena ZOro-1, za zapolnjevanje NPP in ne prosti preudarek. V kolikor bo iz zbranih dokazov izhajalo, da je tožnik nezanesljiv, bo organ postopal v skladu z namenom zakona in orožje ter orožno listino odvzel.

S sodbo št. U 1869/2005 je Upravno sodišče zavrnilo tožbo tožnika kot neutemeljeno. Tožnik je nabavo varnostnega orožja utemeljeval s tem, da je v sporu s sosedi, ki mu veliko grozijo, hkrati pa je od leta 1996 prihajalo tudi do poškodb stvari in ljudi. Tožniku grozijo s smrtjo, ob tem so ga napadli tudi fizično, posledično je utrpel lažje poškodbe. Tožnik v tožbi uveljavlja kršitev pravil postopka in nepopolno ugotovljeno dejansko stanje s strani upravnega organa, ki mu je z odločbo zavrnilo izdajo dovoljenja za nabavo pištrole. Upravni organ naj bi, ko je preko policijske postaje raziskoval pogoje za utemeljenost njegove zahteve, (kot jo določa 17. člen ZOro-1 glede zadržkov javnega reda), upošteval okoliščino, s katero je utemeljil svojo odločitev pri uporabi pooblastila norme za presojo po prostem preudarku. V nadaljevanju navaja, da odločba upravnega organa, ko se le-ta odloča po prostem preudarku, ne more temeljiti na podatkih, zbranih na podlagi poizvednice zaradi ugotovitve, ali obstajajo zadržki javnega reda, še posebej, če ti niso posebej raziskani. Sodišče je kot pravilno spoznalo odločitev tožene stranke, da tožnik ni izkazal razlogov za izdajo dovoljenja za nabavo orožja kot so določeni v 1. alineji, 1. odstavka, 17. člena, v povezavi s 4. odstavkom, 14. člena ZOro-1. Ob tem je navedlo, da stališče tožnika, da mu je bila prošnja za nabavo orožja zavrnjena zaradi zadržkov javnega reda ni pravilno, saj je bila prošnja tožnika zavrnjena iz razloga, ker tožnik ni izkazal, da je njegova osebna varnost ogrožena v tolikšni meri, da bi za zagotovitev le-te potreboval varnostno orožje, na pa zaradi zadržkov javnega reda.

Kot vidimo zgoraj je tožnik v tožbi omenjal, da je upravni organ zadržke javnega reda ugotavljal po prostem preudarku. Sodišče je pri presoji razjasnilo, da je upravni organ na podlagi 17. člena ZOro-1 ugotavljal osebno varnost tožnika in ne zadržkov javnega reda.

Pri ugotavljanju njegove osebne varnosti, pa je upravni organ zapolnil vsebino NPP in nato odločil kot mu zapoveduje zakon, ne pa po prostem preudarku.

S sodbo št. III U 246/2010 je Upravno sodišče zavrnilo tožbo tožnika kot neutemeljeno. Upravna enota je z izpodbijano odločbo odločila, da se tožeči stranki odvzame vso orožje, orožni list za šport in strelivo. Sodišče kot pravilno šteje odločitev, da tožeča stranka ni zanesljiva in ne izpolnjuje več pogoja iz 3. točke 2. odstavka, 14. člena ZOro-1. V upravnem postopku je bilo namreč ugotovljeno, da je imela tožeča stranka orožje spravljeno v predalčniku osebnega avtomobila, do njega pa je nepooblaščen prišla nepooblaščen oseba in ga uporabila za streljanje. Tožeča stranka je bila z odločbo policijske postaje kaznovana za nepravilno hrambo orožja po 7. točki, 1. odstavka, 81. člena ZOro-1. Pristojni organ je nato v skladu s 1. odstavkom, 58. člena ZOro-1, ki narekuje obligatoren odvzem, odvzel orožje in orožne listine tožeči stranki.

Ker je pristojni organ zapolnil NPP in ugotovil, da je tožeča stranka nezanesljiva, je ravnal kot mu zapoveduje zakon in v skladu s 1. odstavkom, 58. člena ZOro-1 odvzel orožje in orožne listine.

S sodbo št. III U 7/2014 je Upravno sodišče zavrnilo tožbo tožnika kot neutemeljeno. Upravna enota je tožeči stranki odvzela orožje in orožno listino, ker je bila dvakrat pravnomočno obsojena zaradi naklepnega kaznivega dejanja z elementi nasilja in so obstajali utemeljeni zadržki zanesljivosti po drugem odstavku 16. člena ZOro-1. Tožeča stranka je Upravni enoti v tožbi očitala, da je v upravnem postopku zbirala podatke o vseh vloženih in kasneje zavrženih kazenskih ovadbah, v dokaznem postopku pa se lahko zbirajo le sodni podatki, ki so relevantni za oceno strankine zanesljivosti, to pomeni le obsodilne sodbe, nikakor pa ne oprostilne ter sklepov o zavrženju kazenskih ovadb. V obravnavi je sodišče poudarilo, da je neizpolnjevanje pogoja s 3. točke 14. člena ZOro-1 (zanesljivost) pravna podlaga za odvzem orožja in orožne listine posamezniku. Posameznik je v tem primeru nezanesljiv, ker je obsojen za naklepno kaznivo dejanje, zaradi katerega je neprimeren za posedovanje oziroma rokovanje z orožjem oziroma je od njega pričakovati, da ga bo zlorabil (1. alineja, 2. odstavka, 16. člena ZOro-1).

Upravna enota v tem primeru ni zapolnjevala NPP zanesljivosti, saj drugi odstavek 16. člena ZOro-1 že obligatorno določa, da posameznik ni zanesljiv, če je pravnomočno obsojen za naklepno kaznivo dejanje za katerega je neprimeren za posedovanje oziroma rokovanje z orožjem ali je od njega mogoče pričakovati, da bo orožje zlorabil. Upravna enota je po ugotovljenem dejanskem stanju ravnala v skladu s 1. odstavkom, 58. člena ZOro-1, ki narekuje obvezen odvzem orožja.

S sodbo št. III U 6/2015 je Upravno sodišče zavrnilo tožbo tožnika kot neutemeljeno. Upravna enota je v izpodbijani odločbi ocenila, da tožnik ni več zanesljiv v smislu 3. točke

drugega odstavka 14. člena ZOro-1, saj je orožje hranil neprimerno in malomarno v garderobi in sicer v pritličju stanovanjske hiše. Tam je orožje našel sin tožnikove partnerice in se ustrelil. Zaradi navedenega mu je Upravna enota odvzela orožni list, dovoljenje za posest orožja ter več kosov orožja in streliva. Tožnik je v tožbi navajal, da so bile v postopku kršene določbe upravnega postopka, da je bilo dejansko stanje nepopolno ugotovljeno in da je bilo zmotno uporabljeno materialno pravo. Bil je mnenja, da je upravni organ svoje ugotovitve oprl na enkratni, sicer tragični dogodek, vendar bi moral za presojo zanesljivosti celovito obravnavati njegovo osebnost in v tej smeri izvesti dokaze. Prav tako je bil mnenja, da je upravni organ pri uporabi prostega preudarka zanemarljivo, da mora v obrazložitvi točno navesti razloge, ki so prisostvovali pri odločitvi in kako je uporabil obseg in namen prostega preudarka. Po presoji sodišča je odločba tožene stranke pravilna iz zakonita, v njej so navedeni utemeljeni razlogi za odločitev in pojasnjen obseg in namen uporabe prostega preudarka. Pri tem je sodišče dodalo, da ZOro-1 v 58. členu v 1. odstavku določa, da pristojni organ odvzame orožje in orožne listine posamezniku, ki ne izpolnjuje več pogojev iz 2. do 6. točke drugega odstavka 14. člena in je pri tem upravni organ svojo odločitev oprl na 3. točko po kateri mora biti posameznik zanesljiv. Je pa sodišče mnenja, da v tem primeru ni nobenega dvoma, da tožnikov primer ne sodi med tiste, ki jih ZOro-1 posebej našteva v drugem odstavku 16. člena, obstajajo pa dokazi, ki jih je zbral upravni organ in so po mnenju sodišča pokazali, da ga je zaradi malomarnosti pri hrambi orožja utemeljeno oceniti za osebo, ki ni zanesljiva.

V navedenem primeru, ko tožnik govori o neobrazložitvi prostega preudarka, ki ga je uporabil upravni organ, sem mnenja, da je, kot smo videli že v nekaj prejšnjih primerih in razlagi NPP »zanesljivosti«, šlo le za njegovo zapolnitev in ne prosti preudarek. Ko je upravni organ pojem zapolnil in ugotovil, da je tožnik nezanesljiv je ukrepal, kot mu zapoveduje zakon ter odvzel orožje in orožne listine. Upravni organ je torej ugotovil tožnikovo nezanesljivost, kar avtomatično pomeni, da orožje in orožne listine odvzame po 1. odstavku 58. člena ZOro-1. Nezanesljivost tožnika se je pokazala v dejstvu, da je ob napačni hrambi orožja dal tudi možnost drugi neupravičeni osebi (partneričnemu sinu), da pride do orožja in se ob tem ustrelil.

S sodbo št. III U 73/2016-9 je Upravno sodišče tožbi ugodilo in izpodbijano odločbo upravne enote odpravilo. Pogoj za izdajo izpodbijane odločbe upravne enote je bila presoja zanesljivosti posameznika po 1. odstavku, 16. člena ZOro-1. Po mnenju sodišča je upravna enota svoj zaključek, da tožnik ni zanesljiv za posest orožja, sprejela izključno na podlagi ugotovitve, da je tožnik orožje zlorabljal in to na tako, da ga je neupravičeno imel pri sebi z namenom lova, četudi te pravice v lovišču lovske družine ni imel in z namenom, da bi ta lov izvajal na nedovoljen način, to je v nočnem času s pomočjo nedovoljenih sredstev (dva naboja v cevi in luč na puški). Sodišče je mnenja, da četudi je tožnik storil prekršek po ZDLov-1, to samo po sebi še ne kaže na njegovo nevarnost in s tem tudi na

njegovo nezanesljivost za nadaljnjo posest orožja. Ostala dejanja glede tožnika, ki jih povzema upravna enota so ostala le na podlagi suma. Očitke o tem so pristojni organi že zavrgli, zato nanje ni dopustno opirati odločitve. Kot že omenjeno eno samo dejanje lahko zadošča za oceno, da je posameznik nezanesljiv v smislu posesti orožja, vendar mora biti njegova intenziteta in nevarnost, oziroma njegove posledice take, da vodi do ugotovitve te nezanesljivosti. Dejanje, ki ga je storil tožnik je sicer prekršek (namen lova v nočnem času, v lovišču brez dovoljenja), vendar pa gre zgolj za kršitev pravil lova člana Lovske zveze Slovenije z veljavno izkaznico, za odvzem orožja na podlagi njegove nezanesljivosti pa ne zadošča. Sodišče je tožbi ugodilo, ker je tožena stranka zmotno uporabila materialno pravo.

Upravna enota je v tem primeru ugotavljala nezanesljivost tožnika, katera pa po mnenju sodišča ni bila podana. Ker nezanesljivost ni bila podana menim, da bi v tem primeru upravna enota o odvzemu lahko odločala po prostem preudarku, na podlagi 2. člena 58. člena ZOro-1. Tožnik v navedenem primeru vsekakor ni pravilno nosil orožja v skladu z 22. členom, v povezavi s 3. odstavkom, 23. člena ZOro-1, ki govori, da se lovsko orožje sme nositi in uporabljati samo v lovišču in na strelišču, izven lovišča oziroma strelišča pa se mora prenašati. Tožnik se je namreč v nočnem času brez dovoljenja nahajal v lovišču lovske družine imel pri sebi lovsko orožje, ki je bilo pripravljeno na uporabo.

S sodbo št. III U 118/2016-7 je Upravno sodišče zavrnilo tožbo tožnika kot neutemeljeno. Tožnik je v tožbi izpodbijal odločbo upravne enote, ker se ni strinjal z ugotovitvami, da ne izpolnjuje več pogoja za nošenje in posest orožja po 3. točki drugega odstavka 14. člena, v zvezi s 16. in 22. členom ZOro-1. Pojasnjeval je, da je okoliščine dogodka, ki je bil povod za zaseg orožja, upravnemu organu pojasnil in dostavil sklep Okrožnega državnega tožilstva, iz katerega izhaja, da je bila kazenska ovadba zoper njega zaradi kaznivega dejanja nasilja v družini zavrnjena. Po mnenju sodišča je izpodbijana odločba pravilna in zakonita. Iz pravnomočne odločbe o prekršku Policijske postaje Ajdovščina namreč nesporno izhaja, da je bil tožnik kaznovan za nepravilno hrambo orožja. Policisti so mu zasegli orožje, zaradi dejstva, ker je hranil tri kose orožja v odklenjeni leseni omari ter pri tem ni bilo ločeno od streliva. Prav tako so policisti ugotovili, da je tožnik eno puško hranil tako, da je imela v cevi naboj, eno puško pa v kotu na hodniku stanovanjske hiše, ki je imela nameščen nabojnik s tremi naboji ter enim v cevi. Poleg tega je tožnik v odklenjenem avtomobilu na dvorišču pred hišo, v kateri je stanoval, hranil revolver s šestimi naboji v bobenčku. S tem je tožnik hranil orožje v nasprotju z določbami 25. člena ZOro-1 in kršil splošno pravilo 22. člena ZOro-1. Prav tako je po mnenju sodišča pravilna odločitev upravne enote, ki se je nato odločila za odvzem orožja ob ugotovitvi, da tožnik ni zanesljiv. Sodišče smatra, da ne glede na dejstvo, da je Okrožno državno tožilstvo v Novi Gorici kazensko ovadbo zoper tožnika zaradi suma kaznivega dejanja nasilja v družini zavrglo, ne more vplivati na odločitev o zanesljivosti tožnika. Kazenska ovadba je bila

namreč zavržena šele po tem, ko je tožnik izpolnil naloge naložene s sklepom o odložitvi kazenskega pregona.

Policisti so se po taktičnem preudarku (7. člen ZNPPol) za v sodbi omenjeno orožje in strelivo odločili ter ga po prostem preudarku sprva le začasno zasegli, v skladu s 1. odstavkom, 63. člena ZOro-1. Na upravno enoto so posredovali predlog za odvzem z obrazložitvijo, suma da tožnik ne izpolnjuje več pogoja iz tretjega odstavka 14. člena ZOro-1 (zanesljivost). Upravna enota je nato po preučitvi ugotovljenih dejstev in dokazov zapolnila NPP zanesljivosti, na kar je po ugotovitvi, da je tožnik nezanesljiv ukrepala, kot ji zapoveduje 1. odstavek, 58. člena ZOro-1 in odvzela orožje.

S sodbo št. PRp 583/2013 je Višje sodišče zavrnilo pritožbo kot neutemeljeno in potrdilo sodbo sodišča prve stopnje. Z izpodbijano sodbo je bil tožnik spoznan za odgovornega storitve prekrška po 5. točki, prvega odstavka 81. člena ZOro-1, za katerega sta mu izrečeni glavna sankcija globa in stranska sankcija odvzem predmetov – puške, nabojnika z naboji. Višje sodišče ob preizkusu sodbe sodišča prve stopnje, kot neutemeljeno smatra pritožbo zagovornika tožnika glede izrečene stranske sankcije odvzema predmetov. Višje sodišče povzame, da čeprav tožnik doslej še ni bil sankcioniran, pa sam način storitve prekrška kaže, da gre za tožnikov nekritičen odnos do spoštovanja predpisov s področja orožja in lovstva, saj je bila lovska puška izven embalaže za prenos orožja, naslonjena na sprednjem sovoznikovem sedežu v osebni avtomobilu, in dodatno opremljena z nameščeno svetilko, ter bi bilo z njeno vrnitvijo tožniku omogočeno, da ponovno krši tako določila ZOro-1, kot ZDLov. Na podlagi tega Višje sodišče meni, da so bile v izpodbijani odločbi pravilno upoštevane določbe, da je bil odvzet predmet uporabljen pri storitvi očitane prekrška nošenja orožja v nasprotju s pravili nošenja orožja, določenimi v določbi tretjega odstavka 23. člena ZOro-1, po kateri se lovsko puško sme nositi in uporabljati samo v lovišču in na strelišču, izven lovišča oziroma strelišča pa se jo mora prenašati.

Upravna enota se je v navedenem primeru pri odvzemu predmetov odločala po prostem preudarku v skladu z drugim odstavkom, 58. člena ZOro-1, saj je tožnik ravnal v nasprotju z določbo 22. člena ZOro-1 (posebna skrbnost), v povezavi s tretjim odstavkom, 23. člena ZOro-1, ki določa pravila nošenja lovskega orožja. Razlog za odločitev upravne enote, da se po prostem preudarku odloči za odvzem predmetov lahko vidimo v tem, da je tožnik nosil lovsko puško s pripadajočim nabojnikom in tremi naboji, naslonjeno na sprednji sedež osebnega avtomobila, z nabojem v cevi, na puški imel nameščen strelni daljnogled ter taktično baterijsko svetilko, kar brez doma kaže na večjo težo storjenega prekrška.

6 SODNA PRAKSA UPORABE PROSTEGA PREUDARKA PO ZAKONU O NADZORU DRŽAVNE MEJE

6.1 OSNOVNE DOLOČBE IN NAMEN ZAKONA O NADZORU DRŽAVNE MEJE

ZNDM-2 določa organizacijo in način opravljanja nadzora države meje, izvajanja izravnalnih ukrepov in mednarodno policijsko sodelovanje. Kot organ nadzora določa policijo. Namen nadzora države meje je zavarovati življenje in zdravje ljudi; preprečevati in odkrivati kazniva dejanja in prekrške ter odkrivati in prijematih njihove storilce; preprečevati nedovoljene migracije; zagotavljati varnost ljudi, premoženja in okolja ter preprečevati in odkrivati druge nevarnosti za javno varnost in red. Za opravljanje nalog nadzora državne meje imajo policisti pooblastila, ki jih predpisuje ta zakon in drugi zakoni, ter pooblastila, ki izhajajo z pravnega reda Evropske unije. Izmed teh pooblastil je veliko takšnih, katere policist lahko uporabi po prostem preudarku.

6.2 ZAKONODAJA S PODROČJA VAROVANJA IN NADZORA DRŽAVNE MEJE

V Republiki Sloveniji so v zvezi z varovanjem in nadzorom državne meje veljavni naslednji zakoni:

- Zakon o nadzoru državne meje (Uradni list RS, št. 35/10, 15/13, 5/17, 68/17),
- Zakon o nalogah in pooblastilih policije (Uradni list RS, št. 15/13, 23/15, 10/17),
- Zakon o tujcih (Uradni list RS, št. 1/18, 9/18),
- Za nadzor državne meje po ZNDM-2 se štejejo dejavnosti in ukrepi iz Zakonika o schengenskih mejah (UL L št. 77 z dne 23. 3. 2016).

6.3 PROSTI PREUDAREK

Policija ima po ZNDM-2 veliko pristojnosti odločati po prostem preudarku. Oglejmo si v katerih členih so podeljene te pristojnosti:

- 18. člen: določa, da policija lahko ob izkazanem upravičenem interesu z odločbo ustanovi mejni prehod za poimensko določene osebe.
- 19. člen: določa, da policija lahko z odločbo ustanovi začasni mejni prehod, če je to potrebno za smotno izvajanje kratkotrajnih čezmejnih dejavnosti, kot so: vaje za primer naravnih in drugih nesreč; športne prireditve; ukrepi za preusmerjanje prometa; kulturne, znanstvene, strokovne in turističen prireditve in dejavnosti; izvajanje dejavnosti, ki izhajajo iz mednarodnih pogodb; kmetijska, gozdarska dela in druga dela ter opravila, za katera obstaja širši javni interes.

- 28. člen: določa, da sme policist, ki opravlja mejno kontrolo zahtevati predložitev veljavnih dokumentov, ki so potrebni za prestop državne meje za osebe in predmete; vnesti v dokumente za prestop državne meje podatke o okoliščinah vstopa ali izstopa iz države; opraviti kontrolo potnikov, kontrolo prevoznega sredstva in kontrolo stvari, ki jih ima oseba s seboj; zadržati osebo za nujno potreben čas, vendar največ za 48 ur.
- 29. člen: natančneje določa prejšnji člen in sicer v katerih primerih policist sme opraviti kontrolo potnikov, prevoznega sredstva in kontrolo stvari.
- 32. člen: določa, da policist sme za nujno potreben čas, vendar največ za 48 ur, zadržati osebo, ki namerava ali je že prestopila mejno črto in obstaja razlog za sum, da je oseba nedovoljeno prestopila državno mejo in je zadržanje potrebno zaradi ugotovitve vseh potrebnih dejstev in okoliščin prehajanja državne meje ali zaradi zavrnitve tujca, ki ne izpolnjuje pogojev za vstop v državo in ga zaradi utemeljenih razlogov iz države ni mogoče napotiti takoj.
- 34. člen: v primeru delne opustitve mejne kontrole določa, da sme generalni direktor policije, če to dopuščajo varnostne razmere, in če to ni v nasprotju z mednarodnimi obveznostmi Republike Slovenije ali javnim interesom, odrediti, da se sme mejna kontrola opravljati v obliki policijskih patrolj.
- 35. člen: določa, da policisti lahko zaradi ugotavljanja nedovoljenega vstopa, preverjanja zakonitosti bivanja na ozemlju Republike Slovenije ter preprečevanja in odkrivanja nedovoljenih migracij in čezmejne kriminalitete, zoper osebo, za katero okoliščine upravičujejo verjetnost, da je prestopila notranjo mejo, izvajajo izravnalne ukrepe, kot jih določa ZNDM-2. Med izravnalne ukrepe spadajo naslednja policijska pooblastila: kontrola osebe, preverjanje osebe, pregled listin ter pregled prevoznega sredstva in stvari.
- 37. člen: določa, da se vstop ali tranzit v Republiko Slovenijo lahko dovoli pripadnikom tujih varnostnih organov v uniformi, z orožjem in vozili, ki so označeni z njihovimi znaki in emblemi.
- 38. člen: določa, da smejo, ne glede na prejšnji člen, vstopiti v Republiko Slovenijo in izvajati z mednarodnim sporazumom ukrepe za nadzor državne meje in druge naloge mednarodnega policijskega sodelovanja pooblašcene osebe drugih držav, prav tako pa smejo v skladu z mednarodnimi sporazumi tovrstne ukrepe in naloge izvajati tudi policisti Republike Slovenije v tujini. Pripadniki tujih varnostnih organov, ki opravljajo naloge in ukrepe na ozemlju Republike Slovenije smejo brez posebnega dovoljenja nositi uniformo, osebno orožje ali druga prisilna sredstva, če je to del njihove službene opreme, vendar smejo orožje in druga prisilna sredstva uporabiti le, če je to potrebno, da bi odvrnili od sebe ali koga drugega neposredni protipravni napad, s katerim je ogroženo njihovo življenje.

6.4 ANALIZA SODB SODIŠČA

S sodbo št. Kp 15/2007 je Vrhovno sodišče pritožbi zagovornikov obtoženih zavrnilo kot neutemeljeni. Zagovornika obeh obtožencev sta se pritožila na sodbo Okrožnega sodišča in sicer zaradi zmotne ugotovitve dejanskega stanja in bistvene kršitve določb kazenskega postopka. Sodišče je po zakonito izvedenem postopku oba obtoženca spoznalo za kriva. Sodišče kot neutemeljeno smatra trditev zagovornika obtoženega K., da se postavlja pod vprašaj zakonitost pregleda vozila. Zagovornik obtoženega K. meni, da je policija imela operativni podatek, da bo obtoženec G. peljal mamilo čez državno mejo, navedeno pa bi lahko obtoženca K. razbremenilo. Obtoženca sta se namreč z osebnim avtomobilom pripeljala na mejni prehod med Republiko Hrvaško in Republiko Slovenijo. V njunem vozilu se je nahajalo mamilo (skoraj 4 kg konoplje), ki je bilo nameščeno pod pokrov motorja. Policist pa se je za pregled osebnega avtomobila odločil zaradi indicov prav pri vedenju obtoženca K., ki je deloval nemirno, se tresel in bil rdeč v obraz. Prav tako je policist preveril oba osebna dokumenta in pri tem dobil operativne podatke, da naj bi se obtoženec G. ukvarjal s prodajo »trave«. Sodišče pritrjuje policistu, za katerega je bilo vse navedeno zadosten sum, da se v prevoznem sredstvu nahajajo prepovedani predmeti in je posledično zakonito opravil kontrolo prevoznega sredstva v skladu z 29. členom ZNDM-2. Da je bil tak sum utemeljen, je pokazal tudi nadaljnji potek dogodkov.

Policist je v tem primeru kontrolo prevoznega sredstva opravil po prostem preudarku, po 29. členu ZNDM-2, v skladu s 7. členom ZNPPol (taktični preudarek) saj je navedeno smel storiti in se je za to odločil zaradi konkretnih okoliščin, ko je bilo mogoče pričakovati, da osebi v prevoznem sredstvu prevažata prepovedane predmete.

S sodbo št. Kp 70/2009 je Vrhovno sodišče zahtevo za varstvo zakonitosti zavrnilo kot neutemeljeno. Okrožno sodišče je s sodbo obsojenega spoznalo za krivega kaznivega dejanja neupravičenega prometa s prepovedanimi drogami po prvem odstavku, 186. člena KZ-1. Odvzelo mu je zaseženo mamilo (556,40 g kokaina), katerega so policisti našli pri njem v osebnem avtomobilu, pri kontroli prometa v notranjosti države. Zagovornik je v zahtevi zatrjeval, da je policija dokazuje, ki so bili podlaga za obsodbo obsojenca, pridobila na način, ki je v nasprotju z določili veljavne zakonodaje. Navaja, da policisti niso imeli utemeljenega razloga za izvedbo postopkov po določilih ZNDM-2 in so zato vsi dokazi, ki so jih pridobili na samem kraju, nezakoniti. Citiral je določbo 35. člena ZNDM-2 (izravnalni ukrepi v notranjosti države) in dodal da je šele v primeru suma, da oseba prevažata prepovedane predmete ali stvari, mogoče opraviti preiskavo po 29. členu ZNDM-2. Meni, da so bili iz izpovedb zaslišanih prič, podatki o »operativni zanimivosti« obsojenca pridobljeni šele po izvedbi postopkov po citiranem členu. Nadalje se ne strinja tudi z zaključki, da je obsojenec sam povedal, da prihaja iz tujine in ocenjuje, da policisti potrdila, ki se je nahajalo v predalu vrat o plačilu tunelnine na avstrijski strani ne bi smeli

zaseči saj potrdila ni bilo mogoče videti pri vidnem pregledu obsojenčevega avtomobila. Sodišče povzame določbo 35. člena Zakona o nadzoru državne meje (Uradni list RS, št. 60/2007; v nadaljevanju ZNDM-2A), ki je veljal v času storitve kaznivega dejanja (z Zakonom o spremembah in dopolnitvah Zakona o nadzoru državne meje – ZNDM-2A, objavljenem v Ur. l. RS, št. 77, z dne 2.10.2009, je bil citiran člen spremenjen) po kateri policisti lahko zaradi preprečevanja nedovoljenega vstopa in bivanja na ozemlju Republike Slovenije ter preprečevanja in odkrivanja čezmejne kriminalitete na mednarodnih prometnih povezavah in objektih, pomembnih za čezmejni promet, če to opravičujejo varnostne razmere, ugotavljajo identiteto oseb ter opravijo kontrolo potnikov, prevoznega sredstva in stvari. Sodišče kot neutemeljeno zavrne oceno zagovornika o napačni najdbi potrdila o plačilu tunelnine na avstrijski strani. Policija namreč kadar izvaja splošna pooblastila po drugem odstavku 148. člena ZKP, če so podlagi za sum, da je bilo storjeno kaznivo dejanje, lahko opravi pregled prevoznih sredstev. Po določilu drugega odstavka 148. člena ZKP in po določbi 35. člena ZNDM-2, je pregled prevoznih sredstev oziroma njegova vizualna kontrola neformalno dejanje, kjer zakon še ne zahteva določenega procesnega ravnanja. Po mnenju sodišča vidno mesto v odprtem predalu vsekakor ne presega vizualne kontrole. Sodišče prav tako zavrže zagovornikova drugačna vrednotenja in zaključke glede operativne zanimivosti obsojenca, ki naj bi bila ugotovljena šele po opravljenem pooblastilu po 35. členu ZNDM-2. Na podlagi navedenega sodišče meni, da so policisti pridobili zadostne podatke za sum, da gre za čezmejni kriminal in so zato lahko uporabili posebno policijsko pooblastilo po 35. členu ZNDM-2 in pregledali osebni avtomobil v notranjosti države, kot da bi se nahajal na mejni črti.

Policisti so v skladu s takrat, zgoraj objavljenim ZNDM-2, po 35. členu preiskavo osebnega avtomobila opravili po prostem preudarku. Naveden člen je bil nato z Zakonom o spremembah in dopolnitvah Zakona o nadzoru državne meje – ZNDM-2A, objavljenem v Ur. l. RS, št. 77, z dne 2.10.2009 spremenjen, v njem pa predvsem ni omenjenih mednarodnih prometnih povezav in objektov. Sklepamo lahko, da je zakonodajalec še razširil omenjeno pooblastilo policistom, da ti lahko, če so za to podani vsi pogoji, uporabijo pooblastilo tudi, če opravljajo kontrolo v notranjosti države, izven mednarodnih povezav in objektov.

S sodbo št. Kp 18600/2014 je Vrhovno sodišče zavrnilo zahtevo za varstvo zakonitosti. Zahtevo za varstvo zakonitosti zoper pravnomočno sodbo je vložil obsojenčev zagovornik zaradi nezakonite preiskave osebnega avtomobila. Policisti so pri obsojencu, pri mejni kontroli, na mejnem prehodu, v osebni avtomobilu našli dva zavoja heroina (989 gramov). Vlagatelj pojasnjuje, da ravnanje mejnih policistov ni bilo usmerjeno v varovanje meje, ampak v iskanje mamila brez podlage v predpisih. Navaja, da se je policist za preiskavo obsojenčevega vozila odločil po klicu neznanega kriminalista, ker pa pri tem ni našel ničesar je šel po pomoč k carinikom, jih pritegnil k preiskavi, in nato skupaj s

cariniki pregledal vozilo v carinski »pregledovalnici«. S tem naj bi se po njegovem mnenju policisti želeli izogniti podajanju predloga za izdajo odredbe za hišno preiskavo avtomobila. Vrhovno sodišče v začetku sodbe najprej omenja namen ZNDM-2A (pravno podlago v času kršitve je določal ZNDM-2A), ki določa varovanje življenja in zdravja ljudi ter preprečevanje in odkrivanje kaznivih dejanj in prekrškov ter odkrivanje in prijemanje njihovih storilcev. Policist je v skladu z drugim odstavkom 28. člena ZNDM-2A smel in opravil kontrolo prevoznega sredstva, ki zajema zunanji in notranji vidni pregled prevoznega sredstva in njegovo preiskavo. Policist je pri tem postal pozoren na mobilni telefon mobilnega operaterja Tušmobil z izstavljenimi baterijo in je iz izkušenj vedel, da je v takšnih primerih vedno nekaj narobe. Na podlagi tega je smel preiskati prevozno sredstvo, kar pomeni podroben pregled vseh delov, vključno z razstavljanjem posameznih delov prevoznega sredstva (tretji in četrti odstavek ZNDM-2A). Pri tem pa je zaradi boljše tehnične opreme in izkušenj na pomoč poklical carinike in v tem Vrhovno sodišče ne vidi ničesar spornega. Glede na to, da je bil podan sum kot potreben dokazni standard za preiskavo vozila, je po presoji Vrhovnega sodišča razumna ocena v izpodbijani pravnomočni sodbi, da je bila policistova odreditev preiskave vozila v skladu z določbami ZNDM-2A in mednarodnimi dokumenti, ki zavezujejo mejne policiste pri opravljanju nadzora meje. Prav tako okoliščine, da je bil mejni policist pred opravom kontrole s strani kriminalista iz Ljubljane opozorjen naj opravi pregled vozila Mercedes, ne pomenijo, da nebi smel postopati po ZNDM-2A.

Policist se je v navedenem primeru, po ZNDM-2A za katerega je zadoščal zelo nizek dokazni standard – sum, po prostem preudarku, na podlagi 29. člena odločil za preiskavo osebnega avtomobila, ki zajema pregled vseh delov, vključno z razstavljanjem posameznih delov prevoznega sredstva.

V primeru zadnje izdaje ZNDM-2 (Uradni list RS, št. 35/10, 15/13, 5/17, 68/17) je v 29. členu besedna zveza iz ZNDM-2A »v primeru suma« zamenjana z besedno zvezo »če je glede na konkretne okoliščine mogoče pričakovati«. S spremembo v to besedno zvezo lahko sklepamo, da je zakonodajalec hotel nekoliko zaostri nizki dokazni standard – sum.

7 ZAKLJUČEK

Teorija prostega preudarka se v relevantnih virih, v večini in z razlogom, nahaja pod poglavjem načela zakonitosti. Ugotovil sem, da s tem, ko je pristojnemu organu dana pristojnost odločanja po prostem preudarku, skoraj ni mogoče govoriti o pravni nevezanosti, saj so kljub temu vse tiste možnosti, ki jih ima upravni organ na izbiro, zakonite. Možnosti, med katerimi organ tehta se in se morajo gibati znotraj mej in namena prostega preudarka ter biti v skladu s temeljnimi načeli. V primerih prekoračitve oz. nepravilne uporabe prostega preudarka ima posameznik možnost do ustreznega sodnega varstva.

V nekaterih primerih pa zakonska norma o kateri se organ odloča, vsebuje nedoločen pravni pojem. Takrat pristojni organ, na podlagi uradnih in drugih relevantnih podatkov, zapolni vsebino NPP in nato odloči, kot mu zapoveduje zakon. Lahko bi rekli, da izda pravno vezano odločbo in ne odloči po prostem preudarku, kjer izbira med dvema ali več pravno možnimi alternativami.

V uvodu postavljeno hipotezo »prosti preudarek je pristojnemu organu, v ZOro-1 in ZNDM-2, dan v preveliki meri« lahko delno ovržem.

Po preučitvi javno dostopnih sodb sodišč in analizi prostega preudarka danega v ZOro-1 sem ugotovil, da pristojni organ (upravna enota) pri izdaji orožne listine posamezniku praktično nikoli nima pristojnosti odločati po prostem preudarku. Pristojni organ je tu vezan na pogoje, ki jih posameznik mora izpolnjevati in mu v primeru izpolnjevanja le teh dovoljenje izda. V primerih, ko se v teh pogojih skriva NPP, ga zapolni s pomočjo podatkov iz uradnih evidenc in drugimi pridobljenimi relevantnimi podatki, ter nato odloči kot mu zapoveduje zakon, torej izda ali ne izda orožne listine. Podobno sem pri preučitvi sodb sodišč ugotovil tudi pri odvzemu orožja in orožne listine, o katerem govori 58. člen ZOro-1. V prvem odstavku tega člena, ki določa obligatoren odvzem so navedeni praktično skoraj vsi pogoji, za katere pristojni organ ob njihovem neizpolnjevanju, odvzame orožje in orožne listine posamezniku. Našel sem le dva primera, ko je pristojni organ odločil po prostem preudarku in sicer po 2. odstavku, 58. člena ZOro-1, ko je šlo za lažjo obliko kršitve posameznika z orožjem. Ugotovil sem, da glavni problem predstavlja NPP »zanesljivost«. Pristojni organ ob vsaki kršitvi z orožjem, v primeru, ko niso podani že drugi pogoji za obvezen odvzem, takoj zapolnjuje pojem zanesljivosti. V večini primerov ob kršitvi (tudi lažji) ugotovi nezanesljivost in ker ta kot eden izmed pogojev za odvzem spada v 1. odstavek, 58. člena ZOro-1 je potem skoraj vedno primoran pravno vezano in ne po prostem preudarku, odvzeti orožje in orožne listine. Na podlagi ugotovljenega sem mnenja, da bi bilo potrebno ZOro-1 v okviru NPP »zanesljivost« preoblikovati in sicer tako, da bi pristojni organ v primeru ugotovljene »nezanesljivosti«, na podlagi 1. odstavka, 16.

člena ZOro-1, odločal po prostem preudarku. V tem primeru bi bilo torej v 2. odstavku, 58. člena ZOro-1, navedeno, da pristojni organ med drugim »lahko« odvzame orožje in orožne listine osebi, za katero je ugotovil, da je »nezanesljiva«, na podlagi 1. odstavka, 16. člena ZOro-1. Navedena ureditev bi bila vsekakor veliko boljša saj zakonodajalec ne more predvideti v kolikšni meri je določen posameznik nezanesljiv. Pristojni organ bi lahko na primer, da bi nezanesljivost pripomogla k tragični posledici, orožje in orožne listine odvzel, v primeru neke lažje nezanesljivosti pa ocenil, da tega ne bo storil.

V primeru ZNDM-2, ki kot pristojni organ določa policijo, le-ta praktično v vsakem postopku uporablja prosti preudarek. Katerega od prostih preudarkov bo uporabila pa se odloči po taktičnem preudarku (7. člen ZNPPol), glede na dejstva in okoliščine, ki so ji znane v trenutku odločanja. Prosti preudarek policija po ZNDM-2 uporablja že pri najobičajnejšem postopku, ko policist od osebe sme zahtevati predložitev javnih dokumentov, ki so potrebni za prestop državne meje. Navedeno pa ne pomeni, kot je bilo preverjeno v hipotezi, da je vzrok za pogosto odločanje po prostem preudarku, ker je pristojnemu organu dan v preveliki meri. Policijsko delo, na mejnem prehodu, brez veliko pristojnosti za odločanje po prostem preudarku, sploh nebi moglo normalno potekati. Samo predstavljamo si lahko neskončno dolge kolone vozil, če se policist ne bi po prostem preudarku odločil, katerega voznika in vozilo bo natančneje pregledal. Menim, da je prosti preudarek policistom v preveliki meri dan le v 35. členu ZNDM-2, ki govori o t.i. izravnalnih ukrepih, po katerem lahko policist v notranjosti države izvaja enaka pooblastila, kot policist neposredno na mejni črti. Ob tem prihaja do problemov dokazovanja ali je oseba prestopila notranjo mejo in ali je policist sploh imel pravico opraviti mejno kontrolo v notranjosti. Problema ne prestavlja kontrola dokumentov v notranjosti, ko mora tujec (državljan EU, ali tretjih držav) posedovati veljaven osebni dokument za prestop zunanje ali notranje meje. Težave nastanejo pri detajlni kontroli prevoznega sredstva in kontroli stvari, ki jih ima oseba pri sebi. Menim, da bi kontrola dokumentov pri tujcih v notranjosti države, ki so potrebni za prestop državne meje, morala ostati, za kontrolo prevoznega sredstva in stvari, pa bi se smiselno uporabljale določbe ZKP, ki natančno določa pogoje in postopek te kontrole. Če se pri nekemu v osebnem avtomobilu, v notranjosti države, nahaja nek račun iz tuje države, to še ne bi pomenilo, da bo s strani policije deležen detajlnega pregleda celotnega osebnega avtomobila in stvari, ki jih ima pri sebi. Kdaj bi bili prisotni pogoji za to kontrolo, bi v tem primeru določal ZKP.

S primerjavo med ZOro-1 in ZNDM-2 vidimo, da ima policija na podlagi ZNDM-2 veliko več pristojnosti za odločanje po prostem preudarku, kot upravna enota v primeru ZOro-1. Ugotovil sem, da zakonodajalec predvsem v primeru policije, ki jo je določil za pristojni organ pri nadzoru državne meje, ne more tako konkretno predvideti vseh možnih dejanskih stanj, da bi ji zapovedal, kako se mora odločiti (s taktičnim preudarkom se

odloča tudi med katerimi odločitvami bo tehtala). S tega razloga sem v ZNDM-2 našel veliko pristojnosti za odločanje po prostem preudarku. Po drugi strani pa ob tem nisem našel veliko sodne prakse (sodb sodišč) saj gre v večini primerov za najobičajnejše postopke na mejnem prehodu in sicer pri pregledu dokumentov za prestop meje. V teh primerih prosti preudarek ni niti malo sporen. Do drugačnih mnenj in tolmačenj prihaja predvsem pri pregledu prevoznega sredstva in stvari, še posebej v primerih, ko se ta kontrola izvaja v okviru t.i. izravnalnih ukrepov.

LITERATURA IN VIRI

LITERATURA

- Androjna, V. & Kerševan, E. (2017). *Upravno procesno pravo*. Ljubljana: GV Založba.
- Bohinc, R. & Tičar, B. (2007). *Upravno pravo – splošni del*. Ljubljana: Fakulteta za varnostne vede.
- Brown, N. L., Bell, J., & Galabert, J. M. (1993). *French administrative law*. New York: Oxford University Press.
- Cerar, M. (1994). *Predpostavke pravne države*. *Pravnik, letnik 49 (št. 10/12)*, str. 433-449.
- Čebulj, J. & Strmecki, M. (2006). *Upravno pravo*. Ljubljana: Fakulteta za upravo.
- Debelak, S. & Rakočevič, S. (2008). *Upravnopravne notranje zadeve*. Ljubljana: Fakulteta za upravo.
- Gaspari, M. (1991). *O pojmu pravne države*. *Teorija in praksa, letnik 28 (št. 10/11)*, str. 1318-1325.
- Ivanko, Š. (2007). *Raziskovanje in pisanje del: Metodologija in tehnologija raziskovanja del ter pisanja strokovnih in znanstvenih del*. Kamnik: Cubus.
- Jerovšek, T. (1996). *Pravica do prostega preudarka*. *Podjetje in delo, letnik 22 (št. 5/6)*, str. 1000-1008.
- Jerovšek, T. & (2007). *Upravni postopek in upravni spor*. Ljubljana: Fakulteta za upravo.
- Jurkovič, J. (1935). *Svobodni prevdarek*. *Zbornik znanstvenih razprav, letnik 12 (št. 36)*, str. 95-146.
- Kocjančič, R., Ribičič, C., Grad, F., & Kaučič, I. (2009). *Ustavno pravo Slovenije*. Ljubljana: Fakulteta za upravo.
- Moor, P. (1994). *Droit administratif. Vol. 1, Les fondements generaux*. Bern: Editions Staempfli.
- Pečarič, M. (2009). *Akti vladanja in upravni akti – ločnica v zakonu, megla v praksi*. *Javna uprava, letnik 45 (št. 4)*, str. 89-120.
- Pečarič, M. (2015). *Osnove splošnega upravnega prava*. Ljubljana: Fakulteta za upravo.
- Perenič, A. (1995). *Pravo*. Ljubljana: DZS.
- Srdić, M. & Miljković, Đ. (1979). *Pravna enciklopedija*. Beograd: Savremena administracija.
- Šturm, L. (1998). *Omejitev oblasti: ustavna izhodišča javnega prava*. Ljubljana: Nova revija.

Sodba Upravnega sodišča RS, št. III U 6/2015, 16. 10. 2015. Pridobljeno 21. 12. 2018 s
<http://www.iusinfo.si/Judikati/BesediloUprs.aspx?SOPI=UPRS101D20151016TSdO100VUZIIIN6L2015&Src=WdXG70dMF5+rOoL8Fly+G9ocGiqhvvl6PtGMYOTF7Dlvj95U4JpoFE9nW4sLFBdPOXNp6m7THfi>

Sodba Upravnega sodišča RS, št. III U 73/2016-9, 20. 2. 2017. Pridobljeno 21. 12. 2018 s
<http://www.sodisce.si/usrs/odlocitve/2015081111409294/>

Sodba Upravnega sodišča RS, št. III U 118/2016-7, 15. 5. 2017. Pridobljeno 21. 12. 2018 s
[http://www.sodnapraksa.si/?q=id:2015081111414082&database\[UPRS\]=UPRS&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&rowsPerPage=20&page=0&id=2015081111414082](http://www.sodnapraksa.si/?q=id:2015081111414082&database[UPRS]=UPRS&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&rowsPerPage=20&page=0&id=2015081111414082)

Sodba Višjega sodišča v Ljubljani, št. PRp 583/2013, 10. 10. 2013. Pridobljeno 4. 1. 2019 s
[http://www.sodnapraksa.si/?q=odvzem%20oro%C5%BEja&database\[SOVS\]=SOVS&database\[IESP\]=IESP&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&rowsPerPage=20&page=0&id=2012032113064256](http://www.sodnapraksa.si/?q=odvzem%20oro%C5%BEja&database[SOVS]=SOVS&database[IESP]=IESP&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&rowsPerPage=20&page=0&id=2012032113064256)

Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. Ips 15/2007, 25. 4. 2008. Pridobljeno 4. 1. 2019 s
[http://www.sodnapraksa.si/?q=zndm%20&database\[SOVS\]=SOVS&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&rowsPerPage=20&page=0&id=22339](http://www.sodnapraksa.si/?q=zndm%20&database[SOVS]=SOVS&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&rowsPerPage=20&page=0&id=22339)

Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. Ips 337/2009, 11. 3. 2010. Pridobljeno 4. 1. 2019 s
[http://www.sodnapraksa.si/?q=zndm&database\[SOVS\]=SOVS&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&rowsPerPage=20&page=0&id=2010040815244111](http://www.sodnapraksa.si/?q=zndm&database[SOVS]=SOVS&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&rowsPerPage=20&page=0&id=2010040815244111)

Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. Ips 18600/2014. Pridobljeno 4. 1. 2019 s
[http://www.sodnapraksa.si/?q=zakon%20o%20nadzoru%20dr%C5%BEavne%20meje&database\[SOVS\]=SOVS&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&rowsPerPage=20&page=0&id=2015081111418134](http://www.sodnapraksa.si/?q=zakon%20o%20nadzoru%20dr%C5%BEavne%20meje&database[SOVS]=SOVS&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&rowsPerPage=20&page=0&id=2015081111418134)

Ustava RS. Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 68/06, 47/13.

Zakon o državni upravi (Uradni list RS, št. 113/05, 89/07, 126/07, 48/09, 8/10, 8/12, 21/12, 47/13, 12/14, 90/14, 51/16).

Zakonu o lokalni samoupravi (Uradni list RS, št. 94/07, 76/08, 79/09, 51/10, 40/12, 14/15, 11/18, 30/18).

Zakon o nadzoru državne meje (ZNDM-2). Uradni list RS, št. 35/10, 15/13, 5/17, 68/17.

Zakon o nalogah in pooblastilih policije (ZNPPol). Uradni list RS, št. 15/13, 23/15, 10/17.

Zakon o orožju (ZOro-1). Uradni list RS, št. 23/05, 85/09.

Zakon o splošnem upravnem postopku (ZUP). Uradni list RS, št. 24/06, 105/06, 126/07, 65/08, 8/10, 82/13.

Zakon o upravnem sporu (ZUS-1). Uradni list RS, št. 105/06, 107/09, 62/10, 98/11, 109/12, 10/17.

Žaberl, M. & Pozdrec, F. (2014). Policijska diskrecija ali policijski taktični preudarek.
Pridobljeno 9. 4. 2019 s <https://www.fvv.um.si/dv2014/zbornik/Zaberl.pdf>