

**UNIVERZA V LJUBLJANI
FAKULTETA ZA UPRAVO**

Diplomsko delo

**PRAVICA DO PROSTEGA PREUDARKA
UPRAVNEGA ORGANA**

Eva Krulc

Ljubljana, december 2013

**UNIVERZA V LJUBLJANI
FAKULTETA ZA UPRAVO**

DIPLOMSKO DELO

PRAVICA DO PROSTEGA PREUDARKA UPRAVNEGA ORGANA

Kandidatka: Eva Krulc
Vpisna številka: 04038640
Študijski program: Visokošolski študijski program Uprava prva stopnja

Mentor: doc. dr. Mirko Pečarič

Ljubljana, december 2013

IZJAVA O AVTORSTVU DIPLOMSKEGA DELA

Podpisana Eva Krulc, študentka visokošolskega strokovnega študijskega programa Uprava I. stopnja, z vpisno številko 04038640, sem avtorica diplomskega dela z naslovom: Pravica do prostega preudarka upravnega organa.

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 avtorstvu 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: Simona Sakešek, prof. slovenščine in sociologije.

Ljubljana, 17. december 2013

Podpis avtorice:

POVZETEK

Diplomsko delo obravnava pojem prostega preudarka v njegovem najobsežnejšem smislu, kot poglobitni pojav in neizogibno orodje delovanja državnih organov v upravnih zadevah. V pravnih normah zaradi prepletajočih družbenih interesov namreč velikokrat ni mogoče doseči pravne perfektnosti ter v njih zaobjeti vseh konkretnih primerov, v katerih se bodo pravni subjekti znašli. V takih situacijah potlej zakonodajalec s pooblastilom po prostem preudarku prepušča organu izbiro najprimernejše alternative izmed vseh enako sprejemljivimi, vendar konkretno ne predpisuje, katera bi naj bila izbrana. Pri tem se pooblaščen organ giblje v območju smotrnosti in javnega interesa, eksistenco dela pa mu postavljajo zakonski okviri, preko katerih ne more in ne sme iti. Takšnega delovanja torej ne gre razumeti kot samovoljnega delovanja, marveč delovanja, ki ima legalno podlago v samem zakonu.

Ključne besede: prosti preudarek, diskrecija, pravna država, pravne norme, pravna vezanost, zakonitost, smotrnost, javni interes, nedoločeni pravni pojmi, pravni standardi, nepristransko odločanje, obrazložitev odločbe, upravnosodna presoja, ustavnosodna presoja.

SUMMARY

DISCRETION RIGHT

The thesis deals with the concept of discretion in its most comprehensive sense, as the main phenomenon and an inevitable means of government bodies in administrative matters. In legal norms it is often impossible to achieve legal perfection due to overlapping societal interests, and comprise them in all actual examples in which legal entities might find themselves. In such situations a legislator at the discretion authorizes the government body to choose the best alternative among all equally acceptable, but does not specifically stipulate which of those alternatives should be chosen in the end. In doing so, the authorized body stays within the range of expedience and public interest, and their operational existence is limited by legal framework which cannot and should not be crossed. Such an operation, therefore, should not be seen as an arbitrary action, but action that has legal basis in the law itself.

Key words: discretion, legal state, legal norms, legal bound, legality, expedience, public interest, undefined legal concepts, legal standards, impartial decision-making, decision explication, administrative judicial assessment, constitutional judicial assessment.

KAZALO

IZJAVA O AVTORSTVU DIPLOMSKEGA DELA.....	iii
POVZETEK.....	v
SUMMARY.....	vi
KAZALO.....	vii
KAZALO PONAZORITEV	ix
KAZALO SLIK.....	ix
SEZNAM UPORABLJENIH KRATIC IN OKRAJŠAV.....	x
1 UVOD	1
2 OPREDELITEV PRAVNE DRŽAVE.....	3
2.1 ZGODOVINSKI RAZVOJ POJMOVANJA PRAVNE DRŽAVE.....	5
3 PRAVICA DO PROSTEGA PREUDARKA UPRAVNEGA ORGANA.....	7
3.1 SPLOŠNO O POJMU.....	7
3.2 RAZVOJ PROSTEGA PREUDARKA.....	8
3.3 TERMINOLOŠKA OPREDELITEV.....	8
3.4 UPORABA PROSTEGA PREUDARKA	9
3.5 BISTVENE ZNAČILNOSTI UPORABE PROSTEGA PREUDARKA.....	10
3.6 NAMEN IN MEJE PROSTEGA PREUDARKA.....	11
3.7 PRAVNA VEZANOST ODLOČBE.....	12
3.8 PROSTI PREUDAREK IN PROSTA PRESOJA DOKAZOV.....	12
4 PROSTI PREUDAREK IN NEKATERA DRUGA PRAVNA NAČELA.....	14
4.1 NAČELO ZAKONITOSTI.....	14
4.2 NAČELO SORAZMERNOSTI	16
4.3 NAČELO ENAKOSTI.....	18
5 PROSTI PREUDAREK IN NEDOLOČENI PRAVNI POJMI	19
5.1 BISTVO IN UPORABA NEDOLOČENIH POJMOV.....	20
5.2 RAZLIKA MED NEDOLOČENIMI POJMI IN PROSTIM PREUDARKOM.....	21
5.3 JAVNI INTERES KOT NEDOLOČEN PRAVNI POJEM	23
6 ZLORABA PROSTEGA PREUDARKA	25
6.1 PREKORAČITEV POOBLASTILA	25
7 PRAVICE POSAMEZNIKOV IN PREIZKUSI ODLOČB, IZDANIH NA PODLAGI PROSTEGA PREUDARKA.....	26
7.1 PREIZKUS ODLOČBE DRUGOSTOPENJSKEGA ORGANA.....	26

7.2	UPRAVNOSODNA PRESOJA PROSTEGA PREUDARKA	27
7.3	USTAVNOSODNA PRESOJA PROSTEGA PREUDARKA	28
7.4	POTEK PRITOŽBE OD UPRAVNEGA POSTOPKA DO POSTOPKA USTAVNE PRITOŽBE	29
8	OBRAZLOŽITEV ODLOČBE, IZDANE PO PROSTEM PREUDARKU	30
9	PROSTI PREUDAREK NA PRIMERU PRIDOBITVE DRŽAVLJANSTVA PO SLOVENSKEM PRAVU.....	32
9.1	PRIDOBITEV DRŽAVLJANSTVA NA PODLAGI REDNE NATURALIZACIJE	32
9.2	PRIDOBITEV DRŽAVLJANSTVA NA PODLAGI IZREDNE NATURALIZACIJE.....	35
9.3	PRIDOBITEV DRŽAVLJANSTVA Z OLAJŠAVAMI	36
9.4	RAZVELJAVITEV NEKATERIH DOLOČB STAREGA ZAKONA O DRŽAVLJASTVU RS.....	36
10	ZAKLJUČEK.....	38
	LITERATURA IN VIRI	40

KAZALO PONAŽORITEV

KAZALO SLIK

Slika 1: Potek pritožbe od upravnega postopka do postopka ustavne pritožbe 29

SEZNAM UPORABLJENIH KRATIC IN OKRAJŠAV

ZUP	Zakon o upravnem postopku
ZUS	Zakon o upravnem sporu
ZUstS	Zakon o ustavnem sodišču
ZDRS	Zakon o državljanstvu Republike Slovenije

1 UVOD

Obstoj prostega preudarka ter z njim povezane ideje o omejevanju državne oblasti so že več kot sto let tematika številnih poglobljenih razprav na upravnopravnem področju. V današnjem času s svojo eksistenco predstavlja neizogiben pojav delovanja državnih organov ter postopoma prodira v izoblikovanje doktrine pravne države. Iz navedenega sledi, čemu institut prostega preudarka pravzaprav služi.

Po večini primerov je z materialnimi predpisi že vnaprej natanko določeno oziroma predvideno, kakšna mora biti odločitev upravnega organa glede na ugotovljeno dejansko stanje; ali z zakonom predpisanimi pogoji podeli kakšno pravico ali naloži obveznost. V nekaterih primerih pa je organu s pooblastilom podeljena pravica, da odloči po prostem preudarku. To pomeni, da ob ugotovljenem dejanskem stanju svobodno izbere izmed več ponujenih alternativ tisto, ki v največji meri zadovoljuje javni interes ter se v najglobljem pomenu približuje smislu materialne zakonske norme, na podlagi katere se odloča.

Prosti preudarek, čigar obstoj v evropskem pravnem kontinentu pojmuje tudi kot diskrecijsko pravico, lahko torej opredelimo kot »zakonsko dovolilnico« upravnemu organu, da izmed več enako sprejemljivimi odločitvami izbere tisto, ki lahko uresniči javni interes na najbolj adekvaten način. V pravnih normah zaradi dinamike spreminjajočih družbenih razmer namreč velikokrat ni mogoče doseči pravne perfektnosti ter v njih posledično vzporedno zaobjeti vseh konkretnih primerov, v katerih se bodo upravni subjekti znašli. Zakonodajalec pri vzpostavljanju pravnih norm zato prepušča nosilcu diskrecijskih pooblastil, da sam izbere najprimernejšo odločitev izmed vseh, vendar konkretno ne predpisuje, katera bi naj bila izbrana.

Pričujoči sestavek morda na prvi pogled zbuja zmoten vtis, da sloni delovanje upravnega organa na arbitrarnem tolmačenju diskrecije, pri samostojnih odločitvah pa mu zakon celo odpira legalna vrata. Začenši s tem, bom skušala skozi obravnavano temo dokazati, da temu ni tako ter da diskrecijsko odločanje nikakor ne pomeni odstopanja od zakona, marveč le svobodo v okviru in mejah zakona, znotraj katerih se lahko pooblaščen adresat giblje.

Glavni namen diplomske naloge je torej predstaviti pojem prostega preudarka v njegovem najobsežnejšem smislu kot poglobljeni pogoj delovanja pravne države in ga približati bralcem na čim primernejši in nekompleksnejši način. Znotraj obravnavane teme sem tako zastavila naslednji hipotezi:

H1: Obstoj prostega preudarka je nujen potreben za delovanje instituta pravne države.

H2: Diskrecijska pravica je praktična, saj prepušča organu izbiro izmed več dopustnimi alternativami, vendar ta izbira nikakor ne izhaja iz samovoljnega delovanja upravnega organa.

Uvodnemu delu diplomske naloge bom namenila najprej nekaj besed bistvu pravne države, saj prostega preudarka ne gre nikakor razumeti kot samovoljnega delovanja upravnega organa, marveč delovanja, ki ima legalno podlago v zakonu in je torej pravno vezano. Relevantnost pravne države se kaže predvsem v zagotovitvi pravnih sredstev, preko katerih lahko posamezniki uresničujejo svoje pravice in interese pred morebitnimi samovoljnimi odločitvami državnih organov, zajamčenih neposredno na podlagi ustave.

Drugi del je namenjen popolni obrazložitvi prostega preudarka od samega zametka njegove eksistence, pa vse do bistvenih značilnosti, na podlagi katerih bodo lahko bralci z natančnejšo obravnavo dobili podroben vpogled, za kakšno vrsto odločanja pri diskreciji pravzaprav gre.

Osrednji del je namenjen njegovim vsebinsko povezanim elementom. Predvsem načelu zakonitosti, ki predstavlja jamstvo pravne varnosti in nepristranskosti odločanja v upravnih zadevah, saj morajo biti odločitve upravnih organov vselej v skladu z namenom in obsegom podeljenega diskrecijskega pooblastila, ki je določen v zakonu ali drugih predpisih. Zraven omenjenega, ne smemo pozabiti omeniti načel sorazmernosti in enakosti, ki sta za pravno varnost seveda prav tako relevantni, bodisi pri upoštevanju vzpostavljanja pravnih norm, kakor pri samem konkretnem odločanju v posamičnih primerih. Nekaj besed bom namenila tudi nedoločenim pravnim pojmom in skušala ugotoviti, v kakšni pravni simbiozi bi naj bili pravzaprav s prostim preudarkom.

Del raziskave sem namenila tudi pravnim sredstvom kot orožje posledic zlorabe delovanja državnih organov, pa tudi presoji dokončnih upravnih aktov, v kolikor bi bilo preokorajeno dopustno ravnanje oziroma presežene meje danega pooblastila. Pri tem bom podrobneje preučila, kako gleda na presojo smotrnosti izdanega diskrecijskega akta upravno in ustavno sodišče kakor tudi drugostopenjski organ v upravnem postopku. Ne nazadnje je bilo potrebno v poglavje vključiti še obrazložitev odločbe kot posledico omejevanja nadrejene oblasti, v smislu dokazovanja dokončno ugotovljenega dejanskega stanja na podlagi pogojev, ki jih določajo materialni predpisi.

V zaključnem delu diplomske naloge bom prikazala prosti preudarek še na praktičnem primeru pridobitve državljanstva po slovenskem pravu ter vanj vključila primere iz sodne prakse. Cilj diplomske naloge je torej popolna obrazložitev pojma prostega preudarka, prav tako bom skušala skozi preučevano literaturo najti odgovore na vsa zastavljena vprašanja.

2 OPREDELITEV PRAVNE DRŽAVE

Pojem pravne države je izredno pester pojem, ki se uporablja različno, če ne že v vsebinskem pomenu, pa vsaj z različnimi temeljnimi poudarki. O njem namreč ni teoretično zedinjenega soglasja, njegove eksistence ni mogoče omejiti le na en sam tip države, kaj šele na eno samo obdobje. Omenila bom nekaj pravnih definicij, ki so pri nas v literaturi najpogosteje v uporabi.

Po Pavčniku je pravna država moderna država, v kateri je delovanje državnih organov pravno vezano in v kateri so zagotovljene temeljne človekove pravice in svoboščine (2004, str. 129).

Prav tako Pavčnik pravno državo opredeljuje kot državo, ki je na poseben način organizirana (institucionalizirana), ima ustrezno pravno obliko in kakovost (vladavina prava) in je hkrati zasnovana kot demokratična, lahko tudi kot socialna država (Pavčnik et. al., 2006, str. 116).

Profesor Stern meni, da pravna država pomeni izvajanje državne oblasti na podlagi zakonov, skladnih z ustavo, z namenom zagotavljanja svobode, pravičnosti in pravne varnosti (Šinkovec, 1996, str. 23).

O pravni državi govorimo tedaj, kadar je delovanje državnih organov pravno vezano in urejeno s pravnimi pravili, ki določajo način ter vsebino odločanja vsakega državnega organa posebej. Ravno zaradi pravne vezanosti je mogoče posamezniku približno oz. sorazmerno zanesljivo predvideti, kako bo državni organ odločil obenem pa njegovo odločitev tudi nadzirati. Zato mora pravna država posamezniku venomer zagotavljati ustrezna pravna sredstva v okviru katerih lahko nadzoruje in ščiti svoje interese pred morebitnimi samovoljnimi odločitvami državnih organov. V sodobni državi so med temi sredstvi posebej pomembni klasični sodni postopki, upravni postopek in ustavno sodstvo (Perenič, 1993, str. 50—51).

Zaupanja v pravni sistem namreč ni, če zakonodaja ni relativno stabilna. Zahteva po pravni vezanosti zaobjema vse državne organe, kateri se ni moči odreči niti zakonodajalcu, ki mu sicer pripada najvišje mesto v okviru državne organizacije. Temeljna vsebina njegovih odločitev in njegovega delovanja sta v pravni državi določena s hierarhično najvišjim pravnim aktom - ustavo. Zato je še kako pomembno, da so pri odločanju upravnih organov z ustavo usklajeni vsi drugi pravni akti, ki sestavljajo celovit nadaljnji pravni red države (zakoni, podzakonski predpisi, splošni akti, itd.).

Pravne odločitve države so v rokah ustavodajalca in zakonodajalca, delovanje državnih organov je javno, predmet kritičnega vrednotenja je podvrženo mehanizmu pravne odgovornosti, v kolikor državni organi ne bi ravnali ustavno ali zakonito. Pravna presoja, ali je zakonodajalec morebiti prestopil svoje meje pooblastil, pa je v sodobnih pravnih

državah zaupana ustavnim sodiščem. Le-ta so pri svojem delu strogo vezana na ustavo in zakone, prav tako je njihovo delovanje neodvisno. Sodnik lahko nepristransko odloča le, če je pri svojem delu popolnoma samostojen in neodvisen od drugih državnih organov, pa tudi od samih strank. Zato lahko rečemo, da je sodni nadzor nad zakonitostjo delovanja uprave temelj, ki omogoča existenco države kot pravne države (Gaspari, 1991, str. 1319).

Za pravno državo velja načelo enakosti, kjer ustava, zakoni in drugi formalno pravni viri obravnavajo posameznike enako, prav tako morajo biti njihove pravice in obveznosti natanko določene. Zato seveda ne moremo izključiti niti predvidljivosti, ko organi z vnaprejšnjo določenostjo pravil posameznikom nakažejo pot do ukrepanja in rešitev, v kolikor bi se znašli v takšnih ali drugačnih situacijah. Naslovljenci pravic in dolžnosti tako zanesljivo vedo, kako se morajo sicer vesti in ravnati v določenih dejanskih okoliščinah.

Vnaprej so določene pravne kršitve in postopki, v katerih pristojni državni organi ugotavljajo, ali je bila pravna kršitev storjena in kakšne pravne posledice naj bodo glede na to izrečene (načelo pravne varnosti). Tukaj lahko prištejemo posebej pomembno načelo *Nullum crimen nulla poena sine lege certa*, ki prepoveduje določanje kaznivih dejanj in kazni s pomočjo praznin, nedoločljivih ali nejasnih pojmov (Pavčnik, 2004, str. 130).

Ne smemo pozabiti omeniti varstva in uveljavljanja človekovih pravic in svoboščin, ki so dandanes nesporno ena bistvenih prvin pravne države. V trenutku, ko država ne zagotavlja več vsaj minimuma varovanja človekovih pravic, to več ni pravna država. Pojem pravne države je tesno povezan z demokracijo kot obliko političnega sistema, izvrševanja volitev in načela delitve oblasti na zakonodajno, izvršilno in sodno. Načelo delitve oblasti je temeljnega pomena pravne države in predstavlja osrednjo ustavno določbo o izgradnji državne organizacije ter s tem vzpostavljen ustrezen »sistem zavor in ravnovesij« med posamezno vejo oblasti.

Država mora prevzeti tudi dejavno socialno-varstveno vlogo. Poskrbeti mora, da je posamezniku zagotovljena določena stopnja materialne in socialne varnosti. Seveda pri temu ni v ospredju prisiljujoča vloga države, temveč zgolj spodbujevalna vloga, ki se kaže zlasti v zagotavljanju denarnih virov za uresničevanje posameznikovega socialnega in varnostnega položaja. Socialna država je pravno združljiva vse dotlej, dokler je izvrševanje državne oblasti uravnoteženo in nadzorljivo ter ne posega v človekove pravice in temeljne svoboščine.

Iz navedenega je razvidno, da je pravna država zelo širok pojem. Njena poglobitna razsežnost je postopkovni in vsebinski pravni okvir, na podlagi katerega poteka pravno odločanje. Kakovost posamezne države je treba vselej presoјati po tem, kako so pravno urejene in zavarovane njene pravice ter v kolikšni meri se uresničujejo v vsakdanjem življenju. Lahko bi rekli, da vsaka država posebej predstavlja personifikacijo svojega pravnega sistema, saj je tista, ki ga ustvarja in sankcionira in brez katerega si ni moči

predstavljati njene lastne eksistence. Po Radbruhu (1980, str. 185) sta država in pravo kot organizem in organizacija, saj je država pravo kot aktivnost, ki normira, pravo pa je država kot normirano stanje. Razcep med njima torej ni mogoč, mogoče pa ju je medsebojno razlikovati.

2.1 ZGODOVINSKI RAZVOJ POJMOVANJA PRAVNE DRŽAVE

Skozi zgodovinski razvoj povezujemo pojem pravne države s prizadevanji za uveljavitev demokratične države. Zgodovinsko gledano se pravna država oblikuje od meščanskih revolucij dalje, kjer so bila prizadevanja usmerjena predvsem k omejevanju moči absolutnih monarhov. Le-ti so imeli največjo avtoritativno moč nad zakonodajno in izvršilno funkcijo države, ki ni dopuščala omejevanja politične oblasti, prav tako ne njene delitve. Uprava ni bila vezana na vnaprej postavljene splošne norme, temveč k večjemu na osebna naročila vladarjev - v takšni državi torej ni bilo zagotovljene varnosti in osebne zaščite posameznih interesov državljanov. Sčasoma so se izoblikovale ideje po konstitucionalizmu. Ta je zahteval podreditev absolutne moči, sprejem ustave in parlamentarizem, ki bi zagotavljal kontrolo vlade in uprave preko demokratično izvoljenega predstavniškega telesa (Šinkovec, 2004, str. 21).

Pravna država se je dodobra izoblikovala na podlagi liberalizma, kjer so bile postavljene v ospredju predvsem zahteve po uveljavitvi vezanosti uprave na zakon in delitvi oblasti. Iz filozofije liberalizma se je porodila zahteva po takšni državi, ki bi zagotavljala predvsem naravne oziroma temeljne človekove pravice (svoboda, enakost pred zakonom), čemur mora biti prilagojena njena organizacijska struktura (delitev oblasti, predstavniška demokracija), delovanje pa naj bo čim bolj omejeno na varovalno funkcijo oziroma na vzdrževanje reda in miru. Država je tako postopoma izoblikovala zahteve po predvidljivosti in zanesljivosti prava, posamezniku pa omogočila demokratično udeležbo v javnem življenju (Pavčnik et. al., 2006, str. 87).

Kasneje, ob koncu 19. stoletja, je v družbi zaradi vse ostrejših socialnih in političnih spopadov prišlo do spoznanj, da vloga države več ni zgolj v vzdrževanju družbenega ravnotežja, v smislu varnosti in zagotavljanju miru državljanov, temveč da mora država prevzeti aktivno vlogo zagotavljanja odgovornosti gospodarskega razvoja in socialne blaginje. Namreč ni dovolj, da država zagotavlja le svobodo in varnost državljanov, ampak mora zagotoviti vsaj minimum socialno-ekonomskega stanja. Njena vloga se tako pokaže predvsem z zaščiten zakonodajo posega v razmerje med delom in kapitalom, zavarovanju šibkejše strani v tem razmerju in obenem zagotovitvi socialno-ekonomskih ter kulturno-prosvetnih pravic. Tako spremenjena vloga države je postopoma privedla do doktrine in prakse socialne države, ki je s svojo usmeritvijo v ideal državne blaginje postala in ostala imperativ mnogih držav vse do danes.

Zgodovinsko gledano je razvoj pravne države skozi stoletja postopoma privedel do uresničitve demokracije, zakon pa ni bil več le meja za delovanje uprave, temveč je postal »*conditio sine qua non*« (pogoj, brez katerega ne gre). Pojmovanje pravne države je tako

v luči dosedanjega zgodovinskega razvoja postalo vsekakor v največji meri odraz tiste vrednostno pozitivne stopnje človeške zavesti, po kateri država vedno bolj stremi k človeku kot vrednoti.

3 PRAVICA DO PROSTEGA PREUDARKA UPRAVNEGA ORGANA

3.1 SPLOŠNO O POJMU

V večini primerov je z materialnimi predpisi vnaprej natanko določeno oziroma predvideno, kakšna mora biti odločitev upravnega organa glede na ugotovljeno dejansko stanje; ali z zakonom predpisanimi pogoji podeli določene pravice ali naloži obveznosti. V nekaterih primerih je v zakonu določeno, da lahko upravni organ odloči po prostem preudarku - diskreciji. To pomeni, da lahko pri enakem ugotovljenem dejanskem stanju izbere izmed več pravno mogočimi alternativami (odločitvami) tisto, ki je v podanih okoliščinah v konkretnem primeru in glede na javni interes najustreznejša oziroma najsmotrnejša (Grafenauer in Breznik, 2005, str. 76).

Čerav sodobna pravna ureditev teži k temu, da bi bilo čim manj odločanja po prostem preudarku, se temu v praksi ni mogoče povsem dobro izogniti. Zakonodajalec se zateka k tej možnosti tedaj, kadar ne more vnaprej predvideti vseh okoliščin v konkretnih primerih iz realnosti in detajlno predpisati vseh načinov za njihovo reševanje. Čeravno mora biti upravni organ strogo vezan na zakon, mu je potrebno priznati in omogočiti del svobodnega delovanja, ki naredi njegovo dejavnost v odnosu do zakona vsaj do neke mere relativno svobodno. Ta svoboda se izraža predvsem z izbiro sredstev z načinom, s katerim je možno doseči najbolj smotrni, z zakonom določen cilj. Odločanje po prostem preudarku bi lahko označili tudi kot svobodo individualnega ocenjevanja upravnega organa najustreznejše poti k popolnemu uresničevanju pravno zavarovanega javnega interesa v določenem primeru (Tomić v: Tominc, 2010, str. 316).

Odločanje po prostem preudarku nikakor ne pomeni odstopanja od zakona, marveč le svobodo v okviru in mejah zakona. Upravni organ torej diskrecijsko odloča takrat, kadar ima dovoljenje in je za to pooblaščen. Drugače povedano, odločanje po prostem preudarku se ne sme razumeti kot samoumevno, temveč mora biti izrecno določeno z zakonom; v praksi je to najpogosteje z izrazi, kot so *»organ lahko«*, *»organ sme«*, *»organ je pooblaščen«* in podobno (Tomić v: Tominc, 2010, str. 316). V vsakem primeru pa morajo biti diskrecijska pooblastila pravno predpisana in utemeljena, pri čemer se to utemeljevanje najpogosteje izraža kot določanje alternativnih zakonskih rešitev konkretne situacije. Zakonodajalec torej pooblašča nosilca diskrecijskih pooblastil, da izbere sam najprimernejšo odločitev izmed vseh, vendar konkretno ne predpisuje, katera rešitev bi naj bila izbrana. V obsegu, ki je predvidljiv, je upravnemu organu prepuščeno, da sam presodi, katera rešitev je tista, ki najbolj ustreza pravno zavarovanemu javnemu interesu. Javni interes kot merilo odločanja pa naj bo že v zakonu izrecno in natanko opredeljen (Krbek v: Tominc, 2010, str. 316).

Iz navedenega izhaja nujnost upravnega organa, da izbere tisto rešitev, ki lahko uresniči javni interes na najbolj adekvaten način. Odločba mora biti vselej izdana v mejah pooblastila in v skladu z namenom, s katerim mu je bilo pooblastilo dano. Problem se

pojavi takrat, kadar upravni organi izdajajo odločbe z namenom in na način, ki z zakonom vnaprej ni predpisan. Takšna zmožnost je najpogosteje povezana z nejasno zakonsko opredeljenimi predpisi, ki so lahko na koncu obravnavani povsem drugače; kot predmet arbitrarnega tolmačenja izvajalca diskrecije kakor tudi z zavestno namero, da se le-ta ne uporablja v javnem, temveč zgolj osebnem izvajalčevem interesu. Četudi gre za svobodo odločanja upravnega organa, diskrecija ni in ne sme biti isto kot arbitrnost. Kjer odloča samovoljnost, diskrecije ne moremo obravnavati v prav(n)em pomenu (Krbek v: Kečanović, 2007, str. 14).

3.2 RAZVOJ PROSTEGA PREUDARKA

Pri pojmovanju nastanka pravne države smo že omenili, da so bila prizadevanja za uveljavitev demokratične države usmerjena predvsem k omejevanju absolutističnih monarhij. Za slednje je bilo značilno precej široko področje prostega preudarka. Pravni predpisi so se izvajali le v majhnem obsegu, zato je bila vezanost uprave šibkejša, prav tako njen obstoj ni smel temeljiti v nasprotju z zakonom oziroma vladarjevim odlokom. Takšno delovanje je posledično onemogočalo varnost in osebno zaščito posameznih interesov državljanov (Šturm, 1999, str. 179).

Postopoma se je skozi načelo zakonitosti vzpostavila zahteva po vse večji vezanosti uprave, hkrati pa s svojo vlogo vzpostavila boj proti političnemu absolutizmu. Skozi načelo zakonitosti je širjenje prava pridobivalo na vedno večjem pomenu, obenem se je z vse gostejšim obsegom zakonov povečevala tudi resnejša vloga zakonodajnih organov. Dolgoročne posledice, ki so spremenile poglede na celotno pravno ureditev, je imela ravno zahteva, po kateri naj pravo velja v enaki meri tako za upravo kot sodstvo. Hkrati je to za upravo pomenilo izvajanje zakonitosti v polni meri, ki temelji na natančnem zakonu. Ker upravičenost delovanja upravnih organov ni več izhajala iz državne oblasti, temveč pravnih norm, je bilo potrebno tudi institut prostega preudarka uskladiti s pravno vezanostjo upravnega delovanja. Prosti preudarek se tako postopoma s pravnimi predpisi vedno bolj zožuje, konkretni upravni akti pa postanejo podvrženi sodnemu nadzoru (Šturm, 1999, str. 180).

3.3 TERMINOLOŠKA OPREDELITEV

Pojem prosti preudarek, ki ga drugače pojmuje tudi kot diskrecijo, lahko opredelimo s pravnim terminološkim slovarjem, kjer je navedeno, da gre za pravico javnega organa, da izmed več pravno mogočimi rešitvami izbere tisto, ki je v javnem interesu (Beran, str. 63, 1999). Tudi pravni leksikon Cankarjeve založbe navaja, da gre za pravico državnega organa v presoji najbolj ustrezne rešitve pravno zavarovanega javnega interesa, kadar ni mogoče vnaprej predvideti vseh relevantnih dejanskih okoliščin. Odločanje po diskreciji oz. prostem preudarku bi naj bilo zato omejeno le na najnujnejše primere (Skubic, 2007, str. 30).

Vendar, kaj pravzaprav pomeni beseda »diskrecija«? Njen pomen izhaja iz francoske besede »*discretion*« ter latinske besede »*discretio*«, bistvo bi naj bilo v premišljenem razločevanju oz. v podrobnem razčlenjevanju dejstev, na podlagi katerih mora državni organ priti do določenega zaključka (Beran, str. 346, 1999).

Tako v tujem kot tudi slovenskem pravnem sistemu ima prosti preudarek več različnih oznak. Zraven omenjenega naletimo zlasti na sinonime, kot že rečeno »diskrecija«, pa tudi »*diskrecijska pravica*« ali »*diskrecijsko pooblastilo*«, vendar je potrebno poudariti, da se pri nas v pozitivni zakonodaji ti termini niso oprijeli povsem dobro, temveč zgolj pojmovni izraz »prosti preudarek« (Ivančević v: Kos, 1996, str. 3). V duhu slovenskega jezika je tako pojmovanje v vsebinskem kot tudi pojmovnem pogledu dovolj ustrezno razumljivo. Seveda ne gre vedno povsem mimo sinonimov »*diskrecija*«, »*diskrecijsko odločanje*«, pa vendar se jim v praksi ni moči odreči kadar bi bilo njihovo poimenovanje v obravnavanem kontekstu bolj prikladno (Šturm, 1999, str. 176).

Pri terminološkem opredeljevanju lahko omenimo, da se v hrvaškem in srbskem jeziku uporabljajo izrazi kot so »*slobodna ocjena*« ali »*diskreciona ocjena*«. Pravnik Krbek daje prednost izrazu diskrecijska ocena, saj meni, da se slednja bolje povezuje z mislijo pojma javni interes, medtem ko beseda svobodni preudarek preveč spominja na samovoljo, čeprav je sicer sistemsko povsem pravilna (Šturm, 1999, str. 177). V angleški in ameriški pravni teoriji so uporabni izrazi v zvezi s prostim preudarkom »*discretionary power*« (diskrecijska oblast) ali »*discretionary decision*« (diskrecijska odločitev) (Skubic, 2007, str. 30).

3.4 UPORABA PROSTEGA PREUDARKA

Uporaba prostega preudarka je najpogostejša na področju upravnega prava pri odločanju v konkretnih upravnih zadevah. Na tem mestu upravni organ, ki je pooblaščen za odločitev konkretne situacije po končanem postopku izda konkreten upravni akt - upravno odločbo. Vendar se uporaba prostega preudarka izraža tudi na drugih pravnih področjih. Med drugim sodi mednje uporaba abstraktnih upravnih aktov (upravnih predpisov), lahko tudi uporaba realnih upravnih aktov pri odločitvah upravnih organov; na primer o uporabi strelnega orožja, odklonitvi vstopa tujcev v državo, zasegu predmeta in podobnih primerih (Šturm, 1999, str. 240).

Upravnemu organu je lahko odločanje po prostem preudarku nakazano že z izrecno zakonsko normo, ki ga pooblašča preudarjati oziroma odločati na omenjenem področju. Vendar so v praksi taki primeri relativno redki. Najpogosteje so uporabljeni primeri, kjer so iz zakonske norme že razvidni izrazi »organ lahko«, »organ sme«, včasih tudi »mora« in podobno. Le redko se zgodi, da zakonska norma določa »naj upravni organ določi javni interes«. V vsakem primeru je upravni organ pooblaščen, da sam ugotovi vsebino veljavne pravne norme, ne da bi mu to narekoval in vsebinsko določal že vnaprej veljavni pravni red (Čebulj in Strmecki, 2006, str. 189).

Prosti preudarek se uporablja takrat, kadar zakonodajalec vnaprej ni predpisal točno določenega načina postopanja v konkretni situaciji, temveč z disjunktivno pravno normo predvidel le nekaj alternativ in pooblastil izvrševalca diskrecije, da izbere sam eno izmed ponujenih možnosti (subjekt A lahko izvrši dejanje X, Y ali Z). Kategorična pravna norma mora v končni fazi določati način, kako naj subjekt A izvrši določeno dejanje (Kos, 1996, str. 3). Na tem mestu lahko omenimo, da upravni organ opravlja na nek način funkcijo zakonodajalca, saj si mora predstavljati vsa vrednostno zarisana merila, katerih pot do rešitve nakazuje že sam zakon. Nekatera področja so po sami naravi taka, da jih vnaprej ni mogoče uzakoniti oziroma normirati tako, da bi bile v njih zajete vse življenjske situacije (saj bi se čez čas lahko pokazale celo za nevzdržne, absurdne), zato si mora tedaj zakonodajalec pomagati s pooblastilom organu, da presodi na najprimernejši način o stvari sam. Norma sama po sebi torej ne more vnaprej predvidevati vseh meril, ki so odločilna za odločitev (Jerovšek, 2009, str. 27).

3.5 BISTVENE ZNAČILNOSTI UPORABE PROSTEGA PREUDARKA

Bistvena značilnost prostega preudarka je v presoji upravnega organa izmed dveh ali več različnih alternativ hkrati. Gre za razsojo, tehtanje, ocenjevanje in preudarjanje, kjer je ključnega pomena ravno pravno zavarovani javni interes (državni, nacionalni, gospodarski, kulturni, ipd.) (Šturm, 1999, str. 177). Pomembno je, da je le-ta kot bistvo preudarjanja določljivo opredeljen že v zakonu, kolikor je le mogoče. Prav tako je pomembno, da gre za nedvoumno razpoznavo, kjer je iz pooblastila mogoče zanesljivo razbrati, da se razsoja izmed dveh ali več pravno mogočimi alternativami hkrati, ter da na tem mestu ne prihaja do nedoločljivosti, katero bi bilo kasneje potrebno zapolniti še z vsebinsko razlago. Takoj, ko nastane dvom in samo pooblastilo v zakonu več ni dovolj izrecno opredeljeno, velja načelo, da upravni organ nima pravice postopati po uporabi diskrecijskega pooblastila (Pavčnik, 2001, str. 61).

Naslednja bistvena značilnost, ki je hkrati pogojena z načeloma ustavnosti in zakonitosti je, da mora biti konkretni upravni akt izdan v okviru in mejah zakonskega pooblastila ter v skladu z zakonskim namenom, ki pooblašča upravni organ k izdajanju akta po prostem preudarku. V najobsežnejšem smislu se razume ta namen kot javni interes (Šturm, 1999, str. 177). Določba zakona, ki daje upravnemu organu pravico do uporabe prostega preudarka, pa iz nje ni povsem razviden namen takega pooblastila, ne more biti v skladu z ustavo (Kos, 1996, str. 3). V obrazložitvi odločbe št. U-I-69/92 je ustavno sodišče navedlo, da mora zakon, če želi zadostiti določbam drugega odstavka 120. člena Ustave, vsebovati vse relevantne sestavine (organizacijske, postopkovne in vsebinske) za delovanje upravnih organov tako, da lahko prizadeti ugotovi svoj pravni položaj že na podlagi zakona ter da se lahko zakonitost pravnega akta ugotavlja v upravnem sporu pred sodiščem, kjer lahko prizadeti zahteva sodno varstvo svojih pravic oziroma interesov.

V ospredje pravne države je prav tako postavljena zahteva, da mora biti utemeljitev odločitve upravnega organa ustrezno obrazložena tako, da je iz odločbe mogoče povsem jasno razbrati, da je ravnal v mejah ter v skladu z namenom danega mu pooblastila (Pavčnik, 2009, str. 61). To pa ne nazadnje pomeni, da mora biti namen tega pooblastila

izrecno določen že v zakonu ali pa vsaj jasno razviden iz zakonskega besedila, in temveč ne le morda iz same obrazložitve zakonskega predloga v zakonodajnem postopku (U-I-69/92). Obrazložitev naj bo opremljena z navedenimi predpisi, ki dajejo upravnemu organu diskrecijsko pravico, zakaj je temu odločil tako ter kako je uporabil sam obseg in namen danega mu pooblastila.

3.6 NAMEN IN MEJE PROSTEGA PREUDARKA

Kot že omenjeno, je prosti preudarek v materialnem smislu podeljen organom z namenom nezmožnosti vnaprejšnje določitve vseh življenjskih situacij v pravnih normah, zato potlej zakonodajalec s pooblastilom prepusti organu odločitev, da sam ugotovi potrebno vsebino veljavne pravne norme ter jo nadgradi za vsak primer posebej. Norma sama po sebi ne predvideva vseh rešitev, ki bi naj bile odločilne za razrešitev določenega konkretnega primera. Lahko bi rekli, da je institut prostega preudarka v praksi precej praktičen, vsekakor pa tudi nujno potreben za delovanje pravne države, saj zakonodajalec zaradi nepreglednosti med seboj prepletajočih družbenih pojavov ne more venomer vnaprej predvideti vseh posledic za dobo izdaje abstraktne norme ter z njo posledično predpisati, v katerih situacijah glede na javni interes bi še bilo primerno, da bi se recimo nekomu podelila kakšna pravica, se mu naložila, odvzela in podobno (Jerovšek, 1996, str. 1101).

Zakonodajalec torej pooblašča nosilca diskrecijskih pooblastil, da sam izbere najprimernejšo odločitev izmed vseh, vendar konkretno ne predpisuje, katera rešitev bi naj bila izbrana. V obsegu, ki je predvidljiv, je upravnemu organu prepuščeno, da presodi, katera rešitev je najbolj adekvatna, ne nazadnje se mora ravnati po tisti, ki v največji meri zadovoljuje oziroma upošteva pravno zavarovani javni interes (Krbek v: Tominc, 2010, str. 316). Glavni namen prostega preudarka je torej zaščita javnega interesa, na podlagi katerega se zapolnjuje vsebina zakona. Slednjega je potrebno sproti za vsak primer šele ugotoviti (Jerovšek, 1996, str. 1102). Lahko bi rekli, da gre pri prostem preudarku za popolnitev abstraktne pravne norme v konkretnem primeru, pri čemer organ uporabi normo javni koristi najbolj oportuno.

Pristojni organ pri odločanju po diskreciji ni nikakor neomejen, temveč ga pri svojem delovanju vežejo meje prostega preudarka, ki so določene v samem zakonu. Meje prostega preudarka niso nič drugega kot zakonske omejitve prostega preudarka, ki morajo biti za tovrstno odločanje izpolnjene (Jurkovič, 1938, str. 5). Na tem mestu je potrebno omeniti, da zakon s prepustom pooblastila adresatom z izrazi kot so »organ lahko«, »organ sme« ne določa meje tega, kaj organ lahko oziroma česar ne sme, temveč mora slednje sproti šele določiti (Jerovšek, 1996, str. 1106,).

O mejah prostega preudarka se je najintenzivneje razpisal avtor Jurkovič, ki slednje deli na »zunanje« in »notranje« meje. Po njegovem mnenju gre pri zunanjih mejah samo za akt, ki ne sme kršiti določenih pravnih norm. Ni relevantno, kakšne nagibe je imel organ pri izdaji akta. Obratno velja za notranje meje prostega preudarka, kjer je pomembna oboje hkratna predpostavka; tako pravilnost akta, kakor tudi nagibi organa. Namreč ni

dovolj, da je izdan akt sam po sebi pravilen, temveč morajo biti tudi nagibi upravnega organa pravno nesporni. Upravni organ torej ne sme zasledovati ciljev, ki so po zakonu prepovedani. V kolikor bi deloval namerno proti javnim interesom, gre za zlorabo preudarka, medtem ko prekoračitev pooblastila tretiramo kot zasledovanje cilja po zakonu nedopustnih svrh (Jurkovič, 1936, str. 25—36).

Sam obseg in namen pooblastila ureja Zakon o splošnem upravne postopku, kjer v 6. členu (načelu zakonitosti) navaja, da mora organ po zakonu ali po predpisu lokalne skupnosti, ki odloča po prostem preudarku izdati odločbo v mejah pooblastila in v skladu z namenom, za katerega mu je bilo pooblastilo dano. Organ se torej giblje znotraj teh meja v okviru zakona, morebitna prekoračitev pooblastila pa je v domeni presoje zakonitosti izdane odločbe. Da bi upravni organ uporabljal prosti preudarek čim pravilneje, potrebuje zraven zdravega razuma ter primerne izurjenosti logičnega sklepanja, veliko mero strokovne usposobljenosti in delovne kilometrine (Steska, 1941, str. 14).

Iz povedanega sledi, da organ pri svojem odločanju ni nikakor svoboden, temveč je nujno vezan na obseg in namen danega mu diskrecijskega pooblastila, ki ga določa zakon. Če pri svoji odločitvi ne bi upošteval danega pooblastila, je njegova odločitev seveda nezakonita. Njegovo eksistenco dela torej postavljajo zakonski okviri, preko katerih ne more iti. In čeravno v pravnih normah ni moči venomer vnaprej predvideti vseh konkretnih okoliščin, pa takšne nepredvidljivosti ne smemo nikakor smatrati kot samovoljnega oziroma arbitrarnega delovanja upravnega organa, kot je le-to morda doumeti na prvi pogled.

3.7 PRAVNA VEZANOST ODLOČBE

Zastavlja se vprašanje, ali gre pri odločanju po prostem preudarku za pravno vezanost ali ne. O pravno vezanem delovanju govorimo tedaj, kadar imajo pravne sestavine upravnih dejanj pravni temelj v samem zakonu ali v drugih, na zakonu temeljujočih pravnih normah. Pravni temelj mora biti zato že vnaprej vsebinsko točno in izrecno opredeljen. Vendar pa o pravni vezanosti govorimo tudi tedaj, kadar so organi pripomorani odločiti po prostem preudarku. Pravna vezanost uprave je v tem primeru sicer šibkejša, saj daje organu pravico, da glede na ugotovljeno dejansko stanje izbere izmed več alternativami tisto, ki je najbolj ustrezna, pa vendar so tudi tukaj določeni okviri diskrecijske pravice. Pristojni organ pri diskreciji vendarle odloča v skladu z namenom in obsegom diskrecijskega pooblastila, zato lahko diskrecijsko odločbo kljub manjši vezanosti abstraktno pravnih navodil tretiramo kot pravno vezan upravni akt (Debelak in Rakočevič, 2008, str. 58).

3.8 PROSTI PREUDAREK IN PROSTA PRESOJA DOKAZOV

Izraza »proste presoje dokazov« nikakor ne smemo enačiti s prostim preudarkom. Prosta presoja dokazov pomeni, da organ samostojno, po svojem lastnem prepričanju in z ničemer vezanim mišljenjem presodi, ali se lahko neko dejstvo, ki je izvedeno na podlagi

dokaznega gradiva, šteje za resnično (Androjna v: Kos, 1996, str. 4). »O tem, katera dejstva je potrebno šteti za dokazna, presoja uradna oseba, pooblaščenca za odločanje o upravni stvari po svojem prepričanju in na podlagi vestne presoje vsakega dokaza posebej, ter na podlagi uspeha celotnega postopka.« (10. člen ZUP)

Upravni organ pri vodenju postopka ni vezan na nobena formalno dokazna pravila, temveč le na presojo svoje lastne subjektivno ustvarjene slike o objektivni realnosti. Dokaze, ki dokazujejo in dokaze, ki negirajo mora natanko preučiti in medsebojno primerjati ter iz njih izluščiti jedro konkretne dokazne moči. Lahko bi rekli, da gre za postopen proces zbiranja dokazov, njihovega vrednotenja, selekcioniranja in tehtanja toliko časa, dokler organ ne pride do notranjega prepričanja o objektivni stvarnosti stanja upravne zadeve. Katero dejstvo dokazovati oziroma katero ne, ter katerim dokazom verjeti in katerim ne, pa je v stvari izkustva organa in njegovega poznavanja okoliščin v določeni situaciji (Jerovšek, 2009, str. 47—51).

Prosta presoja dokazov v upravnem postopku ni arbitrarna presoja, temveč gre za kritično presojo celotnega dokaznega materiala. Po končanem postopku mora organ v obrazložitvi odločbe navesti, kateri so tisti razlogi, ki so ga pripeljali do končno ugotovljenega dejanskega stanja ter na katere dokaze vse se je oprl. Vsak posebej izveden dokaz mora biti podvržen presoji organa, ki ga mora v odločbi tudi izrecno in razjasnjeno obrazložiti. Nasprotovanje siceršnjim pravilom bi bilo podvrženo bistvenim kršitvam pravil postopka.

Nekateri menijo, da je prosta presoja dokazov na nek način vrsta prostega preudarka. Vendar gre pri slednji za samostojno vrednotenje dokazov in presojo po lastnem prepričanju. Uradna oseba, pooblaščenca za odločanje, namreč sama presodi, katere dokaze bo sprejela kot relevantne in katere ne. Že res, da organ presoja na nek način po prostem preudarku, vendar le v kontekstu izbire dokazov, ki ga postopoma pripeljejo do največje dokazne moči (na ta način se približuje materialni resnici). Uradna oseba torej ravna po svojem lastnem preudarku le v smislu odločanja, katere dokaze bo uporabila in izvedla ter ne, kako jih bo presodila (Jerovšek in Kovač, 2010, str. 33).

4 PROSTI PREUDAREK IN NEKATERA DRUGA PRAVNA NAČELA

4.1 NAČELO ZAKONITOSTI

Načelo zakonitosti lahko opredelimo kot najpomembnejše in temeljno načelo našega pravnega sistema, ki izključuje kakršnokoli samovoljo državnih organov. Delovanje in odločanje o upravnih stvareh ni prepuščeno zgolj njihovi presoji ali lastni volji, kakor je bila to značilnost policijske uprave v absolutistični dobi, temveč je vezano zgolj na zakon in predpise (Kos, 1996, str. 2).

Načelo zakonitosti ali legalitete odraža svoj temelj že v 2. členu Ustave Republike Slovenije, kjer je določeno, da je Slovenija pravna država. Prav tako mora temeljiti njeno delovanje državnih organov na demokratično sprejetih pravilih ravnanja, ne le v formalnem, marveč tudi vsebinskem pogledu. Pravila ravnanja morajo biti tako že vnaprej določljivo opredeljena, prav tako morajo določati način uveljavljanja posameznikovih pravic in njihovega nalaganja obveznosti. To ne nazadnje pomeni, da mora biti tudi delovanje državnih organov v okviru ter na podlagi Ustave in zakonov (120. Člen Ustave). Tudi 153. člen Ustave nadalje opredeljuje vodenje postopka in določa, da morajo posamični akti in dejanja državnih organov, organov lokalnih skupnosti in nosilcev javnih pooblastil temeljiti na zakonu ali na zakonitem predpisu. Iz tega lahko povzamemo, da načelo zakonitosti kot bistvo delovanja uprave temelji na celotnem postopanju pravil organa kot tudi na sami pravilni uporabi prava v konkretnih zadevah. Še boljše natančneje rečeno; upravne zadeve se morajo voditi po zakonsko predpisanem postopku (formalna zakonitost), prav tako se mora o njihovih pravicah in obveznostih odločati v njihovem obsegu pravic in obveznosti, ki jih določajo materialni predpisi (Jerovšek, 2009, str. 21).

Načelo zakonitosti razmejujemo na dva medsebojno prepletena elementa:

- formalno (procesno) zakonitost,
- materialno zakonitost.

Formalna zakonitost se osredotoča na pravilnost vodenega postopka, zlasti, da je pri postopku odločal stvarno pristojen organ, da je izdana odločba v okviru in mejah obličnosti, ki jo odražajo njene sestavine ter da v postopku ni prišlo do bistvenih postopkovnih napak. Formalna zakonitost je opredeljena že v 1. členu Zakona o upravnem postopku (ZUP), ki natanko določa, da »morajo po tem zakonu postopati upravni in drugi državni organi, organi lokalnih skupnosti in nosilci javnih pooblastil, kadar v upravnih stvareh, neposredno uporabljajoč predpise, odločajo o pravicah, obveznostih in pravnih koristih posameznikov, pravnih oseb in drugih strank.« Prav tako nadalje formalno zakonitost opredeljuje 3. člen ZUP, ki določa, da se na upravnih področjih, za katera je z

zakonom predpisan poseben upravni postopek, ravna po določbah posebnega zakona (npr. po določbah Zakona o graditvi objektov), po določbah ZUP pa vsa nadaljnja vprašanja, ki niso urejena s posebnim zakonom (subsidiarna uporaba zakona). Kadar ZUP ali zakon, ki ureja poseben upravni postopek določata, da se posamezna vprašanja postopka lahko uredijo s podzakonskim predpisom, se postopa tudi po določbah podzakonskega predpisa. Vendar mora biti za to dano izrecno zakonsko pooblastilo z navedbo, kaj vse lahko sleherni podzakonski predpis uredi. Formalna zakonitost torej od upravnega organa zahteva, da se neprestano ravna po bistvenih načelih tega in drugih posebnih zakonih, ki urejajo postopek ter da se v zvezi s tem vzpostavijo skupna minimalistična pravila dovoljenega ravnanja organa in strank v vodenem postopku (Jerovšek in Kovač, 2010, str. 27–28).

Materialno zakonitost določa že zgoraj omenjeni 153. člen Ustave, sicer pa zavezuje organe, da tako pri odločitvah kakor tudi pri izdanem upravnem aktu uporabijo vse materialne predpise, zastavljajoče na vrsti, vsebini in obsegu pravic, obveznostih ter pravnih koristih strank. Zakon mora pooblaščati organ, da lahko priznava pravice in nalaga obveznosti, zraven navedenega morajo biti izdani posamični upravni akti v okviru in mejah, v katerih jih priznava ali nalaga materialni predpis. Ne nazadnje je pri odločanju o upravnih stvareh potrebno upoštevati še hierarhijo predpisov (kar pomeni, da je ustava hierarhično najvišji upravni akt, sledi ji mednarodna pogodba, zakoni in podzakonski predpisi, predpisi samoupravnih lokalnih skupnosti ter splošni akti nosilcev javnih pooblastil), upoštevajoč nadvlade prava Evropske unije nad notranjim državnim pravom kot posledica implementiranosti predpisov in neposrednega izvajanja le-teh v notranjih državnih upravnih postopkih (Jerovšek in Kovač, 2010, str. 28–29).

Načelo zakonitosti upoštevamo vsekakor tudi takrat, kadar so organi upravičeni odločati po prostem preudarku. V tem primeru je za njih načelo zakonitosti nekoliko manj zavezujoče. Zakon namreč pooblašča organ, da presodi sam, kako pravzaprav uporabiti pravno normo, ki ne nalaga le ene same možne rešitve, temveč mora izmed vseh poiskati najprimernejši in najsmotrnejši cilj (upoštevajoč javno korist), ki ga še dopušča namen materialne norme. Pri tem je potrebno poudariti, da upravni organ lahko odloča po prostem preudarku le na podlagi materialnih predpisov (ki sicer ne upoštevajo rešitev za vse konkretne primere), nikakor pa ne v procesnem pravu, saj sam postopek ne more in ne sme biti predmet diskrecije (Jerovšek, 2009, str. 27).

O zakonitosti odločbe, izdane na podlagi prostega preudarka govorimo tedaj, ko:

- upravni organ izda odločbo v mejah pooblastila (navadno meje že določa sama pooblaščajóča norma);
- v skladu z namenom, s katerim mu je bilo pooblastilo dano (ZUP v 2. odstavku 6. člena navaja, da organ v upravnih stvareh, v katerih je po zakonu ali po predpisu lokalne skupnosti upravičen odločati po prostem preudarku, vodi namen, ki ga je mogoče utemeljiti in upravičiti z zakonsko normo. »Sam namen in obseg pooblastila

določa zakon ali predpis lokalne skupnosti, ki vsebuje pooblastilo za odločanje po prostem preudarku.« Organ v upravnih stvareh in v skladu s pooblastilom o diskreciji, torej postopa po tem zakonu);

- prav tako se mora pristojni organ v izdani odločbi sklicevati na predpis, s katerim je upravičen rešiti stvar po prostem preudarku (v primeru, ko nastopi dvom, ali gre za pravno vezano odločbo ali odločbo po prostem preudarku, velja načelo, da pristojni organ venomer izda pravno vezano odločbo - torej odloči brez prostega preudarka);
- ne nazadnje mora biti izdana odločba tudi ustrezno obrazložena in utemeljena (v skladu s 5. točko 214. člena ZUP, mora pristojni organ pooblaščen za odločanje po prostem preudarku v obrazložitvi odločbe navesti zakon in razloge, ki so ga pripeljali do ustrezne odločitve oziroma iz katerih je razvidno, zakaj je odločil tako ter kako je uporabil sam obseg in namen pooblastila prostega preudarka. Zgolj samo morebitno sklicevanje na pooblastilo o diskreciji ter pavšalno navajanje dejstev na zadostujeta. Iz tega namreč ni mogoče ugotoviti, ali je bilo materialno pravo pravilno uporabljeno, v smislu preizkusa skladnosti odločbe z namenom in interpretacijo zakonskega besedila) (Grafenauer in Breznik, 2005, str. 77–78).

Zakonitost pri izdaji odločbe po prostem preudarku se torej očituje v tem, da je lahko slednja izdana le v mejah pooblastila in v skladu z namenom, za katerega je bilo pooblastilo dano, prav tako mora biti izdana po celotnih pravilih upravnega postopka. Organ je dolžan natanko ugotoviti dejansko stanje konkretne upravne stvari in to stanje v obrazložitvi odločbe tudi izrecno navesti (Androjna, 1985, str. 22). V primeru prekoračitve meje ali namena pooblastila je mogoče upravni akt, ki je sicer materialno nezakonit, izpodbijati v pritožbenem postopku in upravnem sporu. Odločanje po prostem preudarku torej nikakor ne temelji na samovoljni odločitvi upravnega organa, temveč je pri svojem delu striktno vezan na obseg in namen danega mu pooblastila, določenega v pravnem aktu.

Sklenemo lahko, da je načelo zakonitosti najpomembnejše načelo, ne samo v upravnem postopku, marveč v našem celotnem pravnem sistemu, ki izključuje kakršnokoli arbitrarnost državnih organov. Spričo tega, lahko sleherno načelo uvrstimo v sam vrh lestvice med vsemi nadaljnjimi temeljnimi načeli upravnega postopka kot jamstvo in poglobitni pogoj pravne varnosti in nepristranskosti odločanja v upravnih zadevah.

4.2 NAČELO SORAZMERNOSTI

Vsaka demokratična ureditev stremi k cilju vzpostavitve ustreznega ravnovesja med različnimi interesi in ustavno varovanimi dobrinami, kjer je ključnega pomena zagotovitev temeljnih človekovih pravic in svoboščin. Ker nobena človekova pravica ni absolutna, temveč si lahko dve različni pravici nasprotujeta, je potrebno upoštevati obe hkrati v pravi meri - sorazmerno (Rošic Feguš, 2011, str. 1754). Institucije varovanja človekovih pravic se pri svojem delu srečujejo s problematiko, in sicer do kolikšne mere bi bilo še smiselno

dopustno zavarovati eno človekovo pravico, ne da bi se s tem omejilo drugo. Če pogledamo iz zornega kota sodišč, vprašanje nanese na temo, kako daleč in pod kakšnimi pogoji sme pravzaprav zakonodajalec omejiti posameznika pri izvrševanju njegovih pravic. Da bi vzpostavili ustrezno razmerje med nasprotujočimi si pravicami in pravnimi interesi oziroma ravnovesje med cilji in sredstvi, ki so v konfliktu, se je znotraj institucij presoje uveljavilo načelom sorazmernosti, ki gradi na pravi meri le-teh (Wedam Lukić, 2008, str. 261).

Ustava Republike Slovenije načela sorazmernosti izrecno ne omenja, je pa na splošno sprejeto stališče, da gre za enega od pravnih načel. Ustavno sodišče ga je povzdignilo na ustavno raven tako, da ga je uveljavilo kot enega temeljnih kriterijev ustavnosodne presoje. Nanaša se tako na zakonodajalca, kakor na izvršilno oblast, sodišča, pa tudi druge organe, ki odločajo o posamičnih zadevah (Wedam Lukić, 2008, str. 262).

Načelo sorazmernosti lahko opredelimo kot prepoved čezmernih posegov države v pravice posameznikov, s katerim se zagotavlja prava mera državnemu ravnanju. V najsplošnejšem smislu pa postavlja meje državnih oblasti pri samem omejevanju temeljnih človekovih pravic, in sicer z določitvijo pogojev, ki so neizbežni za varstvo javnih koristi (Šturm, 1999, str. 101).

O pravilnosti pravnega akta govorimo tedaj, kadar so izpolnjeni vsi trije pogoji hkrati:

- poseg državnih organov mora biti nujen oziroma neizogibno potreben, v tem smislu, da cilja ni mogoče doseči z blažjim posegom v ustavno pravico. Le izbira najmilejšega, a vendar še vedno učinkovitega sredstva lahko predstavlja skladnost z načelom sorazmernosti;
- prav tako mora biti za doseg želenega ustavno dopustnega cilja poseg primeren, kar pomeni, da je mogoče cilj z ukrepom tudi uresničiti. Zakonodajalec ima pri svojem delovanju zelo široko diskrecijo, ker je pri izbiri ukrepov za doseg cilja omejen samo z Ustavo RS in njenimi načeli, pa vendar o merilu primernosti govorimo tedaj, kadar sta ukrep in cilj vsaj v neki razumni zvezi. Se razume, da morajo biti uporabljena sredstva primerna ukrepom, v smislu razumnega pričakovanja, da bo z njihovo uporabo zastavljen cilj mogoče tudi doseči (Rošic Feguš, 2011, str. 1757—1763);
- zraven omenjenega mora biti vzpostavljeno tudi proporcionalno razmerje med ciljem in sredstvom, ki ga zasledujemo, v smislu tega, da zasledovan cilj ne sme terjati nesorazmerno velikih bremen v primerjavi s pridobljeno koristjo. Ali drugače rečeno, vzpostavljena mora biti prava mera med prizadetostjo posameznikove pravice, ki jo povzroči uporaba sredstev ter med koristjo, pridobljeno z uporabo sredstev v prid skupnosti (Šturm, 1999, str. 105).

Lahko bi rekli, da načelo sorazmernosti predstavlja nepogrešljivo varovalko pravne države, pri čemer naj bodo vse pravice in pravne dolžnosti korelativne. Če posameznik pravice

izvršuje tako, da posega v pravice drugih, je edino smiselno prekoračeno pravico vsebinsko omejiti. Po Pavčniku (2004, str. 44) gre torej za tipiziranje, ki temelji na kvantitativnem sorazmerju med nasprotujočima si pravicama, tako da lahko obe glede na njuno kakovost sobivata.

Upravni organ, ki odloča po prostem preudarku mora med samim postopkom paziti, da se ne bi z njegovimi ukrepi oškodovali posameznikovi interesi. Stanje mora popolno ugotoviti ter z zanesljivostjo izbrati tisto alternativo ali ukrep, ki utegne biti za stranko najprimernejša, se razume sorazmerna s težo ukrepa in dosegljivostjo cilja (Šturm, 1999, str. 129—130). Zakon o upravnem postopku v svojem 7. členu navaja, da se mora organ ravnati po tistem ukrepu, ki je za stranko primernejši oziroma ugodnejši, če se z njim doseže namen predpisa, seveda v tolikšni meri, da stranke hkrati oziroma posledično ne kršijo pravic ostalih subjektov ter pridobljene pravice niso v nasprotju z javno koristjo.

Na tem mestu lahko še omenimo, da mora na podlagi načela sorazmernosti drugostopenjski organ v pritožbenem postopku spremeniti upravno odločbo, ki je sicer pravno pravilna (v materialnem in formalnem smislu), v kolikor bi se izkazalo, da bi se lahko namen, za katerega je bila odločba izdana, izvršil sicer z drugimi, za stranko ugodnejšimi sredstvi. Kadar gre za nesmotrnost uporabe prostega preudarka, je naloga drugostopenjskega organa vselej v odpravi prvostopenjskega akta in v izdaji nove odločbe ter posledično s tem v izbiri za stranko primernejše alternative (Šturm, 1999, str. 133).

Čeprav je načelo sorazmernosti v smiselnem zaporedju hierarhično podrejeno načelu zakonitosti, pa s svojo pomembnostjo prežema celoten nacionalni pravni sistem, saj ga je mogoče najti praktično v vsaki pravni normi - bodisi neposredno, v smislu pravnega določila, kakor tudi posredno pri upoštevanju vzpostavljanja pravnih pravil.

4.3 NAČELO ENAKOSTI

Načelo enakosti lahko opredelimo kot enega temeljnih ustavnih načel. Varuje posameznike pri zagotovitvi enakosti, tako pri postavljanju norm, kakor tudi pri sami uporabi prava. S svojo eksistenco zakonodajalcu tako nikakor ne dovoljuje, da bi v normiranju urejal enake situacije različno (Šturm, 1999, 54—92). Že Ustava v svojem 14. členu jasno zapoveduje, da enakost pred zakonom ni kršena, v kolikor se za enako dejansko stanje uporabi enak pravni predpis in za drugačno dejansko stanje drug pravni predpis. Relevantno je dejstvo, da obravnavanje posameznih subjektov ni prepuščeno samovoljni odločitvi oblastnih organov in da se lahko vsak posameznik zanesa na to, da bo v enakih postopkih z uporabljenimi istimi pravnimi normami obravnavan enako, kakor drugi subjekti z enakimi dejstvi in dokazi. Če pri razlikovanju ni ne stvarnega, ne razumnega upravičenja, je načelo enakosti v trenutku kršeno, seveda lahko vsak posameznik zaščiti svoje interese v pritožbenem postopku. Načelo enakosti se torej odraža tako na abstraktni ravni kakor v konkretnem odločanju v posamičnih primerih (Kerševan, 2008, str. 11).

5 PROSTI PREUDAREK IN NEDOLOČENI PRAVNI POJMI

Splošno načelo pravne varnosti terja, da so pravila ravnanja že vnaprej določljivo opredeljena in zavezujoča tako, da lahko pravni subjekt v primeru nastale dejanske okoliščine slednjo tudi primerno konkretizira in udejanji. Govorimo o primarni dispoziciji kot osrednji sestavini pravnega pravila, katere zasnova temelji na striktnih določilih ravnanja pravnega subjekta (zapovedovanju, prepovedovanju ali dovoljevanju) v določeni situaciji. Vendar pa v naravi prava ni vedno tako, da bi bila stopnja določljivosti venomer striktna, oziroma povsem jasno določljiva. Tedaj govorimo o dispozicijah, ki omogočajo prosti preudarek, ter dispozicijah z nedoločenimi (raztegljivimi) pojmi. Raztegljive pojme lahko opredelimo kot pojme, ki le relativno nedoločeno opisujejo, kako naj se subjekti vedejo oziroma ravnajo v določeni situaciji. Začenši s tem, gre za pojme, ki so vsebinsko soodvisni od okoliščin primera in od izoblikovanih standardov vedenja in ravnanja (ki so spet tako raznoliki in vsebinsko soodvisni od spreminjajočih se dejanskih okoliščin), da jih v pravnih aktih enostavno ni mogoče povsem določljivo opredeliti. Po tej razlagi dajejo le na prvi pogled vtis, da gre za nasprotovanje načeloma pravne predvidljivosti in pravne varnosti, po drugi strani pa terjajo, da je potrebno enake elemente; tako primere kot subjekte, medsebojno uskladiti in ne nazadnje enako pravno obravnavati. Lahko bi rekli, da so raztegljivi pojmi nedoločeni le na abstraktno regulativni ravni, vsebinsko določljivi pa ob snidenju s konkretnim družbenim razmerjem (Pavčnik, 2009, str. 55—58).

Pravni standard je način ponavljajoče razlage nedoločenih pravnih pojmov, ki jim je treba sicer v vsakem posamičnem primeru dati pravi pomen z ugotovitvijo vseh relevantnih okoliščin, če gre v teh okoliščinah za podoben način ravnanja (*modus operandi*). V dispoziciji pravne norme določen pojem ni opredeljen z natančno vsebino, zato je določitev vsebine prepuščena organu odločanja, ki ovrednoti nedoločen pravni pojem tako, da ga oceni glede na konkretni primer (povprečno, »normalno«, tipično ravnanje ipd.). Naloga organa pri vzpostavljanju pravnih standardov je torej sledeča; najprej mora določiti skupino subjektov, na katere naj se pravni standard nanaša, nato opredeliti lastnost, na podlagi katere se ugotavlja povprečnost, ne nazadnje pa tudi poiskati to povprečnost. Iz navedenega sledi, da je pravni standard ustrezen le, če ga adresati uporabljajo pri neredkem oziroma večkratnem pojavu ali lastnosti (Bele, 1992, str. 689—690).

Primer pravnega standarda pri uporabi nedoločenega pravnega pojma »huda nehvaležnost«:

Pojem »huda nehvaležnost« je nedoločena vrednostna količina, ki se šteje kot pravni standard. Pojem hude nehvaležnosti iz 540. člena Obligacijskega zakonika, ki ima za posledico preklic darilne pogodbe obdarjencu, mora biti vsebinsko okvalificiran s takimi ravnanji obdarjenca v odnosu do darovalca, da bi bilo nepravilno, da bi obdarjenec prejeto obdržal. Za preklic ne zadostuje vsako ravnanje obdarjenca, ki bi pomenilo nehvaležnost, ampak mora iti za take vrste dejanja, ki jih je mogoče označiti kot hudo

nehvaležnost. Sama sodna praksa kot hudo nehvaležnost opredeljuje ravnanja, ki so po svoji pomembnosti takšna, da razumno in pravično upravičujejo preklic darila (to opredeljevanje pa pomeni pravni standard). Pri tem je za oceno potrebno opraviti celostno presojo vseh okoliščin in dejanj, ki so potekala med obdarjencem in darovalcem. Tako na primer slab, nekorekten odnos (pa čeprav ponavljajoč) med obdarjencem in darovalcem, verbalna obračunavanja ter žalitve med njima, pomanjkanje komunikacije in stikov ne utemeljujejo preklica darila, saj gre za dejanja, ki ne presegajo meje dopustnosti iz moralnega ter pravnega vidika. Za dejanja, ki so tako zavržna (moralno in pravno), da upravičujejo preklic darila v smislu hude nehvaležnosti, so na primer stalni fizični in verbalni napadi, nevzdržne razmere zaradi slednjega, trajnost in ponavljanje takega ravnanja. Ko sodišče v drugih primerih ugotovi podobna ravnanja (stalni fizični in verbalni napadi, nevzdržne razmere zaradi slednjega, trajnost in ponavljanje takega ravnanja), ki sodijo v okvir hude nehvaležnosti (kot nedoločenega pravnega pojma) uporabi enako odločitev tudi v teh, drugih primerih (pravni standard) (I-Cp 3403/2012).

5.1 BISTVO IN UPORABA NEDOLOČENIH POJMOV

Bistvo nedoločenih pravnih pojmov je v tem, da zakonodajalec v hipotezi pravne norme (se pravi, v opisu abstraktnega dejanskega stanja) uporabi nedoločen pojem takrat, kadar želi z njim zaobjeti vse dejanske dogodke in stanja, ki se med seboj razlikujejo, a imajo neko skupno pomensko vsebino. Gre na primer za pojme, kot so: »javna korist«, »javni interes«, »skrbnost dobrega gospodarja«, »huda nehvaležnost«, »nevzdržnost zakonske zveze«, ipd. (Šinkovec, 2000, str. 547).

Zakonodajalec se poslužuje uporabe nedoločenih pravnih pojmov takrat, kadar ne more vnaprej predvideti vseh konkretnih položajev, ki bi jih želel pravno urediti. Tako upravi prepušča določen prostor presoje in jo pooblašča, da ob upoštevanju vseh bistvenih okoliščin konkretnega primera, presodi in odloči sama na najprimernejši način (Up, 84/94). To pomeni, da od primera do primera razišče potrebno vsebino za razrešitev, pri čemer nato vsebino nedoločenega pravnega pojma vgravira v abstraktno splošno normo za nadaljnjo podlago pri uporabi vseh istovrstnih primerih. S tem pripomore, da so v abstraktnih normah že vnaprej zajeta hipotetična dejanska stanja široke palete življenjskih situacij, na katere naj se norma uporabi (Čebulj in Strmecki, 2006, str. 190—191). Ni pa nujno, da bo sodna presoja venomer omogočila višjo stopnjo varovanja te pravne pravilnosti. Slednja se omeji na presojo vprašanja, ali je upravni organ nedoločen pravni pojem uporabil v skladu z vrednostnimi merili zakona. Seveda mora biti potem toliko bolj strožja presoja spoštovanja pravil postopka, kar ne nazadnje vključuje tehtno in prepričljivo obrazložitev upravne odločbe (Vuksanović, 2008, str. 484).

Na področju nedoločenih pravnih pojmov se srečujemo s pojmom »gotovega« in »negotovega«. Gre za vprašanje, ali je upravni organ neko dejansko dogajanje v življenju ustrezno subsumiral pod nedoločen pravni pojem. Namreč, nekatera dejanska stanja lahko že takoj, na prvi pogled postavimo v pojem nedoločnosti in je zato subsumpcija povsem enostavna, po drugi strani se v praksi srečujemo s situacijami, ko jih je le stežka

predvidljivo subsumirati pod nek nedoločen pojem. V takih primerih nato problem razrešuje upravna in sodna praksa, ki skuša s čim natančnejšo interpretacijo zarisati ustrezno vsebino nedoločenega pojma (s tem oblikuje pravne standarde). Prav tako je njena naloga ocenjevati, kakšen je bil pravzaprav namen pravne norme, ki ga je zakonodajalec zajel pod tak pojem, pri čemer ne gre za oceno po »prostem preudarku«. Ne nazadnje je potrebno omeniti, da je subsumpcija podvržena kontroli postopka v rednih in izrednih pravnih sredstvih, prav tako pa je predmet sodne kontrole v upravnem sporu (Up, 84/ 94).

Na tem mestu lahko omenimo, da stopnja nedoločenosti ne sme biti nikakor previsoka. V nasprotnem primeru bi prišlo do prevelikega nasprotovanja z načeli pravne države o določenosti pravnih norm in posledično do protiustavnega delovanja državnih organov. Pravna teoretika Adamovich in Funk menita, da je raba nedoločenih pravnih pojmov ne samo nujna tehnika pravnega delovanja, temveč je tudi ustavnopravna dopustna oblika zakonskega determiniranja (Kos, 1996, str. 4).

5.2 RAZLIKA MED NEDOLOČENIMI POJMI IN PROSTIM PREUDARKOM

V teoriji je zaslediti vprašanje, ali se nedoločeni pravni pojmi določajo po prostem preudarku ali pa bi jih je potrebno določiti po vsebini, ki izhaja iz namena zakonodajalca. Vsekakor imata omenjena izraza skupni imenovalca, in sicer v smislu zakonodajalčevega prepusta adresatom, da tako pri diskreciji kakor nedoločenih pravnih pojmov sami ugotovijo in najdejo potrebno vsebino, ki je relevantna za odločanje v konkretnem primeru (Bele, 1992, str. 688). Z normo namreč velikokrat ni mogoče doseči pravne perfektnosti, zato se je zakonodajalec v določenih primerih celo zavestno prisiljen zateči k splošnosti norme ali k uporabi nedoločenih pravnih pojmov. K temu pripomore vse preveč dinamično družbeno življenje, ki mu norma vzporedno le stežka sledi, saj bi jo bilo potrebno neprestano spreminjati. Pa tudi zakonodajna dinamika je bolj kot ne počasna in toga ter posledično s tem le stežka predvidi vsa pričakovana razmerja. Na upravnem področju je zato potrebno nedoločene pravne pojme obravnavati v skladu s splošnimi pravnimi pojmi, katerim »pravo« vsebino določi šele organ, ki normo uporablja (Jerovšek, 1992, str. 699—701).

Z nedoločenimi pravnimi pojmi se torej upravnemu organu prepušča odločitev o vprašanju, ki ni določeno s splošno pravno normo, tako da sam razširi razlago le-te, medtem ko se pri diskrecijskemu odločanju organu prepusti, da sploh sam presodi, ali naj neka prepoved oziroma zapoved velja ali ne (Bele, 1992, str. 691). Pri tolmačenju pravnega predpisa pooblaščen organ, ki uporablja pravno normo, zato ne more nikakor svobodno izbirati izmed več alternativami hkrati, tako kot pri diskreciji, temveč lahko uporabi le tisto alternativo, ki je skladna z družbeno voljo zakonodajalca, izraženo v normi. Zraven omenjenega se lahko razlaga, ki jo je uporabil organ za konkreten primer kasneje razširi na vse sorodne primere. Pri prostem preudarku je organ pooblaščen, da izmed več možnimi alternativami izbere tisto, za katero meni, da je najbolj smotrna, pri čemer ga veže namen in obseg zakonskega pooblastila (2. odstavek 6. člena ZUP), hkrati

odločitev, ki jo sprejme nima podlage oziroma »narave prejudica« za prihodnje podobne primere (Kos, 1996, str. 4).

Pri stališčih pravne teorije na omenjenem področju obstaja spor med pravnimi teoretiki. Jurkovič je mnenja, da je potrebno prosti preudarek razumeti kot uporabo nedoločenih pravnih pojmov in da se tako pri uporabi slednjih kakor tudi pri odločanju po prostem preudarku priznava sorazmerno široka diskrecijska pooblastila. Streska upravnemu organu pri nedoločenih pojmih ne priznava vselej pravice do uporabe prostega preudarka. Zagovarja pa stališče, da je pri diskreciji za upravni organ odločujoč javni interes. Še pred tem je seveda potrebno s pravno razlago ugotoviti, ali sploh gre za uporabo prostega preudarka ter v kolikšni meri. Anglosaška, francoska in italijanska upravnopravna doktrina gleda na uporabo nedoločenih pravnih pojmov kot na izvajanje prostega preudarka. Prav tako gleda enako v teh državah na to sodstvo, kadar preverja pravilnost upravnih aktov, ki so bili izdani na podlagi razlage ali z uporabo nedoločenosti. Zanimivo je, da v teh državah nimajo niti v pravni doktrini niti v sodni presoji za te pojme dodelanega posebnega pojmovanja. Nasprotno velja za Švicarsko doktrino nedoločenih pojmov, katere obravnava kot del širokega pojmovanja diskrecije, ob predpostavki, da slednja velja tako kot v že omenjenih doktrinah, tudi pri njih za izvajanje in uporabo nedoločenih pojmov. V najnovejšem času se je z vprašanji o zapolnjevanju nedoločenih pravnih pojmov ukvarjal tudi Jerovšek. Meni, da je javni interes edini nedoločen pravni pojem, ki ga lahko zapolnjujemo po prostem preudarku, vendar tudi le-tega v mejah alternativ, ki še dopuščajo smisel predpisa. Vse ostale nedoločene pojme je potrebno zapolnjevati z vsebinsko razlago, ki izhaja iz namena zakonodajalca. Pri nedoločenosti gre torej za nepravi prosti preudarek, naloga upravnega organa pa je vselej v tem, da pri uporabi predpisa najprej presodi sam, kakšen je bil pravzaprav zakonodajalčev namen (Šturm, 1999, str. 229—234).

Lahko bi rekli, da gre pri nedoločenih pravnih pojmih za »dovolilnico« pristojnemu organu, da da z interpretacijo splošni pravni normi širšo razlago, medtem ko se mu pri diskrecijskemu odločanju prepusti, da sploh sam izbere najprimernejšo odločitev izmed vseh (ali bo npr. podelil kakšno pravico oziroma ne). Ne nazadnje je potrebno omeniti, da je pri diskrecijskemu odločanju adekvaten družbeni interes, zato se vse alternative izvajajo znotraj tega interesa. Ker pa predstavlja družbeni interes nedoločen pravni pojem, bi se naj kot tak popolnjeval po diskreciji, vendar v okviru dopustnih alternativ, ki še izhajajo iz smisla predpisa. Vse ostale nedoločene pravne pojme je potrebno popolnjevati z ustrežno interpretacijsko razlago v povezavi s cilji, ki jih želi doseči zakonodajalec (Jerovšek, 1992, str. 704).

Uporabo prostega preudarka, kakor tudi nedoločenih pravnih pojmov bi lahko v praksi opredelili kot precej praktično, saj zakonodajalec zaradi spreminjajočih se družbenih razmer ne more venomer vnaprej v pravnih normah zaobjeti vseh okoliščin, v katerih se bodo posamezni primeri uveljavljali. Organom je zato na prvi pogled nasprotno načelu zakonitosti omogočeno, da takšno nezmožnost vnaprejšnje določitve razrešijo s splošnostjo in nedoločenostjo pravnih norm.

5.3 JAVNI INTERES KOT NEDOLOČEN PRAVNI POJEM

Iz zgoraj navedenega smo ugotovili, da spada javni interes (korist) pod vrsto nedoločeni pojmov, zato je smiselno nameniti nekaj besed tudi temu pojmu.

Javni interes bi lahko opredelili kot splošno družbeno korist na določenem območju, ki jo določajo predpisi, ali je iz njih izhajajoča ter nadvlada nad koristjo posameznika (Jerovšek, 2009, str. 35). Pri tem velja omeniti, da ZUP javnega interesa/koristi v smislu njegovega bistva podrobneje ne opredeljuje, pa vendar je mogoče v zakonodaji posredno zaslediti njegov namen. Tako je v drugem odstavku 144. člena ZUP navedeno, da gre za nujni ukrep v javnem interesu takrat, kadar obstaja:

- nevarnost za življenje in zdravje ljudi,
- za javni red in mir,
- za javno varnost,
- ali za premoženje večje vrednosti.

Naloga upravnega organa v upravnem postopku je vselej v presoji javnega interesa/koristi v mejah zakona in drugih predpisov, ki temeljijo na zakonu in je iz njih pojasnjen javni interes. V kolikor ne bi bilo določeno, kaj točno predstavlja javni interes, mora upravni organ iz smisla, izhajajočega iz zakona ali drugih predpisov, presoditi oziroma ugotoviti, kaj pravzaprav sodi pod predmet javnega interesa v določenem konkretnem primeru (Androjna, 1985, str. 23).

Upravni organ mora ves čas postopka, se pravi ob uvedbi in med samim postopkom po uradni dolžnosti, gledati na javno korist, še posebej pri odločanju v upravni stvari. Če ugotovi, da bi bilo potrebno glede na obstoječe dejansko stanje za varstvo javnega interesa uvesti upravni postopek, stori to uradoma (126. člen ZUP). Pomembno je, da se med samim postopkom ne oškodujejo pravice strank ali drugih oseb, pa tudi ne javne koristi (Jerovšek, 2009, str. 33).

Iz navedenega smo ugotovili, da se javni interes varuje po uradni dolžnosti. ZUP nadalje našteva in opredeljuje procesne dolžnosti upravnega organa, izhajajoče iz interesa zavarovane javne koristi, po katerih naj se upravni organ ravna med postopkom. Vsekakor je naloga upravnega organa, da pri odločanju o upravnih stvareh med postopkom razreši navzkrižje med javno in zasebno koristjo, pri čemer pravice, ki jih uveljavljajo stranke, ne smejo biti nikakor v nasprotju z javnim interesom. Javna korist ima vselej prednost pred koristjo posameznika (Androjna, 1985, str. 24).

Javni interes lahko opredelimo kot enega najbolj nedoločeni pravnih pojmov, ki ga je potrebno za vsak primer šele ugotoviti in nato v konkretnem primeru vsebinsko napolniti.

V praksi se pogosto pojavi težava, ker v zakonodaji nimamo dovolj natančnih definicij, ki bi podrobneje opredeljevale nedoločene pojme. V takem primeru potlej pristojni organ sam sproti določa njihovo vsebino, pri čemer si pomaga tudi z utrjeno sodno prakso, splošnimi standardi, načeli ipd. Pomembno je, da pristojni organ z uporabo metod razlage nedoločenemu pravnemu pojmu da takšno vsebino, ki bo skladna z Ustavo in zakonom (Debelak in Rakočevič, 2008, str. 58).

Delovanje upravnega organa s pooblastilom za odločanje po prostem preudarku, s hkratno uporabo nedoločene pravne norme bi lahko označili tudi kot kreativno delovanje, ki organu omogoča precejšen manevrski prostor pri samem odločanju, kjer pa v praksi seveda lahko prihaja do zelo vprašljivega diskrecijskega odločanja (Debelak in Rakočevič, 2008, str. 58). Poglavlje lahko zaključimo z mislijo, da je naloga upravnega organa vselej v zagotovitvi javne koristi, ne le pri odločanju po prostem preudarku, marveč v vseh vodenih upravnih postopkih.

6 ZLORABA PROSTEGA PREUDARKA

Pri odločanju po prostem preudarku mora upravni organ preučiti vsak posamičen konkreten primer in z njim zadeti smisel in namen, ki ga dopušča pooblaščajóča pravna norma. Upravni organ mora zato dani prosti preudarek uporabiti v okviru oziroma v skladu z namenom danega mu pooblastila. Če se pri njegovi odločitvi ne bi ravnal po namenu, temveč le po sklepanju z razlogi, ki jih z zakonsko normo ni mogoče upravičiti, govorimo o zlorabi.

Nemška pravna doktrina gleda na zlorabo prostega preudarka iz različnih vidikov. Med najbolj očitne primere prišteva:

- samovoljo, pri kateri prosti preudarek ni izveden na podlagi zakonskega namena, temveč jo določajo osebni in čustveni interesi upravnega organa (pristranskost, podkupljivost, namen škodovanja, prepirljivost, zmedenost ...);
- samovolja se lahko odraža tudi na način, kadar ni prišlo do nikakršnih subjektivnih napak, a je bila izdana odločba objektivno protipravna. Pod to navedbo lahko štejemo napačno dosežen resnični normativni namen pooblaščajóče norme ter napačno uporabljene ustavnopravne vrednote (človeška zmota);
- pod zlorabo lahko prištejemo prav tako protipraven zaključek izdane odločbe, ki se ne opira na resnično stvarne okoliščine v dani situaciji;
- zmotno vrednotenje uporabljene pravne norme pri tehtanju posameznih interesov,
- pa tudi, če vrednotenje sploh ni bilo izvedeno (izpad tehtanja) ter v primerih, ko v vrednotenju niso bili v celoti upoštevani vsi vidiki za odločitev (deficit tehtanja, kjer posamezni interesi niso pridobili na pripadajoči teži, kakor tudi v primerih z napačno uporabljeno oceno tehtanja) (Šturm, 1999, str. 219—221).

6.1 PREKORAČITEV POOBLASTILA

Pri uporabi prostega preudarka je pomembno predvsem to, da upravni organ pri izdaji odločbe ostane v mejah pooblastila, določenih v zakonu. Pravna zmota ali namenoma uporabljena pravna posledica, ki ne izhaja iz pravilno uporabljene pravne norme, predstavlja prekoračitev diskrecijskega pooblastila. Prekoračitev lahko predstavljajo tudi nekatere druge napačno uporabljene pravne norme, splošna pravna načela, pa tudi splošna ustavna načela (npr. načelo sorazmernosti). Če pogledamo zadevo natančneje, bi lahko rekli, da pravne nepravilnosti ne gre tretirati samo pri prekoračitvi diskrecijskega pooblastila, temveč je takšno ravnanje povsem v nasprotju z veljavnim pravnim redom. Relevantno v pravnem smislu je dejstvo, da se upravni organ ravna vselej v skladu s pooblaščajóčo pravno normo, določeno v zakonu. (Šturm, 1999, str. 219).

7 PRAVICE POSAMEZNIKOV IN PREIZKUSI ODLOČB, IZDANIH NA PODLAGI PROSTEGA PREUDARKA

7.1 PREIZKUS ODLOČBE DRUGOSTOPENJSKEGA ORGANA

Vsakomur je zajamčena pravica do pritožbe zoper odločbo, s katero je bilo v upravnem postopku odločeno o njegovi pravici, obveznosti ali pravni dolžnosti. Posamezniki s pritožbo uveljavljajo varstvo svojih pravic, zajamčenih neposredno z Ustavo (Androjna, 1992, str. 205).

Pritožba se vložijo I. stopenjskemu organu, ki je izdal izpodbijano odločbo v 15. dneh od vročitve, naloga I. st. organa je:

1. v presoji procesnih predpostavk ali tako imenovanih formalnih pogojev, ki zadevajo vložitev pritožbe:
 - ali je po zakonu pritožba sploh dovoljena,
 - jo je vložila upravičena oseba,
 - ali pritožba sovпада s pritožbenim rokom.
2. oziroma v izdaji nadomestne pritožbe (kadar gre za utemeljeno pritožbo, kjer ni potrebe po izvedbi novih ali dopolnitvenih ugotovitvenih oziroma dokaznih postopkov), pri kateri je možnost vložitve vnovične pritožbe.

Kadar prvostopenjski organ meni, da je bila njegova odločitev zakonita in zato ne izda nadomestne odločbe, pošlje pritožbo v pritožbeni postopek II. stopenjskemu organu najkasneje v 15. dneh. Na tej stopnji se nato prične pritožbeni postopek.

Glede odločbe, izdane po prostem preudarku je naloga organa II. stopnje v presoji zakonitosti uporabljenega materialnega predpisa. Spoznati mora:

- ali gre pri izdaji odločbe I. stopenjskega organa za prekoračitev meje pooblastila po prostem preudarku, ki mu ga naloga materialni predpis (247. člen ZUP);
- ali da I. stopenjski organ ni izdal odločbe po prostem preudarku v skladu z namenom, za katerega mu je bilo pooblastilo dano (namen je prav tako že določen z materialnim predpisom, odločitev upravnega organa pa mora biti vselej skladna z namenom pooblastila, ki mu daje pravico diskrecijskega odločanja);
- ter ali je I. stopenjski organ uporabil prosti preudarek nesmotrno. O nesmotrnosti govorimo tedaj, kadar je I. stopenjski organ sicer izdal pravilno odločbo (se razume, v mejah pooblastila in v skladu z namenom, s katerim mu je bilo pooblastilo dano), ki je pravno mogoča, vendar pa se je izkazalo, da bi lahko izdal za stranko primernejšo

oziroma smotrnejšo odločbo (252. člen ZUP). V takem primeru potem II. stopenjski organ ne vrne zadeve v vnovično odločanje I. stopenjskemu organu, temveč reši o stvari sam (Jerovšek, 2009, str. 30).

7.2 UPRAVNASODNA PRESOJA PROSTEGA PREUDARKA

Upravni spor lahko opredelimo kot sredstvo sodnega nadzora nad zakonitostjo dokončnih konkretnih upravnih aktov. Že v 23. členu Ustave RS je določeno, da ima vsakdo zagotovljeno pravico, da o njegovih pravicah in dolžnostih odloča neodvisno, nepristransko in z zakonom ustanovljeno sodišče. Prav tako Ustava v svojem 22. členu RS določa, da je vsakomur zagotovljeno enako varstvo njegovih pravic v postopku pred sodiščem. Sodno varstvo v upravnem sporu zoper dokončne upravne akte pa ne nazadnje opredeljuje še 157. člen Ustave RS. Na tem mestu lahko omenimo, da sodno varstvo posameznikovih pravic v upravnem sporu ureja Zakon o upravnem sporu - ZUS.

O zakonitosti v upravnem sporu tako sodišče odloča glede:

- dokončnih upravnih aktov (2. člen ZUS),
- posamičnih aktov in dejanj, s katerimi organi posegajo v človekove pravice in temeljne svoboščine posameznika, če v postopku ni zagotovljenega drugega sodnega varstva (4. člen ZUS),
- aktov, izdanih v obliki predpisa, če urejajo posamična razmerja (5. člen ZUS),
- aktov volilnih organov za volitve v državni zbor, državni svet in volitve predsednika države (12. člen ZUS),
- ter drugih aktov samo, če tako določa zakon in če se z njim posega v pravni položaj tožnika (2. člen ZUS).

Upravni spor se prične v trenutku, ko sodišče prejme formalno popolno tožbo. Tožba se vložijo le pisno v 30. dneh od vročitve dokončnega akta iz upravnega postopka. Vendar ima upravno sodišče v samem preizkusu zakonitosti odločbe po prostem preudarku nekoliko ožja pooblastila. Zakon o upravnem sporu namreč v 2. odstavku 27. člena 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.« To ne nazadnje pomeni, da sodišče ne more preizkusiti smotrnosti uporabe prostega preudarka, ker je njegova eksplicitna naloga v sami presoji zakonitosti, in sicer v smislu prekoračitve meja in namena diskrecijskega pooblastila. Same smotrnosti odločbe sodišče torej ne more preizkusiti, če je bila le-ta izdana v še dopustnem obsegu zakonskih meja. Nasprotno velja za ustavni načeli enakosti (14. člen Ustave) in enakega varstva pravic (22. člen Ustave), kjer sodišče uporablja smotrnost v smislu presoje, ali je bilo diskrecijsko pooblastilo

uporabljeno v enakih oziroma primerljivih primerih tudi povsem enako ali primerljivo uporabljeno (Jerovšek, 2009, str. 31). Zraven omenjenega upravno sodišče preizkuša smotrnost uporabe prostega preudarka v okviru načela sorazmernosti, kjer presoja, ali so bile sprejete odločitve sorazmerne z dopustnimi cilji (Jerovšek, 1996, str. 1108).

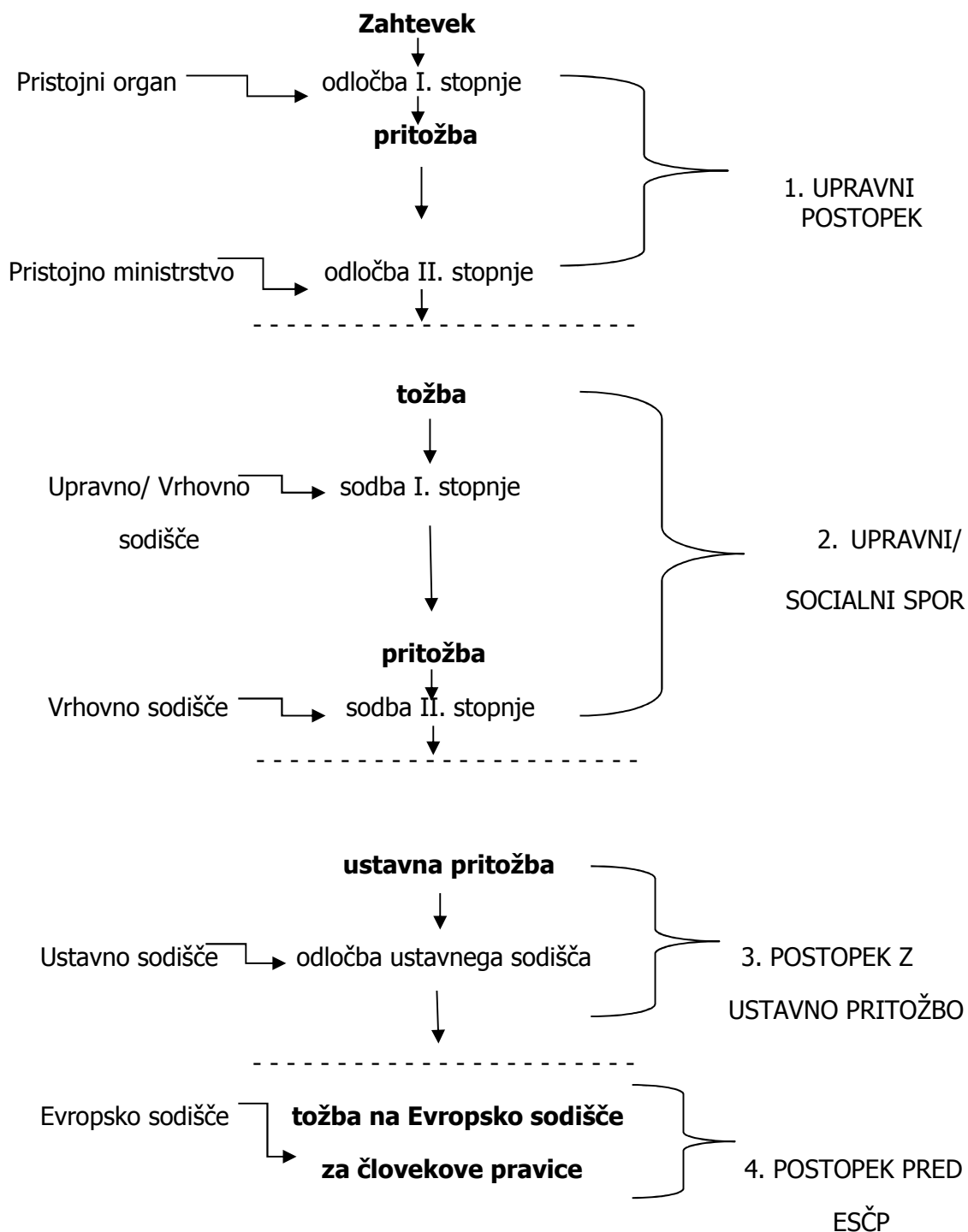
7.3 USTAVNOSODNA PRESOJA PROSTEGA PREUDARKA

Ustavno pritožbo lahko opredelimo kot predmet sodnega varstva, katera pride v poštev, v kolikor bi prišlo do kršitev z ustavo zajamčenih človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Ustava že v svojem 160. členu daje pravico vložiti ustavne pritožbe, sicer pa sam postopek podrobneje ureja Zakon o ustavnem sodišču (ZUstS). Ustavna pritožba je dopustna zoper pravnomočno odločbo sodišča, na podlagi katere je bil zaključen upravni spor ali kakšen drug sodni postopek, praviloma v 60-ih dneh od same vročitve posamičnega akta. Ustavno pritožbo je mogoče vložiti le po izčrpanju vseh rednih pravnih sredstev, le izjemoma poprej, če bi bila kršitev, ki je zatrjevana očitna in bi v izvršitvenem postopku posamičnega akta za pritožnika morebiti nastale težko popravljive posledice (Jerovšek in Kovač, 2010, str. 290).

Pri preizkusu varstva ustavnih pravic ustavno sodišče na podlagi pooblastila po prostem preudarku preizkuša njegovo prekoračitev v smislu, ali je bilo le-to uporabljeno v skladu z načelom sorazmernosti. Prav tako je dolžno ugotoviti, ali je bilo diskrecijsko pooblastilo resnično upravičeno podeljeno ter v kolikor, ali je morebiti poseglo v temeljne ustavne pravice. Naloga ustavnega sodišča je torej vselej v zagotovitvi temeljnih človekovih pravic v samem okviru njihove ustavne dopustnosti (Jerovšek, 2009, str. 31).

7.4 POTEK PRITOŽBE OD UPRAVNEGA POSTOPKA DO POSTOPKA USTAVNE PRITOŽBE

Slika 1: Potek pritožbe od upravnega postopka do postopka ustavne pritožbe



Vir: lasten, slika 1

8 OBRAZLOŽITEV ODLOČBE, IZDANE PO PROSTEM PREUDARKU

Temelj vsakega dispozitiva odločbe je v njegovem tehtnem, pa tudi prepričljivo obrazloženem kontekstu. Dispozitiv odločbe mora biti popoln, kratek, a vendarle določljivo utemeljen na način, iz katerega je mogoče povsem jasno razvideti odločitev konkretne upravne stvari, na podlagi katere je bilo razsojeno. Dispozitiv odločbe mora tako izhajati že iz samega materialnega predpisa, na katerega se opira celotna obrazložitev ugotovljenega dejanskega stanja (Androjna, 1985, str. 192). Obrazložitev odločbe lahko nadalje opredelimo kot omejevanje nadrejene oblasti v smislu nepristranskosti odločanja in objektivnega preudarjanja upravnega organa. Gre za zavezo poglobljenega ugotavljanja in dokazovanja dejanskega stanja na podlagi pogojev materialnega predpisa.

Glede na sam obseg obrazložitve upravne odločbe razlikujemo med popolno in skrajšano obrazložitvijo (v preprostih zadevah manjšega pomena pri katerih nihče ne ugovarja postavljenemu zahtevku), pa tudi odločbo brez obrazložitve. Slednja se lahko uporabi le v upravnih stvareh manjšega pomena, kadar se ugotovi strankinemu zahtevku in sama odločitev ne posega v javno ali kakršnokoli drugo korist.

Obvezni elementi, opirajoči se na popolno obrazložitev odločbe po 214. členu ZUP so:

- kratek povzetek zahtevkov strank,
- ugotovljeno dejansko stanje, vsebujoče vseh temeljnih dokazov,
- opirajoči razlogi za utemeljitev posameznih dokazov ugotovljenega dejanskega stanja,
- navedba materialnih predpisov, ki na podlagi ugotovljenega stanja narekujejo takšno odločitev,
- razlogi v primeru zavrženega zahtevka strank,
- navedba člena predpisa, če pritožba ne zadrži izvršitve odločbe.

Odločba, izdana po prostem preudarku mora ne nazadnje v obrazložitvi vsebovati še razloge za diskrecijsko odločitev, iz katerih je povsem jasno razvidno, da je upravni organ ravnal v mejah pooblastila in v skladu z namenom, za katerega mu je bilo pooblastilo dano (5. odst. 214. člena ZUP). Pri odločanju ne gre nikakor za samovoljno dejanje in pravno nevezanost, temveč temelji celotno preudarjanje na podlagi zakona. Ustavno sodišče je navedlo, da beseda »lahko« v obrazložitvi potrjenega namena zakonodajalca zadostuje za uporabo diskrecijskega odločanja. Tudi v primeru zavrnitve odločbe je potrebna v obrazložitvi navedba neizpolnjenih pogojev, tako da lahko stranka v primeru nestrinjanja odločitve sproži upravnosodno kontrolo zakonitosti oziroma ustavnosodno kontrolo po izčrpanju vseh pravnih sredstev. Vsakdo ima pravico, da so v odločbi navedeni razlogi, s katerimi je pristojni organ odločil na določen način. Tudi tisti, katerim prizadeti ni ugovarjal (Šturm, 1999, str. 234—240).

Bistveno merilo organa pri odločanju po prostem preudarku je torej navedba vseh razlogov in predpisov, ki so ga pripeljali do končno ugotovljenega dejanskega stanja. Prav

tako mora odločba vsebovati predpis, ki mu daje pravico do tako imenovanega diskrecijskega odločanja.

Če še enkrat na kratko povzamemo; za odločanje po diskreciji je potrebno ugotoviti popolno dejansko stanje, v obrazložitvi navesti vsa dejstva, pripomorana za pravilno in zakonito odločitev, utemeljujoče dokaze obstoja teh dejstev ter navedbe presojenih dokazov, ki negirajo. Zraven omenjenega pa sodišče pri preverjanju zakonitosti odločbe po prostem preudarku zahteva od organa še njegovo navedbo ocene zakonskega dejanskega stanja, stanje stvari, ki so pomembna za pravilno in zakonito odločbo, utemeljujoče dokaze navedenih dejstev ter preudarke vodenega postopka. Pomembna je predvsem razpoznavna meril in premislekov, ki so upravni organ vodili pri odločanju in ga pripeljali do končno ugotovljenega dejanskega stanja (Šturm, 1999, str. 234—240).

9 PROSTI PREUDAREK NA PRIMERU PRIDOBITVE DRŽAVLJANSTVA PO SLOVENSKEM PRAVU

Državljanstvo bi lahko opredelili kot pravno povezanost posameznika z določeno državo. Državljanstvo pomeni pravni položaj fizične osebe v razmerju do države in njenim veljavnim pravnim redom. Ta položaj se očituje v smislu pravic in obveznosti, ki jih ima posameznik do države in obratno. Vsaka država določi, pod kakšnimi pogoji bo štela posameznika za svojega državljana ter na kakšen način je mogoče pridobiti njeno državljanstvo. Zakon, ki pri nas ureja temeljna vprašanja v zvezi z državljanstvom, je Zakon o državljanstvu Republike Slovenije (ZDRS) (Debelak in Rakočević, 2008, str. 67–71).

Načine pridobitve državljanstva Republike Slovenije opredeljuje 3. člen ZDRS, in sicer:

1. po rodu (kar pomeni, da otrok sledi državljanstvu svojih staršev, ne glede na to, kje se je rodil. Zakon predvideva več vrst pridobitve slovenskega državljanstva po rodu, in sicer: avtomatično pridobitev državljanstva, pridobitev s priglasitvijo ter pridobitev s posvojitvijo (MNZ, 2013),
2. z rojstvom na območju Republike Slovenije,
3. z naturalizacijo,
4. po mednarodni pogodbi.

Odločanje organa po prostem preudarku lahko najbolje povežemo s pridobitvijo državljanstva na podlagi naturalizacije. Za slednjo ločimo dva postopka pridobitve državljanstva, in sicer: reden in izreden postopek.

9.1 PRIDOBITEV DRŽAVLJANSTVA NA PODLAGI REDNE NATURALIZACIJE

Državljanstvo Republike Slovenije se lahko pridobi tudi z naturalizacijo. Naturalizacija je način postopka za pridobitev slovenskega državljanstva na podlagi volje posameznika, ki jo izrazi z vlogo pristojnemu organu, ki o njej odloča. Gre za pravico tujca, ki se je z dolgoletnim stalnim prebivanjem na območju RS že tako dobro adaptiral v okolje, da je pripravljen sprejeti njen celoten ustavni in pravni red v najvišjem pomenu. Za vzpostavitev obojestranskega pravnega, pa tudi političnega odnosa med državo in tujcem, so določeni obvezni kriteriji, na podlagi katerih se presoja o podelitvi državljanstva. Pomembno je, da tujec s svojim vedenjem dokaže obstoj vseh relevantnih pogojev, ki so odločilni za ugotovitev o upravičenosti podelitve slovenskega državljanstva (MNZ, 2013).

O prošnji za podelitev državljanstva odloča pristojni organ po prostem preudarku. Sprejem tujca v državljanstvo torej ne moremo tretirati kot pravico, temveč možnost, ob predpostavki, da posameznik izpolnjuje vse predpisane pogoje, pri tem je potrebno ne nazadnje upoštevati še javni (nacionalni) interes, ki je pred interesom posameznika (MNZ, 2013).

Kdor želi pridobiti državljanstvo na podlagi naturalizacije, mora podati pristojnemu organu vlogo, ki o njej odloči. Zakon o državljanstvu Republike Slovenije v 10. členu določa: »Pristojni organ **lahko** osebo, ki zaprosi za naturalizacijo, po prostem preudarku sprejme v državljanstvo Republike Slovenije, če je to v skladu z **nacionalnim interesom**.«

Z naturalizacijo se lahko pridobi državljanstvo RS, če prosilec (apatrid) izpolnjuje naslednje pogoje 10. člena Zakona o državljanstvu Republike Slovenije (ZDRS), in sicer:

1. polnoletnost,
2. ima odpust iz prejšnjega državljanstva, ali pa dokaže, da ga bo dobil, če bo sprejet v državljanstvo Republike Slovenije,
3. živi v Sloveniji 10 let, od tega neprekinjeno 5 let pred vložitvijo prošnje in ima urejen status tujca,
4. ima trajen vir dohodka, ki zagotavlja materialno in socialno varnost njemu in osebam, ki jih je dolžen preživljati,
5. obvlada slovenski jezik na osnovni ravni, kar dokaže s spričevalom o uspešno opravljenem izpitu,
6. ni bil pravnomočno obsojen na nepogojno zaporno kazen, daljšo od treh mesecev ali da mu ni bila izrečena pogojna obsodba na zaporno kazen s preizkusno dobo, daljšo od enega leta,
7. da mu ni bila izrečena odpoved bivanja v Republiki Sloveniji,
8. da za državljanstvo Republike Slovenije ne predstavlja nevarnosti za javni red, varnost ali obrambo države,
9. ima poravnane davčne obveznosti,
10. in ne nazadnje poda prisego o spoštovanju svobodnega demokratičnega reda, ki je opredeljen v ustavi Republike Slovenije.

Kot že omenjeno, pristojni organ na podlagi naturalizacije odloča po prostem preudarku. Namen diskrecijskega pooblastila za pridobitev državljanstva je varovanje nacionalnega interesa. Tako mora organ raziskati vse relevantne pogoje, ki so pomembni za pridobitev državljanstva, obenem pa lahko kljub izpolnjevanju vseh navedenih pogojev prošnjo zavrne, če bi bila le-ta v nasprotju z nacionalnim interesom. »Nacionalni interes« je nedoločen pravni pojem in predstavlja namen danega pooblastila, zato se vse alternative izvajajo znotraj tega interesa. Odločitev mora biti sprejeta v skladu z namenom, pri tem se mora organ ravnati še po primerljivosti že izpeljanih odločitev v enakih primerih. Organ je pooblaščen, da v zadostni meri preuči vse dejavnike, predvsem je pomembno to, da se s podelitvijo državljanstva ne bi ogrozilo varnosti za javni red ali obrambo države. Četudi prosilec (apatrid) izpolnjuje vse relevantne pogoje za pridobitev državljanstva, pa bi se izkazalo, da predstavlja nevarnost za javni red in mir, mora pristojni organ po prostem preudarku prošnjo zavrniti, obenem pa njegovo odločitev v odločbi tudi primerno obrazložiti (Debelak in Rakočević, 2008, str. 81–82).

V primeru U1266/93 je bila tožnikova vloga za sprejem v državljanstvo Republike Slovenije zavrnjena. V upravnem postopku je bilo namreč ugotovljeno, da je bil tožnik že večkrat obravnavan za različna kazniva dejanja, ne nazadnje celo obsojen na kazen zapora v trajanju več kot 6 let. Ker je bila s tem kršena 6. točka 1. odstavka 10. člena ZDRS, tožena stranka na podlagi tega več ni ugotavljala ostalih pogojev iz 10. člena omenjenega zakona, temveč izdala negativno odločbo. Po presoji sodišča je v izpodbijani odločbi tožena stranka pravilno ugotovila, da tožnik ne izpolnjuje zakonskega pogoja po 10. členu ZDRS. Državljanstvo RS po naturalizaciji lahko pridobi oseba le, če med drugim izpolnjuje pogoj, da ni bila obsojena na zaporno kazen, daljšo od enega leta za kaznivo dejanje, če je to dejanje kaznivo po predpisih njene države, kakor tudi po predpisih Republike Slovenije. Ker pa je bil tožnik obsojen na zaporno kazen daljšo od enega leta in s tem posledično ne izpolnjuje z zakonom določenih pogojev za sprejem v državljanstvo RS ter je bila izdana odločba tožene stranke torej zakonita, je sodišče tožbo kot neutemeljeno zavrnilo.

Z izpodbijano sodbo I up 1171/99 je Sodišče I. stopnje zavrnilo tožnikovo tožbo o prošnji za sprejem v državljanstvo Republike Slovenije, saj le-ta ni izpolnjeval pogoja po 4. točki 1. odstavka 10. člena ZDRS. Oseba, ki zaprosi za sprejem v državljanstvo RS, mora namreč med drugim izpolnjevati pogoj trajnega vira preživljanja, in sicer najmanj v znesku, ki omogoča njeno materialno in socialno varnost. Za slednjo se štejejo naslednji pogoji: da je oseba redno zaposlena, višina njenih dohodkov ustreza višini, ki jo določa Uredba o določitvi zajamčenega osebnega dohodka, prejema pokojnino, ne glede na višino, če je bila le-ta določena v Republiki Sloveniji, prejema kakšen drug trajen vir preživljanja, ali pa jo je po Zakonu o zakonski zvezi in družinskih razmerjih dolžan preživljati kdo drug. Ker v tem primeru o tožnikovem (ki se sicer niti redno ne šola) prejemanju drugega trajnega vira preživljanja ne zadostuje dokaz o izjavi volje njegovih staršev o preživljanju, je Vrhovno sodišče tožbo kot neutemeljeno zavrnilo ter potrdilo sodbo Sodišča I. stopnje.

V primeru U 1054/92 je tožena stranka zavrnila tožnikovo vlogo za pridobitev državljanstva RS z redno naturalizacijo po 10. členu ZDRS, saj je bilo v upravnem postopku po uradnih evidencah ugotovljeno, da je tožnik še vedno prijavljen za stalno bivanje v Sloveniji, dejansko pa živi v Švici. Posledično ne izpolnjuje pogojev iz 3. točke 1. odstavka 10. člena ZDRS, saj zadnjih 5 let pred vložitvijo prošnje dejansko ni živel neprekinjeno v RS. Tožena stranka zaradi tega neizpolnjenega pogoja nadalje ni ugotavljala ostalih pogojev iz 1. odstavka 10. člena ZDRS, temveč tožnikovo vlogo zavrnila. Tožnik se s tem ne strinja in v tožbi navaja, da je bilo dejansko stanje popolnoma napačno ugotovljeno; ima prijavljeno stalno prebivališče v Republiki Sloveniji, občasno dela tudi v Švici, vendar pa začasnega bivališča tam ne potrebuje. Meni, da je tožena stranka zato preuranjeno izdala negativno odločbo. Slednja se opira na irelevantnost stalnega bivališča RS, saj mora biti prosilec v RS dejansko fizično prisoten. Po presoji Sodišča je tožena stranka kršila določbe ZUP, saj tožene stranke ni zaslišala ter v celoti izvedla dokazovanja. V ponovnem postopku bo zato morala slednje v celoti raziskati oziroma izvesti. Ker so bila pravila postopka kršena, je Sodišče tožbi ugodilo ter odpravilo izpodbijano odločbo.

9.2 PRIDOBITEV DRŽAVLJANSTVA NA PODLAGI IZREDNE NATURALIZACIJE

Zraven zgoraj navedenega rednega postopka naturalizacije, poznamo tudi izredno naturalizacijo, ki omogoča posamezniku pridobitev slovenskega državljanstva le, če predstavlja za državo določeno korist na področju znanstvenih, gospodarskih, kulturnih, nacionalnih in podobnih dosežkov, vendar pod pogojem, da posameznik pred vložitvijo prošnje živi v Sloveniji neprekinjeno vsaj leto dni, je polnoleten, ima urejen status tujca in izpolnjuje pogoje iz 4., 6., 8., 9. in 10. točke prvega odstavka 10. člena omenjenega zakona (ZDRS, 13. člen). Tudi v tem primeru organ odloča po prostem preudarku, vendar se za pridobitev slovenskega državljanstva ne zahteva izpolnitve vseh pogojev navedenih v 13. členu omenjenega zakona. Vlada Republike Slovenije je dolžna na podlagi mnenja pristojnega resornega organa predhodno ugotoviti obstoj relevantnih pogojev, ki so potrebni za pridobitev državljanstva (MNZ, 2013).

V primeru U750/93 je tožnik izpodbijal navedeno odločbo tožene stranke, s katero je želel pridobiti slovensko državljanstvo na podlagi izredne naturalizacije. Toženec je njegovo zahtevo po 13. členu ZDRS zavrnil ravno iz razloga, ker je Vlada RS ugotovila, da v njegovem primeru ne obstaja interes države, čeprav je tožnik, ki je sicer znanstveni raziskovalec, želel ustanoviti inštitut za arheologijo bližnjega vzhoda, kar bi iz znanstvenih razlogov seveda pomenilo določeno korist države. Po mnenju Ministrstva za znanost in tehnologijo je bilo ugotovljeno, da se tožnikovo področje ne uvršča v programsko strategijo slovenske arheologije, zraven omenjenega o tožnikovi stroki ni bilo mogoče presojati, ker v vlogi ni predložil bistvenih dokazil, s katerimi bi se ocenila njegova znanstvena teža dosedanjega raziskovalnega dela. Ker je Sodišče ugotovilo, da je bil postopek izveden v skladu z zakonom, prav tako je pristojni organ izdal negativno mnenje, namreč ni bilo razlogov za ugoditev tožnikove tožbe.

9.3 PRIDOBITEV DRŽAVLJANSTVA Z OLAJŠAVAMI

Ne nazadnje je potrebno omeniti še omilitve, na podlagi katerih lahko pristojni organ po prostem preudarku posamezniku podeli slovensko državljanstvo pod blažjimi pogoji. Omilitve po 12. členu Zakona o državljanstvu RS (ZDRS) veljajo za:

- osebe, ki so poročene s slovenskim državljanom najmanj 3 leta, živijo v Sloveniji neprekinjeno vsaj leto dni, imajo urejen status tujca ter izpolnjujejo pogoje iz 1., 2., 4., 5., 6., 7., 8., 9. in 10. točke prvega odstavka 10. člena tega zakona (ti pogoji veljajo prav tako za vse nadaljnje naštetе točke);
- osebe, ki so izgubile slovensko državljanstvo na podlagi odpusta ali odreka in živijo v Sloveniji pred vložitvijo prošnje neprekinjeno 6 mesecev ter imajo urejen status tujca;
- osebe, ki so slovenski izseljenci ali njihove potomce do četrtega kolena v ravni črti, če živijo v Sloveniji vsaj leto dni pred vložitvijo prošnje in imajo urejen status tujca;
- osebe, ki imajo status begunca, priznanega po zakonu o azilu in pred vložitvijo vloge živijo v Sloveniji neprekinjeno 5 let;
- osebe, ki so v Sloveniji obiskovale in zaključile najmanj visokošolski študij, živijo v Sloveniji najmanj 7 let, od tega neprekinjeno vsaj leto dni ter imajo urejen status tujca.

Sprejem tujca v slovensko državljanstvo predstavlja lep primer delovanja upravnega organa na podlagi uporabe prostega preudarka. Podelitev državljanstva torej ne moremo tretirati kot pravico vsakega posameznika, temveč kot njegovo možnost. Upravni organ »lahko« tujcu podeli slovensko državljanstvo, če izpolnjuje vse predpisane pogoje, ali pa njegovo vlogo zavrne, kljub izpolnjevanju le-teh, če bi se izkazalo, da predstavlja nevarnost za javni red ali obrambo države. Upoštevati je potrebno javni (nacionalni) interes, ki je pred interesom posameznika.

9.4 RAZVELJAVITEV NEKATERIH DOLOČB STAREGA ZAKONA O DRŽAVLJASTVU RS

V postopku za oceno ustavnosti je Ustavno sodišče z dne 10. 12. 1992 odločilo, da sta zakonski določbi glede pravne vezanosti upravnega organa pri odločanju po prostem preudarku v neskladju z ustavo. Pobuda za oceno ustavnosti je bila podana po mnenju pobudnikov zaradi neupravičene diskrecijske pravice pristojnega organa za odločanje o pridobitvi državljanstva v primeru 13. a ter 41. člena ZDRS, saj lahko organ po lastni oceni državljanstvo podeli ali ne, zakon pa glede tega ne določa nobenih kriterijev. Možnost odločanja po prostem preudarku daje Zakon o splošnem upravnem postopku, kjer je določeno, da mora biti upravna odločba, v katerih je organ pooblaščen odločati po prostem preudarku, izdana v mejah pooblastila in v skladu z namenom, za katerega mu je

pooblastilo dano. Ustavno sodišče je odločilo, da iz izpodbijanih določb zakona ni razviden oz. ugotovljiv namen, zakaj je organ dobil pooblastilo za diskrecijsko odločanje in je posledično s tem prizadeta tudi ustavna pravica do učinkovitega pravnega sredstva, saj v morebitnem upravnem sporu sodišče tako nima zakonskega kriterija, po katerem bi lahko presojalo, ali je bil tak namen pri diskrecijskem odločanju spoštovan. V zakonu bi moral biti namreč določen namen, ki se ga morajo držati upravni organi, ko po prostem preudarku odločajo o pridobitvi državljanstva. Ustavno sodišče je upoštevalo, da ima pri odločanju o državljanstvu diskrecija vpliv na uresničevanje procesnih ustavnih pravic zlasti iz 120. (legalitetno načelo) ter 25. člena (pravica do pravnega sredstva) Ustave RS, s katerima sta izpodbijana člena neskladna. Pri diskrecijskih odločitvah morajo biti v obrazložitvi razpoznavni premisleki upravnega organa oz. biti spoznavna merila presoje, ki so bila uporabljena pri diskrecijskem odločanju. Upravni organi morajo navesti bistvene razloge za odločitev po prostem preudarku. Ustavno sodišče je oba izpodbijana člena razveljavilo, saj prizadeta oseba ne more v primeru vložitve pravnega sredstva učinkovito le-tega utemeljiti v primeru zavrnitve prošnje, zaradi česar nima dovolj možnosti, da v upravnem sporu uspe. Ustavno sodišče je diskrecijsko odločanje organov v postopkih pridobitve državljanstva le-to omejilo samo na primere, kjer sicer gre za odločanje po prostem preudarku, vendar pa vsebuje zakonska formulacija obenem tudi namen in okvir pooblastila, prav tako pa tudi naštetih merila in kriterije, ki morejo biti zraven tega izpolnjeni (U-I-69/92).

V sedaj veljavnem ZDRS (Ur. l. RS, št. 24/2007) ima organ pooblastilo za diskrecijsko odločanje v 10. členu, ko gre za presojo, ali je sprejem v državljanstvo v nacionalnem interesu (polje lastne presoje, organ mora ugotoviti dejansko stanje in okoliščine, navesti dokaze ter obrazložiti nosilne razloge, ki so ga vodili do njegove odločitve) ob izpolnjevanju meril in kriterijev, ki so naštetih v nadaljevanju navedene določbe. Iz omenjenega člena izhajata tako namen in obseg pooblastila, posledično pa je onemogočena samovolja pristojnega organa pri samem odločanju. Pristojni organ ravna tako po prostem preudarku v skladu z nacionalnim interesom, pri tem pa mora prosilec izpolnjevati vse predpisane pogoje (Kos, 1996, str. 3).

10 ZAKLJUČEK

Hipotezo, »*Obstoj prostega preudarka je nujno potreben za delovanje instituta pravne države*«, lahko potrdimo z dejstvom, da v pravnih normah ni mogoče vnaprej predvideti vseh mogočih situacij, v katerih se bodo upravni subjekti znašli. Že res, da je normiranje elementarni del pravne varnosti, pa vendar vseh konkretnih primerov ne gre venomer vnaprej predvideti, določiti, pa tudi ne povsem ustrezno pravno urediti. K temu največ botrujejo vse preveč dinamične in spreminjajoče družbene razmere, ki jim pravna norma z enako dinamiko le stežka sledi, saj bi jo bilo potrebno posledično neprestano spreminjati. V takih primerih nato situacijo razrešuje pooblaščaajoči upravni organ, katerega naloga po prostem preudarku je v izbiri izmed več alternativnih rešitev tiste odločitve, ki lahko uresniči javni interes na najbolj adekvaten način. Seveda mora biti takšna odločitev v skladu z vsaj tremi strogimi pogoji, in sicer; da je prosti preudarek določen že v samem zakonu, da je odločba izdana v mejah pooblastila ter v skladu z namenom, s katerim je bilo upravnemu organu pooblastilo dano.

Brez metode abstraktnega normiranja, bi lahko bilo konkretno določenih primerov na tisoče, pa vendar v pravnih normah še vedno ne bi morali zaobjeti vseh življenjskih situacij. Uporaba prostega preudarka mora biti zato v pravnem urejanju vsekakor prisotna, vendar se le-te ne sme razumeti kot arbitrarne presoje, marveč presoje, ki ima legalno podlago v samem zakonu, obenem mora biti takšna odločitev tudi ustrezno pravno utemeljena. V kolikor bi se izkazalo, da prosti preudarek ni bil upravičeno podeljen, ali pa se upravni organ ne bi ravnal po namenu pooblastila, temveč le po sklepanju z razlogi, ki jih z zakonsko normo ni mogoče upravičiti, je izdan pravni akt nezakonit. Seveda je v takem primeru vsakemu prizadetemu posamezniku omogočeno ustrezno pravno uveljavljanje njegovih pravic in interesov pred pristojnim institutom.

Delovanje upravnih organov po prostem preudarku je v celoti podvrženo načelu zakonitosti kot jamstvo varovanja pravne varnosti in nepristranskosti odločanja v upravnih zadevah. Slednje narekuje izdajo odločbe v mejah pooblastila in v skladu z namenom, s katerim je bilo upravnemu organu pooblastilo dano, prav tako se je potrebno venomer manevrirati po celotnem prostoru zakonskih pravil upravnega postopka. Prosti preudarek je neposredno povezan tudi z načelom sorazmernosti, ki se ga mora organ pri samem delovanju vsekakor oklepati, v smislu izbere za stranko najprimernejšega ukrepa, če se z njim seveda doseže namen predpisa, prav tako pridobljene pravice niso v nasprotju z javno koristjo. Ne nazadnje je potrebno omeniti še načelo enakosti, ki odraža svoj temelj v zagotavljanju enakega obravnavanja vseh posameznikov, pa ne le pri vzpostavljanju pravnih norm, marveč odločanju v vseh posamičnih primerih.

Posebej zanimiv je tudi preizkus smotrnosti izdane odločbe, kjer se ugotavlja, ali je pristojni organ v dani situaciji resnično izbral najprimernejšo odločitev izmed vseh. Na tem mestu lahko omenimo, da je upravno sodišče pri presoji aktov izdanih po prostem preudarku bolj omejeno kot drugostopenjski organ, saj preizkuša akt le v smislu

prekoračitve meja in namena diskrecijskega pooblastila, nikakor pa ne v smislu smotrnosti, saj se sodišče pri presoji giblje v okviru dopustnih zakonskih meja. Smotrnost lahko preizkuša le na podlagi ustavnega načela enakosti in enakega varstva pravic, kjer ugotavlja, ali je bilo diskrecijsko pooblastilo v enakih primerih tudi enako pravno uporabljeno, pa tudi v okviru presoje sorazmernosti, kjer ugotavlja, ali so bile sprejete odločitve sorazmerne z dopustnimi cilji. Tudi ustavnosodna presoja sodišč se omejuje na načelo sorazmernosti, hkrati pa je njihova eksplicitna naloga v zagotovitvi ustavno dopustnih človekovih pravic in temeljnih svoboščin.

Utemeljitev hipoteze, »*Diskrecijska pravica je praktična, saj prepušča organu izbiro izmed več dopustnimi alternativami, vendar pa ta izbira nikakor ne izhaja iz samovoljnega delovanja upravnega organa*«, lahko opredelimo z drugim odstavkom 6. člena Zakona o upravnem postopku, kjer je določeno, da mora biti v upravnih zadevah, v katerih je organ upravičen odločati po prostem preudarku, odločba izdana v mejah pooblastila in v skladu z namenom, za katerega mu je pooblastilo dano, namen in obseg pooblastila pa določa zakon ali predpis lokalne skupnosti, ki vsebuje pooblastilo za odločanje po prostem preudarku. Pri uporabi prostega preudarka je organ torej vezan na sam obseg in namen pooblastila, določenega v pravnem aktu. Pooblastilo za odločanje je predvsem dikcija, da pristojni organ »lahko« ali »sme« priznati neko pravico. Upravni organ ima pri odločanju na podlagi prostega preudarka, pri istem dejanskem stanju na razpolago več alternativnih odločitev (npr. strankinemu zahtevku ugodi ali ga zavrne), pri čemer so vse pravno pravilne, vendar mora upoštevati in delovati v skladu z danim pooblastilom, ki mu ga daje zakonska norma ter z obsegom in namenom danega pooblastila. Če upravni organ pri odločanju na podlagi prostega preudarka ne upošteva teh elementov (pooblastilo, meje pooblastila ter namen pooblastila), je izdani akt nezakonit. Eksistenco dela upravnega organa torej postavljajo zakonski okviri, preko katerih ne more in ne sme iti.

Upravno odločanje na podlagi prostega preudarka je sorodno z uporabo nedoločenih pravnih pojmov. Uporaba nedoločenih pravnih pojmov pomeni uporabo materialnega prava, pri čemer jim vsebino, ki v normi ni natančno precizirana, določi organ, ki odloča v konkretni zadevi. Pri določanju te vsebine mora organ ugotoviti vse relevantne okoliščine. Pri nedoločenih pojmih gre za elastične pojme, ki jih torej pomensko zapolnjuje organ ob reševanju določenih življenjskih primerov. Pri odločanju po prostem preudarku pa gre za možnosti različnih alternativ (zakonitih, v kolikor so izpolnjeni elementi zakonitosti) na podlagi ugotovljenega dejanskega stanja. Prosti preudarek daje torej organu večjo svobodo pri odločanju, v enaki funkciji se lahko pojavljajo tudi nedoločeni pravni pojmi. Zakonodajalec bo v neko normo vnesel pooblastilo za uporabo prostega preudarka ali nedoločene pravne pojme, kadar se ne da vnaprej natanko predvideti vseh mogočih življenjskih situacij, ki lahko nastanejo na posameznem področju pravnega normiranja.

LITERATURA IN VIRI

LITERATURA

- Androjna, Vilko (1985). *Upravni postopek in upravni spor*. ČZ Uradni list SRS, Ljubljana.
- Bele, Ivan (1992). *Zapolnjevanje nedoločenih pravnih pojmov v kazenskem pravu*. Podjetje in delo. Letn. 18, št. 6, str. 687—693.
- Beran, Jaromir (1999). *Pravni terminološki slovar*. ZRC SAZU, Ljubljana.
- Čebulj, Janez, Strmecki, Mik (2006). *Upravno pravo*. Fakulteta za upravo, Ljubljana.
- Gaspari, Milan (1991). *O pojmu pravne države*. Teorija in praksa. Letn. 28, št. 10/11, str. 1318—1325.
- Grad, Franc, Kaučič, Igor, Ribičič, Ciril, Kristan, Ivan (1996). *Državna ureditev Slovenije*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana.
- Grafenauer, Božo, Breznik, Božo (2005). *Upravni postopek in upravni spor*. GV Založba, Ljubljana.
- Grafenauer, Božo, Ivanc, Tjaša, Brezovnik, Boštjan (2010). *Upravni postopek in upravni spor*. Pravna fakulteta, Maribor.
- Jerovšek, Tone (1992). *Zapolnjevanje nedoločenih pravnih pojmov v upravnem pravu*. Podjetje in delo. Letn. 18, št. 6, str. 699—705.
- Jerovšek, Tone (1996). *Pravica do prostega preudarka*. Podjetje in delo. Letn. 22, št. 5/6, str. 1100—1109.
- Jerovšek, Tone (2009). *Upravno procesno pravo*. Fakulteta za državne in evropske študije, Kranj.
- Jerovšek, Tone, Kovač, Polonca (2010). *Upravni postopek in upravni spor*. Fakulteta za upravo, Ljubljana.
- Jurkovič, Joso (1936). *Svobodni preudarek*. Ponatis iz zbirke znanstvenih razprav pravne fakultete, Ljubljana.
- Jurkovič, Joso (1938). *O svobodnem preudarku*. Ponatis iz slovenskega pravnika. Let. 52, št. 11/12, Ljubljana.
- Kaučič, Igor, Grad, Franc (2003). *Ustavna ureditev Slovenije*. GV Založba, Ljubljana.
- Kečanović, Bećir (2007). *Spoznalni vidiki policijske diskrecije*. Pravna praksa. Leto 26, št. 23, str. 13—14.
- Kerševan, Erik (2008). *Uporaba materialnega prava pri odločanju v rednem upravnem postopku z vidika temeljnih načel pravne države*. Zbornik znanstvenih razprav. Letn. 68, str. 129—150.
- Kos, Borivoj (1996). *Diskrecijska pravica: Dana pristojnemu organu le na podlagi zakonske norme*. Pravna praksa. Št. 1, str. 1—5.
- Kušej, Gorazd, Pavčnik, Marijan, Perenič, Anton (1986). *Uvod v pravoznanstvo*. ČZ Uradni list SRS, Ljubljana.
- Novak, Marko (2010). *Uvod v pravo*. Evropska pravna fakulteta, Nova Gorica.
- Pavčnik, Marijan (2001). *Teorija prava*. Cankarjeva založba, Ljubljana.

- Pavčnik, Marijan (2004). *Argument pravne države*. Pravniki. Letn. 59, št. 4/6, str. 129–139.
- Pavčnik, Marijan (2004). *Argumentacija v pravu*. Cankarjeva založba, Ljubljana.
- Pavčnik, Marijan (2004). *Načelo sorazmernosti*. Pravna praksa. Letn. 23, št. 38/39, str. 44–45.
- Pavčnik, Marijan, Cerar, Mirko, Novak, Aleš (2006). *Uvod v pravoznanstvo*. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana.
- Perenič, Anton (1993). *Pravo*. Državna založba Slovenije, Ljubljana.
- Perenič, Anton (2010). *Uvod v razumevanje države in prava*. Fakulteta za varnostne vede, Univerza v Mariboru, Ljubljana.
- Perenič, Anton, Juhart, Miha, Grilc, Peter, Kuzma, Bernarda, Igličar, Albin (2002). *Uvod v pravo*. DZS, Ljubljana.
- Radbruch, Gustav (1980). *Filozofija prava- Rechtsphilosophie*, Nolit, Beograd.
- Rošič Feguš, Verona (2011). *Kriteriji načela sorazmernosti v ustavnosodni presoji Ustavnega sodišča RS ter sodni praksi Sodišča EU*. Podjetje in delo. Letn. 37, št. 8, str. 1752–1769.
- Skubic, Nataša (2007). *Prosti preudarek*. Pravna praksa. Leto 26, št. 26, str. 30.
- Steska, Henrik (1941). *Svobodni preudarek, javni interes pa zakonitost*. Ponatis zbirke znanstvenih razprav juridične fakultete XVII, Ljubljana.
- Strojini, Tone (1995). *Eseji o ustavi*. Enotnost, Ljubljana.
- Šinkovec, Janez (1996). *Pravna, demokratična in socialna država*. ČZP Enotnost, Ljubljana.
- Šinkovec, Janez (2000). *Pravni vidiki politike in gospodarstva*. Teorija in praksa. Letn. 37.3/2000, str. 547.
- Šturm, Lovro (1999). *Omejitev oblasti*. Nova revija, Ljubljana.
- Šturm, Lovro (2007). *Vežanost uprave na zakon*. Javna uprava. Letn. 43., št. 1, str. 35–60.
- Tominc, Bernarda, Zekovica, Radomir (2010). *Policijska diskrecija v kontekstu anglo-ameriškega izročila o vladavini prava*. Varstvoslovje. Letn. 12, št. 3, str. 313–325.
- Vuksanović, Igor (2008). *Politična diskrecija v upravnem sporu*. Pravniki. Letn. 63, št. 9/10, str. 479–516.
- Vuksanović, Igor (2009). *Posebne oblike diskrecijskega odločanja*. Javna uprava. Letn. 45, št. 3, str. 43–75.
- Wedam Lukić, Dragica (2008). *Načelo sorazmernosti kot kriterij ustavnosodne presoje*. Zbornik znanstvenih razprav. Letn. 68, str. 261–284.

INTERNETNI PRAVNI VIRI

- Ministrstvo za notranje zadeve (2013). Državljanstvo. Privzeto 5. 12. 2013 iz: http://www.mnz.gov.si/si/mnz_za_vas/tujci_v_sloveniji/drzavljanstvo/.
- Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije, št. U-I-69/92, z dne 9. 12. 1993 (Uradni list RS, št. 4/94 - OdlUS II,118). Privzeto 15. 9. 2013 iz: <http://odlocitve.us-rs.si/usrs/us-odl.nsf/o/8868EF23B6B3145CC125717200280BB1>.

- Odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije, št. Up-84/94, z dne 11. 7. 1996 (OdlUS V,184). Privzeto 14. 9. 2013 iz: <http://odlocitve.us-rs.si/usrs/usodl.nsf/bcaf0777a0b458cac12579c30036ecff/61b5302f478850aec1257bd700392cb9?OpenDocument>.
- Sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, št. I Up 1171/99, z dne 10. 10. 2002. Privzeto 10. 12. 2013 iz: [http://www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa/search.php?q=G%205/2008&database\[SOVS\]=SOVS&_submit=i%EF%BF%BD%C3%A8i&order=code&direction=desc&page=0&moreLikeThis=1&id=17393](http://www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa/search.php?q=G%205/2008&database[SOVS]=SOVS&_submit=i%EF%BF%BD%C3%A8i&order=code&direction=desc&page=0&moreLikeThis=1&id=17393).
- Sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, št. U 1054/92, z dne 11. 3. 1993. Privzeto 10. 12. 2013 iz: http://www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa/vrhovno_sodisce_rs/11182/.
- Sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, št. U 1266/93, z dne 29. 6. 1994. Privzeto 12. 11. 2013 iz: http://www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa/vrhovno_sodisce_rs/13929/.
- Sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, št. U 750/93, z dne 29. 6. 1994. Privzeto 12. 11. 2013 iz: <http://www.sodisce.si/vsrs/odlocitve/13919/>.
- Sodba VSL, št. I-Cp 3403/2012, z dne 10. 7. 2013. Privzeto 11. 12. 2013 iz: [http://sodnapraksa.si/?q=huda%20nehvale%C5%BEnost&database\[SOVS\]=SOVS&database\[IESP\]=IESP&database\[VDSS\]=VDSS&database\[UPRS\]=UPRS&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&page=0&id=2012032113058914](http://sodnapraksa.si/?q=huda%20nehvale%C5%BEnost&database[SOVS]=SOVS&database[IESP]=IESP&database[VDSS]=VDSS&database[UPRS]=UPRS&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&page=0&id=2012032113058914).
- VSK sodba I-Cp 1002/2004, z dne 24. 1. 2006. Privzeto 11. 12. 2013 iz: [http://sodnapraksa.si/?q=pravni%20standard&database\[SOVS\]=SOVS&database\[IESP\]=IESP&database\[VDSS\]=VDSS&database\[UPRS\]=UPRS&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&page=0&id=37239](http://sodnapraksa.si/?q=pravni%20standard&database[SOVS]=SOVS&database[IESP]=IESP&database[VDSS]=VDSS&database[UPRS]=UPRS&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&page=0&id=37239).

ZAKONODAJA

- (1991). Ustava RS (URS). Ur. list RS, št. 33I/1991, 33I/1991-I-UZIU, 42/1997, 66/2000, 24/2003, 69/2004, 69/2004, 69/2004, 68/2006, 47/2013, 47/2013.
- (2006). Zakon o splošnem upravnem postopku (ZUP-UPB2). Ur. list RS, št. 24/2006, 105/2006-ZUS-1, 126/2007, 65/2008, 47/2009 Odl.US: U-I-54/06-32 (48/2009 popr.), 8/2010, 82/2013.
- (2006). Zakon o upravnem sporu (ZUS-1). Ur. list RS, št. 105/2006, 26/2007 Skl.US: U-I-69/07-9, 122/2007 Skl.US: U-I-264/05-23, U-I-181/07, Up-2126/07-10, 65/2008 Odl.US: U-I-98/07-27, 119/2008 Odl.US: U-I-69/07-36, 54/2009 Odl.US: Up-1782/08-16, U-I-166/08-8, 107/2009 Odl.US: U-I-147/08-16, Up-1547/08-17, 14/2010 Odl.US: U-I-303/08-9, 62/2010, 14/2011 Skl.US: U-I-55/09-8, Up-257/09-10, 93/2011 Odl.US: U-I-16/10-10, Up-103/10-12, 98/2011 Odl.US: U-I-181/09-15, Up-860/09-14, Up-222/10-14, 109/2012.
- (2007). Zakon o državljanstvu Republike Slovenije (ZDRS-UPB2). Ur. list RS, št. 24/2007.
- (2007). Zakon o ustavnem sodišču (ZUstS-UPB1). Ur. list RS, št. 64/2007, 108/2007 Skl.US: U-I-259/07-10, 109/2012, 19/2013 Skl.US: U-I-60/11-7, Up-349/11-7.