

**UNIVERZA V LJUBLJANI  
FAKULTETA ZA UPRAVO**

**Diplomsko delo**

**PRAVICA DO PROSTEGA PREUDARKA**

**Tadeja Smukovič**

**Ljubljana, oktober, 2011**



**UNIVERZA V LJUBLJANI**  
**FAKULTETA ZA UPRAVO**

DIPLOMSKO DELO

**PRAVICA DO PROSTEGA PREUDARKA**

Kandidatka: Smukovič Tadeja

Vpisna številka: 04036188

Študijski program: Visokošolski študijski program uprava I. stopnja

Mentor: doc. dr. Pečarič Mirko

Ljubljana, oktober 2011



## **IZJAVA O AVTORSTVU DIPLOMSKEGA DELA**

Podpisana Tadeja Smukovič, študentka visokošolskega študijskega programa uprava I. stopnja, z vpisno številko 04036188, sem avtorica diplomskega dela z naslovom Pravica do prostega preudarka.

S svojim podpisom zagotavljam, da:

- je predloženo delo izključno rezultat mojega lastnega raziskovalnega dela,
- sem poskrbela, da so dela in mnenja drugih avtorjev oz. avtoric, ki jih uporabljam v predloženem delu, navedena oz. citirana v skladu s fakultetnimi navodili,
- sem poskrbela, 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 pridobila vsa dovoljenja za uporabo avtorskih del, ki so v celoti prenesena v predloženo delo in sem to tudi jasno zapisala v predloženem delu,
- se zavedam, da je plagiatstvo – predstavljanje drugih 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 plagiatstvo 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«.

Ljubljana, 14. 10. 2011

Podpis avtorice:



## POVZETEK

Pravica do prostega preudarka. Mnogi se ob tem pojmu vprašajo, kaj točno sploh pomeni. Pojavljajo se dvomi v njegovo nujnost pri odločanju na podlagi prostega preudarka. V diplomski nalogi sem skušala pojem opredeliti tako, da je razumljiv tudi tistim, ki na tem področju niso najbolj izobraženi in predvsem dokazati, da je prosti preudarek nujno potreben pri sprejemanju odločitev upravnih organov predvsem zato, ker so okoliščine od primera do primera različne in ker noben zakon ni tako nastavljen, da zajame vse primere v vseh možnih okoliščinah. Prosti preudarek je seveda omejen. Omejitve sem podrobno prikazala tudi v nadaljevanju. Bistvena je omejitev z zakonom in namenom. V praksi prihaja seveda do kršitev in zlorabe prostega preudarka. Za to obstajajo tudi primerne sankcije, ki so tudi obrazložene v nadaljevanju diplomskega dela. Da bi bil pojem čim bolj razumljiv, sem njegovo uporabo prikazala na primerih. To je na primeru pridobitve državljanstva, inšpekcijskem nadzoru in pri pridobitvi orožne listine.

Kot nekakšen razlog za nastanek prostega preudarka so navedeni tudi nedoločeni pojmi. Tu gre za pojme, ki so uporabljeni v zakonu in niso razdelani za posamične primere, ampak so zelo posplošeni. Povezava s prostim preudarkom pa nastane zato, ker si upravni organi po lastni presoji, seveda v meji namena, takšne pojme potem tudi razlagajo. Se pravi da uporabljajo prosti preudarek. Če še enkrat povzamem najpomembnejše, gre pri prostem preudarku za pravico organa, da med več možnostmi izbere tisto, ki se mu v danih okoliščinah zdi najbolj primerna, vendar ne smemo pozabiti, da je pri izbiranju med temi možnostmi, organ omejen z zakonom, namenom in drugimi zakonskimi določili.

Ključne besede: preudarek, diskrecija, zakonitost, zakon, omejitev, smotrnost

## **SUMMARY**

### **DICTIONARY POWER**

The dictionary power. Many people often ask themselves what the term defines. There are certain doubts concerning its necessity when decisions are taken based on the discretionary right. The purpose of my diploma thesis is to present the discretionary right in such a way that it is understood also by those who are not so educated. Furthermore, the goal is also to prove that the discretionary right is essential in the decision-making process of administrative authorities because circumstances of each case are different and none of the acts is established in such a way that it contains all cases in all possible circumstances. The discretionary right is restricted. These restrictions are presented in details as well. Two basic restrictions are legal restriction and purpose restriction. In practice we face infringement and abuse of the discretionary right. Sanctions that follow are introduced in the paper as well. In order to illustrate the definition I used it in practical situations: acquisition of citizenship, inspection and acquisition of firearm licence.

The diploma indicates undetermined terms as a reason for the discretionary right occurrence. These are the terms that are used in the law but are not divided according to individual cases. They are just generalized. Their connection to the discretionary right appears because administrative authorities, at their discretion, interpret such terms. In other words, they use the discretionary right. To sum it up we can conclude that the discretionary right is the right of an authority to choose one among other possibilities that seems most appropriate in present circumstances. It is important to know that the authority has legal restriction, purpose restriction and other legal provision restrictions.

Key words: discretionary right, discretion, regularity, law, restriction, efficiency



# KAZALO VSEBINE

<b>IZJAVA O AVTORSTVU DIPLOMSKEGA DELA</b> .....	<b>I</b>
<b>POVZETEK</b> .....	<b>III</b>
<b>SUMMARY</b> .....	<b>IV</b>
<b>KAZALO VSEBINE</b> .....	<b>V</b>
<b>1 UVOD</b> .....	<b>1</b>
<b>2 OPREDELITEV POJMA</b> .....	<b>3</b>
<b>3 IZVOR POJMA IN SINONIMI</b> .....	<b>5</b>
3.1 Terminološka opredelitev pojma.....	6
3.2 Nedoločeni pravni pojmi kot razlog za nastanek prostega preudarka.....	6
<b>4 POSEBNE OBLIKE DISKRECIJSKEGA ODLOČANJA</b> .....	<b>8</b>
4.1 Politična diskrecija.....	8
4.2 Upravna diskrecija.....	9
4.3 Administrativna diskrecija .....	10
<b>5 NAMEN PROSTEGA PREUDARKA</b> .....	<b>11</b>
<b>6 MEJE PROSTEGA PREUDARKA</b> .....	<b>12</b>
<b>7 ZLORABA PROSTEGA PREUDARKA</b> .....	<b>14</b>
7.1 Upravni nadzor .....	14
7.2 Sodni nadzor .....	15
7.3 Pravice posameznika v primeru kršitve diskrecijskega pooblastila .....	16
7.3.1 Pritožba .....	16
7.3.2 Upravni spor .....	16
7.4 Preizkus odločb izdanih na podlagi prostega preudarka .....	17
<b>8 PROSTI PREUDAREK V DRUGIH EVROPSKIH DRŽAVAH</b> .....	<b>18</b>
8.1 Anglosaški pravni red .....	18
8.1.1 Oblika sodnega nadzora.....	18
8.1.2 Nadzor zakonitosti .....	18
8.1.3 Presoja nerazumnosti.....	19
8.1.4 Posebnosti .....	19
8.2 Švicarski pravni red .....	20
8.3 Francoski pravni red.....	20
8.3.1 Sodna presoja .....	21
8.3.2 Zloraba prostega preudarka.....	21
8.3.3 Intenzivnost sodne presoje.....	22
8.4 Avstrijski pravni red.....	22

8.4.1	Obrazložitev aktov izdanih po prostem preudarku .....	22
8.4.2	Sodna presoja .....	23
8.5	Nemški pravni red .....	23
8.5.1	Razlogi za drugačne poglede na prosti preudarek .....	24
8.5.2	Funkcionalne oblike .....	24
8.5.3	Sodna presoja .....	25
8.5.4	Prekoračitev pooblastila.....	26
8.5.5	Zloraba pooblastila.....	26
<b>9</b>	<b>PROSTI PREUDAREK V POVEZAVI Z OSTALIMI PRAVNIMI NAČELI.....</b>	<b>27</b>
9.1	Načelo zakonitosti .....	27
9.2	Načelo sorazmernosti .....	27
9.3	Načelo enakosti.....	28
<b>10</b>	<b>PRIMERI UPORABE PROSTEGA PREUDARKA .....</b>	<b>29</b>
10.1	Inšpekcijski nadzor.....	29
10.1.1	Zin – Zakon o inšpekcijskem nadzoru .....	29
10.1.2	Prosti preudarek pri inšpekcijskem nadzoru.....	30
10.2	Pridobitev državljanstva .....	30
10.2.1	Načini pridobitve državljanstva.....	30
<b>11</b>	<b>ZAKLJUČEK.....</b>	<b>34</b>
	<b>LITERATURA IN VIRI .....</b>	<b>36</b>

Kot prvo, sem v diplomski nalogi pojem »prosti preudarek« skušala čim bolj približati in podrobno obrazložiti vsem, ki o njemu še niso bili nikoli seznanjeni. Zato sem navedla glavne značilnosti prostega preudarka, izvor samega pojma in njegovi sinonimi, kako se prosti preudarek uporablja konkretno v postopkih, kakšne so njegove omejitve in vse ostalo kar je pomembno, da pojem »prosti preudarek čim bolj približam bralcem.

Predmet raziskovanja moje diplome je bila torej pravica do prostega preudarka, ki jo drugače imenujemo tudi diskrecijska pravica. Ker sem ugotovila, da je mnogim neznan in si ga napačno razlagajo, sem se odločila ta pojem podrobno raziskati. Velika večina ljudi meni, da je uporaba prostega preudarka neprimerna pri odločanju upravnih organov in gledajo nanj kot le na eno pravico več, ki jo upravni organi imajo. Največja težava pa je v tem, da za mnoge prosti preudarek ne predstavlja nič dobrega, ali drugače povedano, mnogi mislijo, da na podlagi prostega preudarka, upravni organi odločajo kakor se jim zahoče.

V diplomu sem skušala dokazati dve hipotezi, in sicer kot prvo to, da ko je upravnemu organu dodeljena pravica do uporabe prostega preudarka, to nikakor ne pomeni tega, da sedaj lahko upravni organ odloča po svoji volji, saj so vsi upravni organi pri svojem odločanju vedno in povsod močno vezani na zakon in s tem omejeni. To sem skušala natančneje prikazati z omejitvami pravice do prostega preudarka in ugotovila, da se od primera do primera razlikuje. Kot drugo pa sem hotela potrditi hipotezo, da je uporaba prostega preudarka oz. diskrecijska pravica nujno potrebna pri odločanju vseh upravnih organih.

V diplomu sem med pisanjem uporabila deskriptivno metodo, s katero sem podrobno zgolj opisala in obrazložila pojem prostega preudarka, komparativno metodo, ki sem jo uporabila, ko sem primerjala navadno upravno odločanje in odločanje po prostem preudarku ter iskala razlike med njima, primarno analizo, ki jo razumemo kot analizo ustave, zakonov in predpisov in sekundarno analizo, kamor pa spada analiza člankov, knjig in ostale literature, ki sem jo uporabila pri pisanju diplome.



## 2

## OPREDELITEV POJMA

Pojem »prosti preudarek« lahko opredelimo s pomočjo Pravnega leksikona Cankarjeve založbe, ki navaja, da je prosti preudarek pravica državnega organa, da v tistih primerih, ko vseh pravno pomembnih dejanskih okoliščin ni mogoče določiti, organ sam presodi in pretehta katera odločitev je v posameznem primeru najbolj ustrezna, da se v neki meri zadovolji javni interes. Seveda pa, da organ ve kaj je v javnem interesu, mora biti le-ta opredeljen v zakonu (Skubic, 2007, str. 30).

Drugo razlago pojma lahko najdemo tudi v Verbinčevemu slovarju tujk, ki pa pravi, da je prosti preudarek oz. diskrecijska pravica tista pravica nekega upravnega organa, da v določenem primeru ukrepa ali dokončno odloči po svoji lastni presoji. Po tem lahko sklepamo, da organ v bistvu opravlja v neki meri funkcijo zakonodajalca, saj si sam postavlja neka vrednostna pravila in norme, ki jih sicer v zakonu ni, po njih pa na koncu odloča (Jerovšek, 1992, str. 1100).

Ti dve razlagi nas dokaj zmedejo, zato je za čim bolj natančno predstavbo pojma prosti preudarek pomembno to, da si zapomnimo bistvene značilnosti tega pojma, in sicer, da gre za odločanje med več možnostmi, za ocenjevanje, presojo in razsojanje upravnih organov, ki odločajo o nekih upravnih zadevah, da je organ, ki odloča vedno in povsod omejen na zakonska določila in da mora pri svojem izbiranju, presojanju in odločanju med različnimi alternativami vedno upoštevati javno korist (Šturm, 1996, str. 499 – 502).



### 3

## IZVOR POJMA IN SINONIMI

Pojava prostega preudarka je povezan z idejo o sodnem nadzoru nad pravno pravilnostjo delovanja upravnih organov, ta pa se je prvič začela uveljavljati v anglosaškem pravnem sistemu že leta 1598.

Na evropskem kontinentu pa so bile razmere drugačne. Povod za vse je bilo to, da so velike monarhije pustile zelo velik pečat v upravnem pravu, saj so imele zelo široko področje prostega preudarka. To pomeni da so vsi upravni organi bili ozko omejeni pri svojem odločanju, ker je bilo pravnih predpisov, ki so urejali njihovo delovanje zelo malo. Delovanje upravnih organov po načelu zakonitosti je bila opredeljena zgolj tako, da le-ti niso smeli delovati proti zakonu (Šturm, 1996, str. 140).

Sčasoma je načelo zakonitosti začelo dobivati bolj pomembno vlogo in to je pomenilo vse večjo pravno vezanost uprave. S tem se je povečalo tudi število zakonov in zakonodajnih organov in oblikoval se je nov sistem razmerja uprava – pravo. Dana je bila zahteva, da se tako za upravo, kot za sodstvo uporablja enaka mera prava, kar pa je močno spremenilo poglede na takratno pravno ureditev. To se je kazalo predvsem v tem, da se je uveljavilo načelo o polni zakonitosti uprave (Šturm, 1996, str. 141).

Ker zaradi vsega tega upravičenost upravnih organov ne izhaja več iz same narave uprave temveč iz upravnih norm, pa je bilo prosti preudarek potrebno urediti tako, da je bil v skladu s pravno vezanostjo upravnega delovanja. V mnogih ureditvah se prosti preudarek še dosti pojavlja, vendar pa se v pravnih predpisih in tudi v teoriji vse bolj zožuje (Šturm, 1996, str. 141).

Kot že vemo se morajo upravni organi pri svojem odločanju vedno opirati na zakonske določbe. Dandanes je zakonodaja in predvsem praksa prosti preudarek močno omejila, vendar je vredno omeniti tudi to, da so upravni akti, izdani po prostem preudarku pravno vezani. Za vse takšne akte veljajo pri izdajanju zakonske določbe o upravnem postopku, možna je sodna kontrola takšnih aktov in seveda je za izdajo teh aktov potrebno izrecno pooblastilo upravnemu organu (Šturm, 1996, str. 141).

### **3.1 TERMINOLOŠKA OPREDELITEV POJMA**

Pravici do prostega preudarka pravimo tudi diskrecijska pravica. Pojem diskrecija je prevzet po francoščini »discretion«, izhaja pa iz latinske besede »discretio«, ki pomeni premišljeno razločevanje. V slovenskem jeziku poznamo za prosti preudarek ve različnih izrazov, kot so »diskrecija«, »diskrecijska pravica«, ali »diskrecijsko pooblastilo« (Skubic, 2007, str. 30).

Starejši slovenski avtorji, kot so Steska in Jurkovič, so za prosti preudarek uporabljali tudi izraze, kot so »svobodni preudarek«.

Različne izraze za prosti preudarek uporabljajo tudi v hrvaškem in srbskem jeziku. Tu se uporabljajo izrazi »diskreciona ocjena« ali »slobodna ocjena«. Tu je potrebno omeniti, da Krbek Ivo, avtor dela »Diskreciona ocjena«, ki je temelj razumevanja prostega preudarka meni, da je izraz »diskreciona ocjena« primernejši od izraza »slobodna ocjena«. Temu je tako, ker meni, da beseda »slobodna« preveč izraža samovoljo organa (Krbek, 1937, str. 236).

V nemški teoriji se uporabljajo izrazi kot so »das freie Ermessen«, ki pomeni prosti preudarek, včasih pa tudi samo »Ermessen«. Francozi uporabljajo izraz »le pouvoir discretionnaire«, ki pomeni diskrecijsko oblast, ali »la competence discretionnaire«, ki pomeni diskrecijsko pooblastilo (Šturm, 1996, str. 500).

Pravna teorija v Angliji in Ameriki pa uporablja izraze kot so »discretion« ali »discretionary power« (diskrecijska oblast) (Šturm, 1996, str. 500).

### **3.2 NEDOLOČENI PRAVNI POJMI KOT RAZLOG ZA NASTANEK PROSTEGA PREUDARKA**

Kadar zakonodajalec ne more vnaprej predvideti vseh možnih situacij, določi uporabo prostega preudarka za organ, ki v danem primeru odloča. Podobno je tudi pri urejanju zakonskih norm, le da se tu uporabljajo in vstavljajo nedoločeni pravni pojmi (Kos, 1996, str. 3).

Nedoločene pravne pojme najdemo v upravnem in v civilnem ter kazenskem pravu. Zlasti v kazenskem pravu je takih pojmov veliko, na primer »utemeljen sum«, »utemeljena nevarnost«, s področja notranjih zadev najdemo nedoločene pojme, kot so »javna korist«, »javni interes«, »varstvo javnega reda in miru«, »težko popravljiva škoda« in podobno. Gre za pojme, ki so predvsem zelo posplošeni in nikakor ne veljajo zgolj in samo za en primer, ampak je na podlagi takih pojmov organom prepuščena pravica, da sami presodijo glede na okoliščine in vse dejavnike, katero določitev sprejmejo (Kos, 1996, str. 4).

Ravno zaradi te svobode pri odločanju anglosaška, francoska in italijanska upravnopravna doktrina na uporabo teh pojmov gledajo kot na uporabo prostega preudarka. Vendar pa teoretiki upravnega prava menijo, da gre pri uporabi nedoločenih pravnih pojmov



predvsem za pravno vezanost. Bistvena razlika med nedoločenimi pravnimi pojmi in prostim preudarkom je ta, da pri nedoločenih pravnih pojmi organ, ki proučuje normo, ne more svobodno izbirati med več različnimi možnostmi, kot do dela organ, ki se odloča po prostem preudarku, ampak mora pri nedoločenem pojmu izbrati tisto možnost, ki je v skladu z družbeno voljo izraženo v normi. Pri razlagi norme, ki vsebuje nedoločen pravni pojem se razlaga, ki jo organ določi, ne uporabi samo v konkretnem primeru, pač pa za vse sorodne primere v prihodnje. Pri prostem preudarku pa organ seveda izbira med več različnimi možnostmi in odločitve, ki jo sprejme, ni povezana z prihodnjimi podobnimi primeri, ki jih bo organ obravnaval, ampak je vsak primer zgodba zase (Kos, 1996: str. 4).

Torej nedoločeni pravni pojmi niso neposredno »krivi« za nastanek prostega preudarka, je pa med prostim preudarkom in nedoločenimi pravnimi pojmi tesna povezava. Prosti preudarek naj bi se izvajal tako, da je zadovoljen nek družbeni interes. Družbeni interes kot pojem, pa je v pravni normi nedoločen pravni pojem. Torej to pomeni, da je javni interes edini nedoločen pojem, ki se lahko natančno opredeljuje po prostem preudarku, vendar še vedno seveda v mejah in možnostih, ki izhajajo iz smisla določenega predpisa. Vsi drugi nedoločeni pojmi pa naj bi se razlagali v povezavi s cilji zakonodajalca (Kos, 1996, str. 4).

Meja med nedoločenimi pravnimi pojmi in upravno diskrecijo se kaže v tem, da nedoločeni pravni pojmi v neki zakonski normi stojijo sam zase in pomenijo neko pravno vezanost organa, ki po tej normi odloča. Na podlagi nedoločenega pravnega pojma organ ne odloča po lastni presoji za katero alternativo se bo odločil, ampak se osredotoča na družbeno voljo, ki jo norma zahteva. Medtem ko pa se pri prostem preudarku organ odloči po lastni presoji med več danimi alternativami in izbere tisto, ki se v danih okoliščinah njemu zdi najbolj primerna za specifičen primer. Jasno mejo med nedoločenimi pravnimi pojmi in prostim preudarkom lahko torej določimo s tem, da dokler je nedoločeni pravni pojem tak, da sam po sebi, samostojno izraža neko vsebino, je uporaba prostega preudarka izključena. Kadar pa je v pravni normi uporabljen tak nedoločen pojem, ki zahteva neko izpopolnitev z lastno razlago vsebine, pa gre za tako imenovani prosti preudarek (Jerovšek, 1992, str. 1101, 1102).

## 4

# POSEBNE OBLIKE DISKRECIJSKEGA ODLOČANJA

Slovenski pravni red izrecno priznava dve obliki manj pravno vezanega odločanja izvršilno-upravne veje oblasti. Te dve obliki sta politična in upravna diskrecija. Politična diskrecija ima svoje temelje v 3. členu Zakona o upravnem sporu (ZUS-1), ta pa določa, da tisti akti, ki so sprejeti s strani nosilcev izvršilne veje oblasti in ki so utemeljeni na politični diskreciji, na podlagi ustavnih in zakonskih pooblastil, niso upravni akti. Upravna diskrecija pa ima svoje temelje v 6. členu Zakona o splošnem upravnem postopku (ZUP), ta pa določa, da mora biti vsaka odločba, o kateri je organ odločal na podlagi prostega preudarka, izdana v mejah pooblastila in v skladu z namenom, za katerega mu je bilo to pooblastilo dano. Meje pooblastila pa seveda določa zakon ali kakšen drug predpis lokalne skupnosti. Če povzamem, je torej bistvena razlika med politično in upravno diskrecijo že v tem, da je politična diskrecija zakonsko bolj skromno urejena, upravna diskrecija pa je urejena tudi v nekaterih določbah ZUP-a in ZUS-a (Vuksanović, 2009, str. 43).

### 4.1 POLITIČNA DISKRECIJA

Politično diskrecijo razumemo predvsem kot izraz za odločitve, ki jih sprejemajo najvišji organi oblasti in zoper katere ni možno vlagati nobenih pravnih sredstev. (Pečarič Mirko, Akti vladanja in upravni akti – ločnica v zakonu, megla v praksi, Javna uprava, str. 89) Upravni spor proti aktom politične diskrecije ni možen, saj lahko v upravnem sporu tožnik varuje zgolj svoje pravice in pravne koristi, če ugotovi, da je bilo poseženo oziroma da so bile le-te kršene. S tega vidika je politična diskrecija ostro ločena od odločanja po prostem preudarku oziroma od upravne diskrecije (Vuksanović, 2008, str. 481).

Zoper akte politične diskrecije je mogoč le upravni spor, če se ugotovi, da je prišlo do kršitve ustavnih pravic. Mednje štejemo vse tiste enostranske javnopravne posamične akte, ki pač ne izpolnjujejo vseh pogojev za upravni akt. To pomeni, da z njimi organ ni odločal o neki pravici ali obveznosti posameznika. Za njih je značilno tudi to, da so podeljeni na podlagi ustavnih in zakonskih pooblastil. Ta pooblastila se podeljujejo predvsem Vladi in tudi posameznim ministrom. Na podlagi politične diskrecije Vlada in posamezni ministri, odločajo predvsem o zadevah, kot so imenovanje in razrešitve državnih sekretarjev na ministrstvih in v Vladi, imenovanje in razrešitev generalnega sekretarja Vlade, izdaja posamičnih aktov na zunanjepolitičnem in obrambnem področju ter razne pomilostitve (Vuksanović, 2009, str. 44, 45).

Politično diskrecijo nikakor ne smemo poenotiti z upravno diskrecijo, saj je za politično značilno, da je pravno nevezana in je usmerjena zgolj v oblikovanje nekega javnega interesa, na podlagi vrednostnih sodb nosilcev oblasti in ne v izbiro najprimernejše odločitve glede na javni interes, ki je zakonsko vnaprej določen, kar velja pri upravni diskreciji in jo izvajajo upravni organi (Pečarič, 2009, str. 101).

Kako lahko prepoznamo akte politične diskrecije? Do odgovora na to vprašanje bi lahko prišli s tem, da preverimo, ali akt izpolnjuje vse zakonske pogoje za upravni akt. Vendar če jih, potem je le upravni akt in ga zaradi tega še ni mogoče uvrstiti pod posebno

kategorijo aktov, torej aktov politične diskrecije. Očitno zakonodajalec ni želel ustvariti neke posebne kategorije aktov, ki naj ne bi bili upravni akti zgolj zato, ker je organ odločal po politični diskreciji in bi brez tega pooblastili bili samo »navadni« upravni akti. Zdi se, da gre tu predvsem zato, da želi zakonodajalec uporabnika prava zgolj opomniti, naj bo tam kjer ima vrh oblasti pravico do diskrecije, še posebej pozoren. V teh primerih bo uporabnik najprej zaznal to, da se s takimi upravnimi akti, kjer je bila uporabljena diskrecija, ni odločalo o nobeni pravici, obveznosti ali pravni koristi posameznika. Po tem najlažje prepoznamo akte politične diskrecije (Vuksanović, 2008, str. 489, 490).

Povzamem lahko, da je politično diskrecijsko odločanje pripisano Vladi kot najvišjemu organu oblasti, političnemu delu izvršilne oblasti in tudi posameznim ministrom in da je za politično diskrecijo značilno predvsem to, da je pravno povsem nevezana in usmerjena v oblikovanje javnega interesa na podlagi vrednostnih sodb nosilcev oblasti. Akti politične diskrecije ne posegajo v pravice, obveznosti in pravne koristi posameznika (Vuksanović, 2008, str. 490).

## **4.2 UPRAVNA DISKRECIJA**

Pri odločanju po prostem preudarku, torej pri upravni diskreciji gre za to, da se izdajajo akti, ki posegajo v pravni položaj tožnice oziroma tožnika. To pomeni, da se posega v njihove pravice in obveznosti ter pravne koristi. Tu nikakor ne gre za nevezano odločanje uprave, pri odločanju je za upravni organ načelo zakonitosti le nekoliko manj zavezujoče. Temu je tako zato, ker mora pri odločanju po prostem preudarku, organ presoditi kako bo uporabil pravno normo, ki mu dopušča več možnih alternativ. Odločiti pa se mora tako, da v največji meri zadovolji javni interes. ZUS določa, da je pri izdanih odločbah potrebno preveriti tudi to, ali je organ upošteval ustavno načelo sorazmernosti in enakega odločanja v enakih primerih (Vuksanović, 2009, str. 45).

Za upravno diskrecijo je značilno, da ko organ odloča po prostem preudarku, mora takšno odločbo tudi natančno in izčrpno obrazložiti. Tako mora navesti zakon, ki mu je dal pooblastilo, da odloča po prostem preudarku, razlog zakaj se je organ tako odločil in pojasnilo, kako je bil uporabljen namen in obseg prostega preudarka. Sodišče lahko tak upravni akt, ki je bil izdan na podlagi prostega preudarka preveri le, ali je akt zakonit, ali so bile mogoče prekoračene meje, ali če je prišlo do uporabe prostega preudarka na tak način, ki ni ustrezal namenu za katerega je bilo pooblastilo dano. Torej če povzamem, za upravne akte, izdane na podlagi prostega preudarka, upravno sodišče nima pravice, da takšno odločbo oziroma akt razveljavi ali odloči po svoje (Vuksanović, 2009, str. 44).

In kako prepoznamo akte upravne diskrecije? Bistvena značilnost, po kateri so takšni akti najbolj prepoznavni je ta, da se odloča o pravicah, obveznostih in pravnih koristih stranke. Torej gre za opravljanje nalog in storitev v razmerju do drugih oseb oziroma državljanov. Pri teh aktih je poleg politične odgovornosti prisotna tudi odgovornost uprave, da zagotovi sodno varstvo pravic in pravnih koristi posameznikov, proti odločitvam organov (Pečarič, 2009, str. 99, 100).

### **4.3 ADMINISTRATIVNA DISKRECIJA**

Za to vrsto diskrecijskega odločanja pa lahko samo na kratko povem, da gre predvsem za odločanje javnih uslužbencev in funkcionarjev o tem, h kateri stvari bo, glede na dejansko stanje in trenutne potrebe, prej pristopil, kaj bo podprl, kaj bo opustil vse to seveda pod pogojem, da je za vse te odločitve pristojen sam odločati in ima za to vsa potrebna pooblastila. Gre torej za odločitve, za katere ni potrebno izdati nobene posebne odločbe, ampak enostavno pristopi k izvedbi s tistimi sredstvi, ki so trenutno na voljo. Torej ni nobene pravne vezanosti, nobenih odločb, gre zgolj za odločitev javnega uslužbenca, katera stvar se njemu zdi najprimernejša in najnujnejša tisto bo najprej opravil in kakšno rešitev on sam vidi pri določenih primerih. Na primer če je opaženo povečano število nesreč, se javni uslužbenec odloči kakšne ukrepe bo izvedel. Ali bo mogoče spremenil zakonodajo, cestno infrastrukturo, kazni, kje bo dobil sredstva, čigavo podporo bo pri tem rabil, koga bi povabil za sodelovanje in vse potrebno, kar sam meni da potrebuje za izvedbo ukrepov. Pri administrativni oziroma uslužbenski diskreciji se ne posega v nikakršne pravice, obveznosti in pravne koristi ampak gre samo za to, da javni uslužbenec ali funkcionar oceni, katera sredstva bi bila v danem primeru najbolj primerna.

## 5

## NAMEN PROSTEGA PREUDARKA

Mnogi se vprašajo, čemu prosti preudarek sploh služi in ali je sploh potreben. V materialnem pomenu prosti preudarek pomeni to, da organ ni zmožen, da bi v neki pravni normi zajel vse možne položaje, v katerih se bodo neki pravni subjekti znašli. Tako organ nikakor ne more predvideti vnaprej, v kakšnih okoliščinah bi bilo glede na javno korist nujno, da bi nekaj prepovedal, dovolil, podelil in podobno. Torej obstajajo področja izvrševanja, katerih ni mogoče vnaprej normirati tako, da bi bili zajeti vsi možni življenjski položaji. Zato dobi organ pravico do prostega preudarka. S to pravico dobi pooblastilo, da sam presodi katera alternativa izmed več možnih je najbolj ustrezna. V predpisih je to mogoče zaslediti z izrazi kot so »organ sme...«, »organ lahko...« in podobno. Nikoli ni izrecno napisano, da ima organ pooblastilo odločati po prostem preudarku (Jerovšek, 1992, str. 1101).

Kaj je torej temeljni kriterij pri realizaciji prostega preudarka? Odgovor je zelo jasen. Organ, ki odloča o neki upravni zadevi, mora med več možnimi alternativami izbrati tisto, katera najbolj zadovoljuje nek javni interes. Če torej strnemo, je glavni namen prostega preudarka javni interes. Temeljni cilj prostega preudarka pa je polnjenje vsebine zakona glede na javni interes (Jerovšek, 1992, str. 1102, 1103).

Do samega bistva prostega preudarka nas pripelje načelo zakonitosti. Vsi organi, ki odločajo po prostem preudarku, morajo imeti svoje cilje v skladu s cilji zakona, ki jih je to pooblastilo dal. Angleška sodna presoja pa temelji na dveh stvareh. Kot prvo je pomembno, da se presodi, ali sta usklajena namen zakonodajalca in namen organa, ki je uporabil prosti preudarek. Kot drugo pa je potrebno preveriti, ali je organ ravnal zakonito, ali je dosegel primeren in zakonit cilj v okviru pooblastila, ki mu je dano (Jerovšek, 1992, str. 1106).

## 6

## MEJE PROSTEGA PREUDARKA

Pravico do prostega preudarka lahko upravni organi uporabljajo zgolj na podlagi danega pooblastila zakonodajalca. Glavna meja oziroma omejitev prostega preudarka pa je v samem zakonu v okviru katerega mora organ sprejemati odločitve. Zato je delovanje upravnih organov in sprejemanje odločitev po prostem preudarku povsem predvidljivo, saj strogo spoštuje načelo zakonitosti (Patterson, 1996, str. 414).

Zelo veliko vlogo pri določanju meje prostega preudarka ima tudi zunanje okolje, kajti če upravni organ korektno in nepristransko uporablja prosti preudarek, to pomeni dober odnos med upravnimi organi oziroma institucijami in širšo javnostjo (Peak, 2000, str. 243).

Podobno kot zunanje okolje pa pomembno mejo črta predvsem javni interes. Upravni organi morajo odločitve po prostem preudarku sprejemati v skladu z javno koristjo tudi v tistih primerih, ko se sprejemajo odločitve za korist zgolj ene posamične stranke. Če je v postopku udeleženih več strank, pa mora ravno tako gledati na interese vseh skupaj in sprejeti tisto odločitev, ki ne bo škodljiva za nobenega posameznika oziroma tisto, ki bo najmanj škodljiva za večino. Interesi drugih ljudi v glavnem ne smejo biti ogroženi in tu se kaže omejitev prostega preudarka z javnim interesom (Steska, 1941, str. 162).

Meje prostega preudarka je na zanimiv način opredelil Jurkovič. Njegova opredelitev nam govori o zunanjih in notranjih mejah prostega preudarka. Zunanje meje je opredelil zgolj kot akt, ki mora biti v skladu z obstoječimi pravnimi normami in zakonom in pri teh mejah mnenje upravnega organa ni pomembno. Medtem ko je pri notranjih mejah prostega preudarka pomembno tako mnenje upravnega organa, ki odloča v določenem postopku, kot tudi pravna pravilnost izdanega akta na podlagi prostega preudarka. Mnenje oziroma odločitev upravnega organa po prostem preudarku ne sme biti sporna (Jurkovič 1935, str. 119).

Iz tako imenovane »prekoračitve prostega preudarka« izhaja dejstvo, da organ, ki odloča v postopku, ne sme slediti cilju, ki je sporen oziroma prepovedan z zakonom. Tudi to dejstvo štejemo kot eno izmed notranjih meja prostega preudarka. Prekoračitev prostega preudarka lahko upravni organ zagreši namenoma ali pa zgolj nehote, iz nevednosti (Jurkovič, 1935, str. 137).

Pravica do prostega preudarka ali diskrecijska pravica je, kot smo videli, zelo omejena. Opaziti pa je, da se dandanes te meje vedno bolj zožujejo. Meje v glavnem določata zakon in pa pooblastilo, ki ga na podlagi zakona prejme upravni organ. Da pa bi potrdili Jurkovičeve teze, ki meje prostega preudarka deli na zunanje in notranje, pa se lahko osredotočimo že na slovenski pravni red, saj že »Zakon u upravnem postopku« pravi, da mora biti vsaka odločba, ki je izdana po prostem preudarku, izdana »v mejah s pooblastilom in v skladu z namenom, za katerega mu je pooblastilo dano«.

Odločanje po prostem preudarku na prvi pogled zgleda mogoče enostavno. Vendar je daleč od tega. Od upravnega organa takšno odločanje zahteva zelo veliko izkušenj na posameznih področjih, primerno strokovno izobrazbo, usposobljenost, prakse na določenem področju in seveda podrobno poznavanje določene problematike. Vsak upravni organ pri odločanju po prostem preudarku nosi zelo veliko odgovornost, saj za morebitne negativne posledice odgovarja on in nihče drug. Da se ta odgovornost nekoliko zmanjša, višji upravni organi prenesejo določene naloge na nižje upravne organe, in tako je obseg dela in odgovornosti bistveno manjši, zmanjša pa se tudi raven tveganja, da pride do negativnih rezultatov pri odločanju (Steska, 1941, str. 169).

## 7

## ZLORABA PROSTEGA PREUDARKA

Za diskrecijsko odločanje so v pravnem redu določene neke splošne zahteve, ki se jih upravni organi morajo držati. Te zahteve jih zavezujejo, da:

- je odločitev, sprejeta na podlagi prostega preudarka logična in da ustreza dokazom (logične informacije, ki dokazujejo neko dejstvo, primerna dokazila...),
- pri odločanju upoštevajo samo tista dejstva, ki so pomembna in ne zapravljajo časa po nepotrebnem,
- prosti preudarek uporabljajo v skladu z namenom, za katerega je bilo pooblastilo dano in dobronamerno,
- največ pozornosti posvečajo realističnim in primernim dejstvom, ne pa tistim, ki so nepomembna,
- pravico do prostega preudarka uporabljajo neodvisno in ne v prid tretjih oseb.

V praksi seveda velikokrat prihaja do neupoštevanja vseh teh določil in zahtev. Tu se potem kaže zloraba prostega preudarka. Na žalost je zloraba v praksi zelo pogosta. Najbolj pogost primer zlorabe prostega preudarka je, kadar odločitev, sprejeta na podlagi prostega preudarka, pomeni samovoljo organa. O samovolji govorimo takrat, kadar je organ odločitev sprejel na podlagi svojih čustev in osebnega interesa in ne na podlagi zakonskih norm in javnega interesa. Drugi vzrok za zlorabo prostega preudarka pa je lahko tudi nevednost upravnega organa in zaradi tega napačno uporablja pravico do prostega preudarka in s tem škoduje posamezniku. Kot tretji razlog pa lahko navedemo tudi malomarnost ali površnost organa pri odločanju.

Pravna teorija navaja nekaj kršitev javnih uslužbencev pri odločanju na podlagi prostega preudarka:

- neprimerna in nelogična uporaba diskrecijske pravice,
- uporaba diskrecijske pravice, katere rezultat je negotov in nejasen,
- sprejemanje odločitev na podlagi prostega preudarka, kjer je prišlo do konfliktov v interesu,
- zavlačevanje sprejemanja odločitev, kljub temu da so dani vsi argumenti za odločanje,
- neuporaba diskrecije, predvsem takrat ko jo zakon predvideva.

Da bi se takšnim kršitvam uporabe prostega preudarka izognili, obstajata dve vrsti nadzora nad izvajanjem diskrecijske pravice. To sta upravni in sodni nadzor.

### 7.1 UPRAVNI NADZOR

Upravni nadzor se izvaja v okviru splošnega upravnega postopka. Tu gre za nadzor nad upravnimi akti, izdanimi na prvi stopnji. Z drugo besedo ta nadzor imenujemo »instančni nadzor« izvaja pa ga upravni organ druge stopnje. Ta organ preverja smotrnost uporabe prostega preudarka in zakonitost upravnega akta, ki je bil izdan. Pritožbo zoper tak akt



lahko organ druge stopnje zavrne, lahko ji ugotovi ali tako da spremeni konkretni akt, ali da ga odpravi ter odloči po svoje o neki zadevi. Nikakor pa organ druge stopnje izdanega akta ne more razveljaviti. Bistvena značilnost instančnega nadzora je tudi ta, da ga organ druge stopnje lahko izvaja zgolj na zahtevo stranke in da ga je možno izvajati le nad tistimi izdanimi upravnimi akti, ki še niso postali dokončni (Androjna, 1992, str. 295).

Nad dokončnimi upravnimi akti pa organ druge stopnje izvaja tako imenovani »hierarhični nadzor«. Značilnost te oblike nadzora je omejitev upravnega organa druge stopnje in to, da ni možna presoja primernosti uporabe prostega preudarka. Zahtevo za opravljanje takšne vrste nadzora lahko stranka uveljavi le v primeru kršitve pravil v postopku (Androjna, 1992, str. 295).

## **7.2 SODNI NADZOR**

Če je upravni nadzor neke vrste notranji nadzor upravnih aktov in ga opravljajo upravni organi višje stopnje, je sodni nadzor zunanji nadzor upravnih aktov, ki pa ga izvajajo sodišča. Sodni nadzor se je uveljavil predvsem zato, ker notranji nadzor ne daje zadostnega jamstva za zakonito reševanje upravnih zadev. Da bi bilo zagotovilo za spoštovanje načela zakonitosti in načela enakosti pred zakonom večje, se je uveljavil sodni nadzor. Tega opravljajo redna sodišča, ki so pri svojem delu in odločanju vezana zgolj na zakon in ustavo. Sodni nadzor se izvaja preko institucije upravnega spora, obsega pa dokončne upravne akte in fiktivne dokončne upravne akte (Androjna, 1992, str. 295-296).

## **7.3 PRAVICE POSAMEZNIKA V PRIMERU KRŠITVE DISKRECIJSKEGA POOBLASTILA**

### **7.3.1 Pritožba**

Že ustava v 25. členu določa pravico do pravnega sredstva, ki pravi, »Vsakomur je zagotovljena pravica do pritožbe ali drugega pravnega sredstva proti odločbam sodišč in drugih državnih organov, organov lokalnih skupnosti in nosilcev javnih pooblastil, s katerimi ti odločajo o njegovih pravicah, dolžnostih ali pravnih interesih« (Ustava RS, 25. člen).

Tudi »Zakon o upravnem postopku« (ZUP) v 13. členu določa, da ima stranka pravico do pritožbe zoper odločbo, ki je bila izdana na prvi stopnji.

V upravnem, pravnem in kazenskem postopku je pritožba redno pravno sredstvo, ki ga stranka lahko vloži proti prvostopenjski upravni odločbi v 15 dneh, odkar ji je bila ta odločba vročena. Če je pritožba pravočasna velja, da zadrži izvršitev odločbe. Zakon o splošnem upravnem postopku pravi, da lahko pritožbo vloži stranka upravnega postopka ali pa katera koli druga oseba, če ugotovi, da so bile kršene njene temeljne pravice. Lahko pa jo vložita tudi javni pravobranilec ali državni tožilec, če ugotovita, da je odločba kršila zakon v korist posamezne stranke in v škodo javnega interesa (Cijan, 2000, str. 128).

Zoper odločbo, ki jo na prvi stopnji izda predstavniški organ lokalne skupnosti, državni zbor ali vlada, zakon pravi da pritožba ni možna. Pritožba zoper odločbo je možna le takrat, ko jo izda ministrstvo in ko to dopušča zakon. Ta zakon mora določati tudi to, kateri organ je pristojen za odločanje o pritožbi (Cijan, 2000, str. 128).

Razlogi za pritožbo so:

- napačno uporabljen ali neuporabljen materialni predpis,
- napačno ugotovljeno dejansko stanje,
- odločba izdana s strani nepristojnega organa,
- kršitev pravil postopka (Cijan, 2000, str. 129).

Posamezniki so z zakonom zaščiteni tudi pred tako imenovanim »molkom organa«. Molk organa imenujemo stanje, ko upravni organ odločbe ne izda v določenem roku. Takrat ta odločba velja kot negativna in zoper tako odločbo se posameznik lahko pritoži (Jerovšek, 2001, str. 19).

### **7.3.2 Upravni spor**

Upravni spor spada med redna pravna sredstva in je dovoljen zoper vsak pravni akt takrat, kadar ni zagotovljenega nobenega drugega sredstva. To je tožba, ki jo lahko vloži stranka, ki dvomi o zakonitosti odločbe organa druge stopnje in je naslovljena na upravno sodišče. Rok za vložitev tožbe za upravni spor je 30 dni od dneva prejema odločbe (Androjna, 1992, str. 299).

Upravno sodišče, pristojno za odločanje v upravnem sporu, odloča o tem:

- ali so posamični upravni akti, izdani s strani državnih organov, organov lokalnih skupnosti in nosilci javnih pooblastil, zakoniti,
- ali so zakoniti posamični upravni akti, ki posegajo v ustavne pravice posameznika (2., 3. In 4. Odstavek 1. Člena ZUS).

Tožnik ima pravico v upravnem sporu zahtevati da se mu vrnejo vse stvari ki so mu bile na podlagi odločbe odvzete in da se mu povrne vsa nastala škoda, ki jo je utrpel z izpodbijanjem upravnega akta (2. Odstavek 2. Člena ZUS).

Seveda pa je tudi upravni spor nekoliko »omejen«. Le-ta namreč ni mogoč proti materialnim in proti splošnim pravnim aktom. Zajema vedno le dokončne pravne akte s ciljem varstva zakonitosti (Androjna, 1992, str. 299).

#### **7.4 PREIZKUS ODLOČB IZDANIH NA PODLAGI PROSTEGA PREUDARKA**

Zakon o splošnem upravnem postopku določa, da je glede presoje, ali je materialni predpis napačno uporaben, pooblaščen instančni organ druge stopnje. Spoznati mora ali je organ pri uporabi prostega preudarka prekorachil meje pooblastila, ali je odločbo po prostem preudarku izdal v skladu z namenom in ali je prosti preudarek nesmotrno uporabil. Če ugotovi, da ta določila niso bila upoštevana, je instančni organ druge stopnje upravičen, da razveljavi odločbo organa prve stopnje in o zadevi odloči sam. Bistvena značilnost instance je torej ta, da če spozna kršitev in zlorabo prostega preudarka, lahko tak akt razveljavi in sama odloči drugače (Jerovšek, 1992, str. 1108).

Odločbe izdane po prostem preudarku pa preizkuša tudi upravno sodišče. Vendar ima bistveno ožje meje pooblastila kot instančni organ druge stopnje. Upravno sodišče lahko presodi ali je bil predpis pravilno uporabljen, se pravi v mejah in v skladu z namenom, za katerega je pooblastilo imel. To pomeni da upravno sodišče lahko preveri zakonitost akta, ne more pa odločati o smotrnosti uporabe prostega preudarka (Jerovšek, 1992, str. 1108).

V okviru ustavne pritožbe pa je za preizkus uporabe prostega preudarka pooblaščno tudi Ustavno sodišče. Pri tem obstaja tudi možnost, da Ustavno sodišče v primeru pritožbe, najprej preveri, ali je pravica do prostega preudarka sploh upravičeno podeljena upravnemu organu. Temeljna naloga Ustavnega sodišča pri preverjanju takšnih aktov je, da zagotovi varstvo ustavnih pravic direktno na podlagi ustave (Jerovšek, 1992, str. 1109).

## **8 PROSTI PREUDAREK V DRUGIH EVROPSKIH DRŽAVAH**

### **8.1 ANGLOSAŠKI PRAVNI RED**

Prvi primer odločanja upravnih organov po prostem preudarku se je zgodil daljnega leta 1598. Gre za znani primer »Rook's case«. Takrat je izterjevalec davkov opravil popravila na nekem rečnem bregu. Poleg Rook-a so tudi drugi zemljiški lastniki opravljali neko delo za svojo korist. Vendar je izterjevalec davkov le Rook-u naložil obvezno plačilo za opravljeno delo. Imel je diskrecijsko pooblastilo, vendar je sodišče njegovo odločitev razveljavilo, saj se mora in sme diskrecija uporabljati zgolj in samo v skladu z zakonom, smiselno in pravično. Torej je že daljnega 16. stoletja sodišče opozorilo na uporabo prostega preudarka in sicer, da morajo biti odločitve, sprejeta na podlagi le-tega, v okviru veljavne zakonodaje (Šturm, 1996, str. 143).

#### **8.1.1 Oblika sodnega nadzora**

Za presojo pravne pravilnosti pri uporabi prostega preudarka angleška sodišča uporabljajo dve različni obliki nadzora. Kot prvo ugotovijo, ali je organ mogoče prosti preudarek uporabil za namen, ki je z zakonom prepovedan in kod drugo lahko izvršijo sodno intervencijo tudi takrat, če je organ pravico do prostega preudarka uporabil na neprimeren, nerazumljiv in nepravičen način. Značilnost teh dveh načinov nadzora je, da se prvi primer osredotoča na ugotovitev namena, ki ga ima zakonodajalec in tega primerja z namenom, ki ga ima upravni organ. Drugi način nadzora pa skrbi za zagotavljanje načela poštenega delovanja uprave (Šturm, 1996, str. 143).

Z obliko sodnega nadzora je tesno povezana tudi intenzivnost le-tega. Intenzivnost se je povečala predvsem takrat, ko so sodišča začela biti bolj pripravljena za varstvo temeljnih človekovih pravic in svoboščin. V primeru »Brind« iz leta 1991 se je sodišče postavilo na stališče, ki pravi, da je izvajanje prostega preudarka, ki posega v človekove pravice, opravičljivo le, če se s tem zadovolji nek javni interes (»important compelling public interest«). Nasprotje tega stališča pa je primer »Hammersmith«, ki se osredotoča na sodno intervencijo ministra na področju ekonomske politike. Ta pravi, da bi bila sodna intervencija dopustna in upravičena zgolj takrat, ko bi minister ravnal nezakonito. To pomeni z neprimernim namenom ali na podlagi nejasnih dejstev (Šturm, 1996, str. 143).

#### **8.1.2 Nadzor zakonitosti**

Zakaj je potreben nadzor nad zakonitostjo diskrecijskih upravnih aktov? Razlogov za to je več. Med prvimi je predvsem neprimeren namen upravnega organa. Take diskrecijske upravne akte angleška sodišča razveljavljajo. Problem nastane tudi takrat, kadar upravni organi pri sprejemanju odločitve na podlagi prostega preudarka ne stremijo samo k enemu cilju, ampak k več ciljem hkrati in takrat pogosto pride do tega, da je en cilj zakonit, ostali pa ne. Kot metodo za nadzor zakonitosti uporabljajo tako imenovano »metodo relevantnosti« (»relevancy«). Če sodišče spozna, da izdani diskrecijski upravni

akt temelji na nepomembnih oziroma nebistvenih dejstvih (»nerelevanten« = »nebistven«, »nepomemben«), bo tak akt razglasilo za »ultra vires«. poznamo pa še en primer nezakonnosti diskrecijskega upravnega akta, in sicer izdaneka »mala fide«. To pomeni da je organ pri svojem odločanju oziroma izdaji takšnega akta ravnal nepošteno, s slabo vero (Šturm, 1996, str. 144).

### **8.1.3 Presoja nerazumnosti**

Recimo, da je upravni organ opravil preizkus pravnega namena in relevantnosti in je izdal tak diskrecijski upravni akt, ki je v skladu z zakonom. To pa še ne pomeni, da sodišče ne more poseči. Poseže lahko v primeru, če je bila odločba nerazumna (»irrational«). Pojem nerazumnosti je definiral sodnik Lord Greene, ki pravi, da je diskrecijski upravni akt zaradi nerazumnosti nezakonit takrat, če je tako nerazumen, da noben razumen človek nikoli ne bi sprejel takšne odločitve (Šturm, 1996, str. 145).

### **8.1.4 Posebnosti**

Na splošno velja, da je ameriška sodna presoja diskrecijskih sodnih aktov zelo zadržana. Predvsem skrbi za to, da ne pride do prekoračitve pooblastil s strani uprave in da uprava ne bi ravnala muhasto in samovoljno (»capricious and arbitrary«). Uporaba novega pristopa »hard look« pa pomeni še korak bližje strožjemu nadzoru nad delovanjem upravnih organov. Na podlagi tega pristopa, imajo sodišča pravico da intervenirajo, če ugotovijo, da se upravni organ ni dovolj intenzivno zavzel za primer in da ni dovolj pregledal vseh vprašanj, ki bi bila bistvena za sprejetje odločitve (Šturm, 1996, str. 145).

## **8.2 ŠVICARSKI PRAVNI RED**

Vloga prostega preudarka v Švici je zaradi zgodovinskih okoliščin zelo posebna. Ker uprava nikoli ni bila v službi monarha, oblasti uprave ni bilo potrebno omejevati. Sodnega varstva nad upravo ne omenja niti švicarska ustava. V Švici ima uprava zelo široka pooblastila in tako tudi pravico do zelo širokega prostega preudarka. Zaradi take ureditve naknadna presoja smotrnosti delovanja upravnih organov ni možna. (Šturm, 1996, str. 147).

Tukajšnja upravna znanost dandanes temelji na stališču, da več ni pojmovanja o pravno vezani in o nevezani upravi, ampak je vsa uprava pravno vezana. Pravni red omejuje in opredeljuje upravno delovanje (Šturm, 1996, str. 148).

Švicarska teorija šteje za prosti preudarek tiste norme, ki organu omogočajo izbiro med več možnimi alternativami kot tudi vse tiste norme, ki vsebujejo nedoločene pravne pojme. Švicarski teoretiki menijo, da je praktično nemogoče razlikovati med normo, ki se glasi »uprava lahko odredi...« in med normo, ki pravi »če okoliščine upravičujejo..., potem uprava odloči...«. Zato so razlike in nasprotja med tema dvema normama popolnoma zabrisane. Zakonodajalec je vendarle uvedel razliko med tema dvema pojmomoma, in sicer se nedoločeni pojmi in prosti preudarek razlikujeta po razlogih, ki omogočajo pritožbo (Moor, 1994, str. 373).

Švicarska teorija vsebino prostega preudarka določa kot neko pravico, da neka norma upravnemu organu dopušča izbirati med več različnimi a zakonitimi možnostmi. V praksi se pogosto uporabljajo tri različne oblike. Kot prvič, je upravni organ pooblaščen da ukrepa ali pa ne. To pomeni da lahko po lastni presoji odloči ali neko zadevo odobri ali pa zavrne. Kot drugič lahko upravni organ izbira med več različnimi ukrepi. Na primer za pridobitev zemljišča, potrebnega za izgradnjo poti lahko stranka to pridobi ali s postopnimi nakupi, ali z menjavo nepremičnin, ali s posebno parcelacijo, ali z razlastitvijo in podobno. In kot tretjič ima organ pravico, da ukrep, ki ga sprejme, prilagodi za posamezni primer (Moor, 1994, str. 378).

Ali je uporaba prostega preudarka primerna, ugotavlja drugostopenjski upravni organ. Kje pa so meje, do katerih lahko seže uporaba prostega preudarka, pa odloča sodišče. Če pride do zlorabe prostega preudarka ali prekoračitve tega pooblastila, pa se opravi sodna presoja. Le-ta vključuje tudi načelo sorazmernosti (Moor, 1994, str. 378).

## **8.3 FRANCOSKI PRAVNI RED**

Načelo zakonitosti je bistveno za razumevanje upravnopravnega sistema v Franciji. Upravno pravo je temu načelo popolnoma podvrženo. Potrebno pa je povedati, da to ne pomeni da je upravno pravo vezano na zakone, ki jih izda parlament. Delovanje uprave po načelu zakonitosti v francoskem pravnem redu pomeni spoštovanje vseh pisanih in tistih

nepisanih pravnih pravil, ki zavezujejo upravo pri njenem delovanju in odločanju (Šturm, 1996, str. 150).

Za razumevanje prostega preudarka pa je v francoskem upravnem pravu pomembno tudi načelo o tako imenovanih posebnih upravičenjih uprave. Iz tega načela izhaja pravica uprave, da pri sprejemanju odločitve in izdajanju diskrecijskih aktov naredi vse potrebno, da se ohrani nek javni interes, tudi če gre pri tem za omejevanje temeljnih človekovih pravic. Seveda pa je tudi to načelo omejeno z drugimi splošnimi načeli, kot so temeljne svoboščine, pravica do sodnega varstva, obveznost obrazložitve upravnih odločb in tudi z načelom sorazmernosti (Šturm, 1996, str. 151).

Poseben pomen za uporabo prostega preudarka ima tudi načelo enakosti pred zakonom. To je bilo uveljavljeno že v 30. letih. Tu gre za enako obravnavanje vseh strank v postopku pred upravnim organom. Povezano je z nepristranskim odločanjem upravnega organa v konkretnih zadevah (Brown, 1993, str. 88).

### **8.3.1 Sodna presoja**

Pri sodni presoji francoskih diskrecijskih upravnih aktov delimo načine sodne presoje na dva dela. In sicer na tiste primere, kadar ima upravni organ polno diskrecij in na tiste, kjer je diskrecija omejena. Polna diskrecija je organom podeljena le pri najpomembnejših državnih aktih, med katere štejemo tiste akte, ki se nanašajo na razmerje »vlada-druga države ali mednarodne organizacije« in na razmerje »vlada-parlament«. Ti primeri so edini, ki nimajo nikakršnega sodnega nadzora (Brown, 1993, str. 155).

V nekaterih drugih primerih, pri katerih gre kljub temu za polno diskrecijo, je obvezna obrazložitev in sodni nadzor ni povsem izključen. Če ni podana obrazložitev, ali če je kršeno kakšno splošno pravno načelo, je to razlog za sodno intervencijo (Brown, 1993, str. 240).

Najpogostejši pa so še vedno primeri, kjer imajo upravni organi omejeno pooblastilo odločati po prostem preudarku. Tudi v Franciji je ta pravica omejena z zakonom.

### **8.3.2 Zloraba prostega preudarka**

V Franciji je najpomembnejši razlog za sodno presojo diskrecijskih upravnih odločb tako imenovano »popačenje oz. zloraba oblasti« ali »détournement de pouvoir«. Pri zlorabi oblasti se francoska sodišča ukvarjajo z analizo motivov upravnega organa, ki so ga privedli do izdaje akta. Zloraba je ugotovljena, kadar je bila diskrecija uporabljena za drug namen, kot je bil določen z zakonom. Ko je motiv organa ugotovljen s strani sodišča, se ugotovi ali se motiv sklada z upravnim aktom. Tu pa je potrebno ugotoviti tudi to, kaj je organ privedlo do izdaje takšnega diskrecijskega upravnega akta, kot ga je izdal. Ta presoja je včasih še najtežja (Brown, 1993, str. 231).

Značilno je, da do popačenja oblasti v Franciji prihaja predvsem v tistih primerih, ko ima uprava diskrecijsko pravico, pa tudi v tistih ko je polno vezana. Nekaj primerov popačenja

oblasti pa se zgodi tudi takrat, ko je bil cilj doseči nek javni interes, pooblastilo pa za ta interes ni bilo izdano (Brown, 1993, str. 231).

### **8.3.3 Intenzivnost sodne presoje**

V primerih, kjer ima uprava polno diskrecijo, je stopnja intenzivnosti najbolj zadržana. V takih primerih sodišče presodi ali je uprava storila pravne in dejanske napake. Vendar pa tudi v primerih, ko ima uprava polno diskrecijo, ni povsem izključen sodni nadzor. Stopnja intenzivnosti je v takih primerih še vedno zadržana, saj sodišče ugotovi le, če je prišlo do kršitve temeljnih načel (Brown, 1993, str. 240).

Kadar pa ima organ pravico do prostega preudarka omejeno, pa je zadeva nekoliko drugačna. Ti primeri so v francoski sodni praksi najpogostejši. V teh primerih se mora uprava pri odločanju po prostem preudarku držati zakonskih meja, sodišče pa preverja, ali so bile te meje upoštewane. Biti pa mora obrazložena tudi upravna odločba. Stopnja intenzivnosti sodne presoje pa tudi v primerih, ko je omejena diskrecijska pravica, ni vedno enaka. Bolj zadržana je v primerih, ko se obravnavajo pomembna politična vprašanja (Picard, 1989, str. 316).

## **8.4 AVSTRIJSKI PRAVNI RED**

V avstrijski ustavi je določeno, da mora državna uprava delovati na podlagi zakona. V 130. členu te ustave pa dopušča odmik od določenih pravnih norm in sicer s pomočjo prostega preudarka. Tudi v avstrijskem pravnem redu prosti preudarek ne pomeni neke samovolje, ampak možnost izbire med več alternativami v okviru zakona. Določen manevrski prostor proste presoje imajo upravni organi tudi pri uporabi nedoločenih pravnih pojmov (Šturm, 1996, str. 163).

Ustava izrecno dopušča uporabo prostega preudarka upravnim organom, če se ta izvaja v smislu zakona in v okviru njegovih meja. Uporabo prostega preudarka vsebuje preudarek delovanja uprave (»Handlungsermessen«), kjer uprava lahko ukrepa, ni pa tega dolžna in pa preudarek pri izbiri (»Auswahlermessen«), kjer uprava ukrepati mora, ima pa pri tem možnost izbirati med odločitvami (Šturm, 1996, str. 163).

V avstrijskem pravnem redu se nedoločeni pravni pojmi nanašajo predvsem na neko dejansko stanje. Ker nedoločeni pojmi kot taki, niso natančno opredeljeni za specifično stanje, taki pojmi upravnim organom dopuščajo nek manevrski prostor, ki ga izpolnijo s svojimi odločitvami. S prostim preudarkom se nedoločeni pojmi razlikujejo v tem, da pri nedoločenih pravnih pojmih ne gre za to, da ima organ prosto izbiro odločanja ampak za to, da mu je dana neka dodatna izbira, še vedno vezana na upravo (Adamovich-Funk, 1984, str. 115).

### **8.4.1 Obrazložitev aktov izdanih po prostem preudarku**

Avstrijski pravni red določa, da je vse odločbe, izdane na podlagi prostega preudarka potrebno obrazložiti. To morajo storiti v tolikšni meri, da je možen naknadni preizkus takih odločb in da je možno ugotoviti da je odločba v skladu z zakonom in njegovim namenom.



Zakon o splošnem upravnem postopku iz leta 1991 pravi, da je treba diskrecijske upravne akte obrazložiti, če se z navedbami stranke ne strinjajo ali če zavrnejo njihove zahteve. Obrazložitev mora biti podana jasno in pregledno. Organ mora navesti »grob« stanje oz. nek osnovni namen in nato podati še vse preudarke, ki so vodili do takšne končne odločitve, ki je bila na koncu sprejeta (Adamovich-Funk, 1984, str. 119).

#### **8.4.2 Sodna presoja**

Sodna presoja je potrebna za ugotavljanje klasičnih pravnih napak, zaradi katerih bi bile odločbe izdane po prostem preudarku protipravne in nezakonite. Presoja se izvaja v primeru, ko organ pooblastila za odločanje po prostem preudarku ne uporabi za namen, za katerega mu je bilo pooblastilo dano (temu avstrijski pravni red pravi zloraba prostega preudarka) in takrat, kadar si organ neupravičeno pripisuje pravico do prostega preudarka, bodisi zavestno ali pomotoma (tu gre za prekoračitev danega pooblastila) (Adamovich-Funk, 1984, str. 120).

Avstrijsko upravno sodišče je pristojno za presojo zakonitosti. Ta obsega nadzor nad pravilnostjo postopka, nadzor materialne pravilnosti in nadzor nad pristojnostjo organa. To sodišče izvaja kot nadzor polne zakonitosti. Sodni nadzor je omejen le pri vsebinski presoji uporabe prostega preudarka. Avstrijsko Upravno sodišče ni pristojno, da v primeru nepravilne uporabe prostega preudarka odločbo nadomesti oziroma jo izpopolni s svojim lastnim prostim preudarkom (Adamovich-Funk, 1984, str.121).

### **8.5 NEMŠKI PRAVNI RED**

Uporaba prostega preudarka v upravi in nadzor nad izvajanjem prostega preudarka je v nemški pravni ureditvi vezan na 3. odstavek 20. člena Temeljnega zakona in na garancijo sodnega pravnega varstva proti ukrepom uprave. Zakoni, na podlagi katerih je prosti preudarek podeljen upravnim organom, morajo biti v skladu z ustavo. Vprašanja, ki se nanašajo na prosti preudarek se ne obravnavajo samo na ravni zakona, ampak tudi na ravni ustavnosodne presoje dokazov, zakonodaje in tudi drugih abstraktnih pravnih aktov. Na podlagi tega velja, ta je v nemškem pravnem redu pravica do prostega preudarka dosti omejena (19. in 20. člen Temeljnega zakona).

Do omejevanja prostega preudarka v nemškem pravnem redu je prišlo v dveh razvojnih stopnjah. V prvi se je prosti preudarek omejil na podlagi nedoločenih pravnih pojmov. To pomeni da uprava ni imela pristojnosti uporabljati prosti preudarek v primerih, ko je bilo dejansko stanje nejasno in podano na podlagi nedoločenih pravnih pojmov. O razlagi in tolmačenju takšnih pojmov so odločala upravna sodišča. V drugi stopnji omejevanja prostega preudarka pa je šlo predvsem za omejevanje le-tega s strani človekovih pravic in zakonske meje. Sestavni del temeljnih pravic in svoboščin je načelo sorazmernosti. Na podlagi tega, je po prostem preudarku potrebno odločiti tako, da se med različnimi možnimi odločitvami upravni organ odloči za tiso, ki bi prizadeto osebo najmanj oškodovalo in obremenilo. Pomembno omejitev prostega preudarka pa pomeni tudi načelo enakosti, ki pravi, da se morajo podobni primeri, v nekem določenem časovnem obdobju,

obravnavati podobno ali enako. Zaradi vseh teh omejitev so imela sodišča veliko pravno moč nad upravo (Šturm, 1996, str. 173).

Teoretika Bachof in Ule sta glede omejitve prostega preudarka zagovarjala stališče, da je pri tolmačenju nekega nedoločenega pravnega pojma upravi potrebno dopustiti nek maneverski prostor lastne presoje in tolmačenja. Za to se je oblikoval izraz »prostor vrednostne ocene« in tega naj bi spoštovalo tudi Upravno sodišče (Šturm, 1996, str. 174).

### **8.5.1 Razlogi za drugačne poglede na prosti preudarek**

Nadaljnje študije nemških teoretikov so pripeljale do spoznanja, da je prostemu preudarku vendarle potrebno priznati določen prostor svobodnega odločanja in nanj gledati bolj pozitivno. Do tega mnenja, pa so pripeljala naslednja spoznanja:

Spoznanje, da prejšnje mnenje o prostem preudarku, ki je veljalo, da bi z uporabo tega zakonodajalec lahko po svoje usmerjal upravo, ni pravilna. Na podlagi preučevanja bistva prostega preudarka je začelo veljati drugačno mnenje. Uprava naj ima nalogo in pooblastilo da določena načela smiselno in v skladu z zakonom ustvarjalno dopolnjuje s pomočjo pravice do prostega preudarka. To velja predvsem v zakonskih določilih, ki vsebujejo nedoločene pravne pojme.

Spoznanje, da je prosti preudarek pomembno sredstvo za prilagodljivo varovanje človekovih pravic, interesa državljanov in tudi splošne javne koristi. Po različnih študijah so teoretiki odkrili, da je bolj kot zakonodajalec, usposobljena uprava, da se odzove na spremenljive okoliščine nekih stanj. Za to uprava potrebuje nek prostor proste presoje, da se lahko z konkretiziranjem nedoločenih pravnih pojmov čim bolj prilagodi dejanskemu stanju, glede na vse okoliščine, ki jih je potrebno upoštevati.

Spoznanje, da nedoločeni pravni pojmi in pojem prosti preudarek nista v nasprotju z zakonom in zakonskimi določili. Seveda pa je temu tako le takrat, kadar je nad uporabo teh dveh pojmov zagotovljen potreben in ustrezen obseg sodnega varstva, da ne pride do prekoračitve in zlorabe prostega preudarka (Šturm, 1996, str. 175-178).

### **8.5.2 Funkcionalne oblike**

Sistem nemških upravnopravnih teorij je glede na najpomembnejše funkcije prostega preudarka, le-tega razvrstila na različne oblike prostega preudarka. Med seboj se razlikujejo predvsem glede na obseg maneverskega prostora za prosto presojo (Šturm, 1996, str. 178).

#### **a) Taktični preudarek**

Pri tej obliki prostega preudarka zakonodajalec upravi podeli polje proste presoje tako, da določi le strateške zakonske cilje. Ti pa se pri različnih okoliščinah razlikujejo. Taktično diskrecijo mora vsekakor imeti policija, velja pa tudi za Zvezne banke v tistih položajih, ko je potrebno zagotavljati stabilnost v spreminjajočih gospodarskih položajih (npr. diskontni tečajji ipd.). Za to obliko prostega preudarka je značilna predvsem nepredvidljivost

vnaprej. Napovedati ga ne more niti zakon, niti kakšen drug predpis, zato zahteva prilagodljivost. Tudi upravno sodišče ne more taktičnih diskrecijskih odločitev nadomestiti s svojimi odločitvami. Pristojno je le, da naknadno presodi ali je odločanje uprave na podlagi taktičnega preudarka sprejemljivo in v skladu z mejami in namenom zakona (Šturm, 1996, str. 179).

b) Preudarek o dispensah oziroma izjemah

O tej obliki prostega preudarka govorimo takrat, kadar ima uprava pri svojem odločanju pooblastilo, da od določenih primerih odstopa od določil zakona. Ta oblika se uporablja za izjeme, kot je dodelitev gradbenega dovoljenja za gradnjo zunaj urbanističnega kompleksa, kadar zoper takšno gradnjo ni pravnih dvomov. Takšna diskrecija je podvržena sodnemu nadzoru (Šturm, 1996, str. 179).

c) Manevrski prostor ocene pri razumevanju dejanskega stanja

Pri uporabi in razlagi nedoločenih pravnih pojmov upravna sodišča uprave ne pooblašajo za konkretiziranje pravne norme. Pomembno dejstvo za presojo, ali je norma pravilno in smiselno tolmačena so zadovoljiva zagotovila, da je bilo razumevanje izčrpno in nepristransko (Šturm, 1996, str. 180).

d) Preudarek pri urejanju prostora

Tu gre predvsem za pooblastilo, da upravni organi na področju urejanja prostora zakonski namen in interes uravnotežijo in uskladijo s programom upravnih akcij. Sodna presoja je v tem primeru omejena le na nadzor pravilnosti postopka in sprejemljivosti rezultatov (Šturm, 1996, str. 181).

e) Preudarek gospodarskega upravljanja

Na tem področju lahko zakon daje le zunanji okvir za delovanje uprave. Upravi pa je potrebno prepustiti zelo široko polje proste presoje, da bi dejavnost čim bolj učinkovito opravljala. Precejšnjo svobodo je potrebno pustiti tako pri vodenju podjetij v razmerju do države in tudi v razmerju do uporabnikov (Šturm, 1996, str. 182).

### **8.5.3 Sodna presoja**

Sodni red o upravnih sodiščih iz leta 1960 podrobneje določa ustavna določila o sodnem nadzoru. Sodišča imajo pristojnost, za presojo pravnih vprašanj in tudi za ugotavljanje dejanskih okoliščin. 114. člen tega sodnega reda govori o prostem preudarku. In sicer pravi, da v primeru pravice organa do prostega preudarka, se nad njimi izvaja nadzor nad zakonitostjo akta, ki ga organ izda (Classen, 1996, str. 12 in 120).

Med nezakonite uporabe prostega preudarka nemški sodni red navaja prekoračitev diskrecije, zlorabo diskrecije, nespoštovanje načela sorazmernosti, načelo enakosti in načelo vezanosti na lastne odločitve (Šturm, 1996, str. 182).

#### **8.5.4 Prekoračitev pooblastila**

Pravica do prostega preudarka je omejena z zakonom in zakonskimi določili. Kadar pride do presega meja teh določil, govorimo o prekoračitvi pooblastila, da organ odloča po prostem preudarku. Meje pooblastila pa ne določa vedno samo zakon, ampak tudi druge pravne norme in temeljna načela, tako upravna kot ustavna. Prekoračitev pooblastila privede do zmotnega pravnega sklepa, saj organ v zmoti ali namenoma uporabi takšno pravno odločitev, ki ne izhaja iz pravne norme oziroma je ta norma ne opravičuje (Šturm, 1996, str.183).

#### **8.5.5 Zloraba pooblastila**

Upravni organ mora pri odločanju po prostem preudarku nujno zadeti bistvo in namen norme, na podlagi katere odloča. Če tega ne stori pravimo da je zlorabil pooblastilo. Nemška doktrina s pojmom zloraba pooblastila stopnjuje naslednje pojme: zmotna uporaba preudarka-samovolja pri preudarku-prisvajanje preudarka. Uprava se je sicer držala zunanjih meja zakona in drugih zakonskih določil, ni pa se osredotočala na namen in tako prišla do smiselno napačne odločitve. Na žalost je zloraba pooblastila v praksi zelo pogosta, še huje pa je to, da jo je zelo težko dokazati in sistematizirati. Nemška pravni sistem pa navaja značilne tipske primere zlorabe: samovolja, napačna ugotovitev stvarnih okoliščin, zmotno vrednotenje uporabljene pravne norme in nesklepčnost (Šturm, 1996, str. 185-186).

## **9 PROSTI PREUDAREK V POVEZAVI Z OSTALIMI PRAVNIMI NAČELI**

### **9.1 NAČELO ZAKONITOSTI**

Načelo zakonitosti je eno izmed najpomembnejših temeljnih načel Zakona o splošnem upravnem postopku (ZUP). Določa, da mora vsak upravni akt, ki ga izdajo upravni organi, temeljiti na zakonu, podzakonskih pravnih aktih, predpisih lokalnih skupnosti in splošnih aktih, izdanih za izvrševanje javnih pooblastil. To načelo je najbolj pomembno v upravnih postopkih, kjer nastaja razmerje med organom in stranko. Temu je tako, ker je na podlagi tega načela stranka zaščitena pred samovoljo uradnih oseb. Načelo zakonitosti pravi, da mora biti temelj vsake odločbe nek veljaven materialni predpis, ki vsebuje neke obveznosti in pravice strank v postopku in temu pravimo materialna zakonitost, ter da mora celoten postopek potekati v skladu z določili ZUP-a in drugimi upravnimi postopki. Temu pa pravimo formalna zakonitost (Grafenauer, 2001, str. 34-35).

Pravico do prostega preudarka sme organ uporabiti le in samo v mejah pooblastila, ki mu je dano. Prosti preudarek je torej omejen z načelom zakonitosti v tem pogledu, da mora biti temelj odločanja upravnih organov nek veljaven predpis, kar pa je bistvo načela zakonitosti. Bodisi je to zakon, podzakonski pravni akt, nek predpis lokalnih skupnosti ali pa kakšen splošni akt, ki je izdan za izvrševanje javnih pooblastil (Grafenauer, 2001, str. 35).

### **9.2 NAČELO SORAZMERNOSTI**

Načelo sorazmernosti ščiti posameznikove pravice in svoboščine med poseganjem oblasti. Zahteva stvarno upravičenost cilja, pravno upravičenost in dopustnost uporabljenih sredstev in predvsem to, da so sredstva, ki se uporabljajo v nekem razumnem razmerju do družbene in politične vrednosti cilja (Jerovšek, 1995, str. 6).

To načelo zahteva tudi to, da upravni organ uporabi ukrepe, ki so sorazmerni z želenim ciljem. Tu je pomembno predvsem to, da se ne posega po nepotrebnem v pravice in koristi posameznika, da bi se zadovoljil nek javni interes (Jambreč, 1998, str. 46-47).

Tudi načelo sorazmernosti v 6. členu navaja Zakon o splošnem upravnem postopku, ki pravi, da mora upravni organ, ki je pooblaščen odločati po prostem preudarku izdati odločbo, ki je v mejah s pooblastilom in v skladu z namenom, za katerega mu je to pooblastilo dano. Pri svojem odločanju morajo upravni organi omogočiti strankam da zavarujejo in tudi uveljavljajo svoje pravice, vendar v tolikšni meri, da ne kršijo pravic drugih in da ni v nasprotju z javnim interesom (Šturm, 1998, str. 132).

Načelo sorazmernosti v povezavi s pravico do prostega preudarka se kaže tudi v primeru pritožbe. Če pritožbeni organ ugotovi, da je bila pravica do prostega preudarka neprimerno in nesmotrno uporabljena, lahko takšno odločbo razveljavi in jo nadomesti s

takšno, ki manj posega v pravice posameznika, na katerega se nanaša in če s to odločbo posameznik utrpí manjšo škodo in je takšna odločba ugodnejša (Šturm, 1998, str. 133).

### **9.3 NAČELO ENAKOSTI**

Ustava Republike Slovenije obravnava načelo enakosti že v 14. Členu. Ta pravi: »V Sloveniji so vsakomur zagotovljene enake človekove pravice in temeljne svoboščine, ne glede na narodnost, raso, spol, jezik, vero, politično ali drugo prepričanje, gmotno stanje, rojstvo, izobrazbo, družbeni položaj, invalidnost ali katerokoli drugo osebno okoliščino. Vsi so pred zakonom enaki » (Ustava RS, 14. člen).

Istočasno kot enakost vseh pred zakonom, pa ustava zapoveduje enakost pri uporabi prava. Tu pridemo do ugotovitve, da enakosti ne smemo jemati dobesedno, saj bi hitro prišlo do diskriminacije. Tako naj velja dejstvo, da se posamezniki obravnavajo enako glede na okoliščine in osebne značilnosti. Na kratko to pomeni, da se v podobnih okoliščinah primeri obravnavajo podobno in da imajo posamezniki s podobnimi osebnimi značilnostmi podobne pravice (Jerovšek, 1995, str. 4-5).

## 10

## PRIMERI UPORABE PROSTEGA PREUDARCA

### 10.1 INŠPEKCIJSKI NADZOR

Pojem inšpekcija razumemo kot natančen vpogled v delovanje organa in pomeni preverjanje njihovega delovanja na podlagi norm in nekih standardov. Inšpekcijske službe ugotavljajo in preverjajo skladnost delovanja organov s standardi. Namen inšpekcijskih služb je, da bi se preprečilo kršenje predpisov, norm in standardov, zato inšpekcijski organi ugotavljajo vsa potrebna dejstva, dokumentacijo in ravnanja subjektov. Rečemo lahko, da inšpekcijski nadzor ugotavlja zakonitost delovanja pravnih subjektov (Brejc v Vlaj, 1999, str. 9-10).

Inšpekcijski postopek se lahko začne po uradni dolžnosti, to je če inšpektor sam ugotovi, da je prišlo do kršitve nekega standarda, norme ali pravila, ali pa na podlagi prijave neke tretje osebe. V tem primeru govorimo o posebnem upravnem postopku.

#### 10.1.1 Zin – Zakon o inšpekcijskem nadzoru

Zakon o inšpekcijskem nadzoru okvirno ureja inšpekcijski postopek z določenimi splošnimi načeli, položaji, pravicami in dolžnostmi oseb, ki inšpekcijski nadzor izvajajo. Tako kot načela in neke norme, katerih se naj bi organi pri svojem delovanju držali, zakon o inšpekcijskem nadzoru vsebuje tudi ukrepe, ki jih inšpektor lahko uporabi v primeru, ko ugotovi kakršno koli kršitev. Tudi ZIN vsebuje temeljna načela za izvajanje inšpekcijskega nadzora.

##### a) Načelo samostojnosti

Pri opravljanju nalog inšpekcijskega nadzora so osebe, ki ta nadzor izvajajo, torej inšpektorji, pri svojem delu samostojni.

##### b) Načelo varstva javnega interesa in zasebnih interesov

Pri izvajanju inšpekcijskega nadzora morajo inšpektorji varovati tako javni kot zasebni interes.

##### c) Načelo javnosti

Inšpektorji morajo obveščati javnost o svojih ugotovitvah in izrečenih ukrepih, če je to potrebno za varstvo pravic pravnih in fizičnih oseb in če je to potrebno za zagotovitev spoštovanja nekega pravnega reda.

##### d) Načelo sorazmernosti

Inšpektorji lahko pri svojem delovanju posegajo v delovanje fizičnih in pravnih oseb le v takem obsegu, ki je potreben za učinkovitost delovanja inšpekcijskega nadzora. Pri ugotovitvi kršitve mora za stranko, ki je kršitev izvedla, izreči tisti ukrep, ki je zanj ugodnejši in na podlagi katerega bi utrpela manjšo škodo. Tu je že zaznati povezavo z

uporabo prostega preudarka, saj kot sem že omenila, je prosti preudarek tesno povezan z načelom sorazmernosti. V tem primeru se kaže v tem, da mora inšpektor med več možnimi ukrepi po lastni presoji in seveda v mejah pooblastila in zakona o inšpekcijskem nadzoru izbrati tisti ukrep, ki je ugodnejši in s katerim bo oseba, ki se ji ukrep nalaga, utrpela manjšo škodo. Upoštevati pa mora seveda to, da bo kljub blažjemu ukrepu vseeno zadovoljen javni interes.

### **10.1.2 Prosti preudarek pri inšpekcijskem nadzoru**

Tudi inšpektor lahko pri odločanju v inšpekcijskem postopku odloči po prostem preudarku. Vendar je tu potrebno poudariti, da karkoli se inšpektorju dopušča, da odloči po prostem preudarku, pomeni neko izjemo, ki potrjuje pravno pravilo in nikoli obratno. Med več možnimi ukrepi mora inšpektor vedno izbrati tisto, ki je najprimernejša glede na zakon in glede na nek javni interes, h kateremu inšpektor pri svojem delu teži. Paziti mora, da kadar odloča v korist stranke, pri tem ne krši njenih temeljnih pravic in svoboščin. Tako pooblastilo, odločati po prostem preudarku, se zato podelil le strokovno usposobljenim inšpektorjem. Uporaba prostega preudarka mora biti nujno obrazložena v odločbi, ki jo inšpektorji izdajo. S tem je zagotovljeno, da ne pride do samovolje (Strojin, 1996, str. 32-35).

## **10.2 PRIDOBITEV DRŽAVLJANSTVA**

Državljanstvo je razmerje med državo in posameznikom, ki je dvosmerne narave. Državljan ima določene obveznosti do države in država do posameznika. Posameznik mora ravnati v skladu z pravnim redom, ki v neki državi velja, država pa posamezniku nudi neke politične, socialne in državljanske pravice (Šturm, 1996, str. 87).

Državljanji imajo na podlagi ustave pravice, ki jih tujci ne uživajo. To so na primer pravica do peticije, volilna pravica, pravica do sodelovanja pri upravljanju javnih zadev, socialna varnost in druge. Temeljne človekove pravice in svoboščine pa veljajo tako za državljane kot za tujce (Šturm, 1996, str. 89).

### **10.2.1 Načini pridobitve državljanstva**

Potrebno je poudariti, da se zaradi uporabe prostega preudarka pri podeljevanju državljanstva teoretični načini podelitve kar dosti razlikujejo od praktičnih primerov. Tako v teoriji ločimo 3 sisteme za pridobitev državljanstva:

#### a) Načelo krvne zveze

Državljanstvo otroka se določa glede na državljanstvo njegovih staršev, ne glede na kraj, kjer je bil otrok dejansko rojen.

#### b) Načelo območja



Otrok dobi tisto državljanstvo, v kateri državi se je rodil. Pri upoštevanju tega načela ne šteje državljanstvo staršev niti ne dejstvo, ali bo otrok v državi, v kateri se je rodil ostal ali ne.

c) Načelo prebivališča

Če posameznik izpolnjuje določene pogoje, postane državljan tiste države, v kateri ima prebivališče (Šturm, 1996, str. 91-92).

Pri podeljevanju državljanstva je v praksi potrebno predelati tudi Zakon o državljanstvu Republike Slovenije. Pomembno je predvsem načelo enakosti, ki pravi, da so pred zakonom vsi enaki. Po tem takem, bi vsi, ki imajo iste značilnosti morali pridobiti državljanstvo iz istih razlogov, brez izjem in ne glede na posebne okoliščine, ki so dostikrat odločilnega pomena za posameznika. Zato je tu potrebno povedati, da Zakon o državljanstvu Republike Slovenije organom, ki so pristojni dodeliti državljanstvo, dopušča uporabo prostega preudarka. Zaradi tega pride tudi do odstopanj v teoriji in praksi. Dodelitev državljanstva je zelo zapleten postopek, ki od organov zahteva zelo temeljito obdelavo vsakega primera posebej. Zato imajo tudi široke meje prostega preudarka (Šturm, 1996, str. 94, 95).

Prosti preudarek lahko pri pridobitvi državljanstva najbolj povežemo z pridobitvijo državljanstva na podlagi naturalizacije. Za to morajo biti izpolnjeni pogoji, kot so polnoletnost prosilca, osebne lastnosti (obvladanje jezika, zemljiška posest, poklic ipd.), prosilec mora določeno obdobje bivati na ozemlju te države in odpuščen oziroma odpovedan mora biti v kateri koli drugi državi (Šturm, 1996, str. 98).

Zakon o državljanstvu Republike Slovenije določa dva postopka naturalizacije in sicer:

a) Redni postopek naturalizacije

Na podlagi prostega preudarka lahko organ osebo, ki prosi za naturalizacijo sprejme v državljanstvo Republike Slovenije. Kot vemo, je pravica do prostega preudarka omejena z zakonom in drugimi pravnimi načeli. Tako na primeru državljanstva velja, da organ odloča po prostem preudarku na podlagi določil oziroma pogojev, ki jih mora prosilec izpolnjevati. Te pogoji so polnoletnost, odpust iz prejšnjega državljanstva, 10 let bivanja v Sloveniji od tega zadnjih 5 let neprekinjeno, zagotovljen trajen vir preživljanja, ki zagotavlja minimalno materialno in socialno varnost, obvladanje slovenskega jezika, oprostitev od kakršnega koli kaznivega dejanja, da ni nevarnosti za javni red z njenim sprejemom, poravnane davčne obveznosti in da izjavi, da s pridobitvijo državljanstva soglaša s pravnim redom države (10. člen ZDRS).

S temi pogoji je upravnemu organu dano navodilo, da odloči na podlagi prostega preudarka. Naštete pogoje mora temeljito preučiti, preveriti in se po lastni presoji oziroma na podlagi prostega preudarka primerno odločiti. Tu je organu dana velika mera lastne presoje in to od njega zahteva visoko strokovno usposobljenost in težko delo.

## b) Naturalizacija z olajšavami

Postopek naturalizacije z olajšavami je v Zakonu o državljanstvu Republike Slovenije urejen v 12. členu. Ta postopek ne samo da olajšuje sprejem slovenskih izseljencev v državljanstvo, ampak tudi izrecno pooblašča organ da odloča po prostem preudarku. To je razvidno iz 12. člena ZDRS, ki pravi: »Pristojni organ lahko, če je to v skladu z nacionalnim interesom, po prostem preudarku sprejme v državljanstvo Republike Slovenije slovenskega izseljenca in njegovega potomca do tretjega kolena v ravni črti, če dejansko živi v Sloveniji neprekinjeno vsaj eno leto pred vložitvijo prošnje in ima urejen status tujca in če izpolnjuje pogoje iz 1., 4., 5., 6., 7., 8., 9. in 10. točke prvega odstavka 10. člena ZDRS« (12. člen ZDRS).

Na podlagi prostega preudarka lahko pristojni organ v državljanstvo Republike Slovenije sprejme:

- Osebo, ki nima državljanstva zaradi odpusta ali odreka pred sprejemom tega zakona in če dejansko 6 mesecev neprekinjeno živi v Sloveniji pred vložitvijo prošnje,
- Osebo, ki je z drugim državljanom Slovenije poročena že najmanj 2 leti in če vsaj 1 leto neprekinjeno živi v Sloveniji,
- Osebo, rojeno na območju Slovenije in je polnoletna ter v Sloveniji živi od rojstva,
- Osebo, ki ima status begunca podeljenega na podlagi Zakona o azilu in da v Sloveniji neprekinjeno živi 5 let pred vložitvijo prošnje,
- »Apatrida«, to je osebo brez državljanstva, če 5 let neprekinjeno živi v Sloveniji in ima status tujca (12. člen ZDRS).

## c) Izredni postopek naturalizacije

Ta postopek ureja 13. člen Zakona o državljanstvu Republike Slovenije. Bistvo tega postopka je, da se lahko državljanstvo, ne glede na določila in pogoje, ki jih določa 10. člen tega zakona, podeli osebi, ki bi državi koristila zaradi znanstvenih, kulturnih, gospodarskih in drugih razlogov. Je pa seveda pogoj, da v Sloveniji živi neprekinjeno 1 leto, ima urejen status tujca in izpolnjuje pogoje iz 4., 6., 8., 9. in 10. točke prvega odstavka 10. člena Zakona o državljanstvu Republike Slovenije (13. člen ZDRS).

Če povzamem, je bistvena naloga upravnega organa, ki ima dano pooblastilo odločati po prostem preudarku, da izmed vseh naštetih pogojev, ki so navedeni v zakonu in vseh okoliščin, ki se od primera do primera razlikujejo, odloči, komu bo podelil državljanstvo in komu ne. Po lastni presoji se mora odločiti, ali oseba izpolnjuje dovolj pogojev za pridobitev, ali mora izpolnjevati popolnoma vse, ali je dovolj da jih izpolnjuje le nekaj in k dodelitvi pripomorejo mogoče kakšne druge pomembne okoliščine ali pa je obravnavana kot izjema. Na tem področju je organom prepuščena velika mera prostega preudarka, kar pa pomeni tudi večjo odgovornost. Seveda pa se morajo organi pri odločanju osredotočati na temeljni zakon, to je Zakon o

državljanstvu Republike Slovenije in na vsa določila, ki jih ta zakon določa. Največjo mero prostega preudarka pa organi uživajo pri izrednem postopku naturalizacije, saj tu sami presodijo, ali je za državo pomembno oziroma nujno, da državljanstvo podelijo na primer uspešnemu zdravniku, športniku ali znanstveniku.

V uvodu postavljeni hipotezi, da prosti preudarek ne pomeni neke samovolje pri odločanju upravnih organov in da je nujno potreben pri sprejemanju odločitev upravnih organov, sem dokazala in potrdila v podrobni obdelavi pojma v posameznih poglavjih diplomskega dela.

Pri sami opredelitvi pojma »prosti preudarek« sem ugotovila, da obstaja več različnih vendar še vedno podobnih razlag. Vse razlage še vedno stremijo k temu, da je prosti preudarek pravica organa, da pri svojem odločanju izbira med več različnimi možnostmi, vendar so te možnosti dane v okviru in na podlagi zakona in da mora organ paziti, da pri tem ne preseže njegovih meja in da sprejme odločitev, ki je tudi v skladu z namenom pooblastila, ki mu je dano. Pri tem je najpomembnejše dejstvo, da mora upoštevati javno korist in da nikakor ne sme zlorabiti pooblastila in sprejeti odločitev, ki bi bila nesmotrna in nesprejemljiva za širšo javnost.

Glede na mnenje različnih pravnih teoretikov, da je nastanek prostega preudarka povezan z uporabo nedoločenih pravnih pojmov, sem tudi to področje podrobneje raziskala. Ugotovila sem, da so kot prvo nedoločeni pravni pojmi tisti pojmi, ki so uporabljeni v določenih pravnih normah in za katere je značilno predvsem to, da so zelo posplošeni in nikakor ne morejo opredeljevati specifičnega primera ampak za skupino podobnih primerov. Kot drugo pa sem ugotovila, da so nedoločeni pojmi vsekakor v nekakšni povezavi z prostim preudarkom. Temu je tako, ker je na podlagi nedoločenega pravnega pojma, organu prepuščena pravica, da odloči po lastni presoji, v okviru namena in pomena tega pojma. Torej si organ sam podrobno razloži nedoločen pojem glede na specifične okoliščine in dejstva vsakega posamičnega primera.

Bistveno vprašanje mojega raziskovanja je bilo predvsem to, zakaj je prosti preudarek sploh potreben. Našla sem odgovor na to vprašanje, ki me je prepričal da je temu res tako. Bistven namen prostega preudarka je v tem, da nekako olajša delo zakonodajalca pri pisanju zakonskih določil in norm. To se kaže predvsem v tem, da zakonodajalec ne more napisati takšne pravne norme, ki bi zajela čisto vse primere, čisto vse okoliščine in bi dosegla pravičnost in zakonitost pri vseh obdelanih primerih. Zato je pri tem nujno potreben prosti preudarek, ker se primeri med seboj razlikujejo. Pravica do prostega preudarka se organu podeli s tem, ko zakonodajalec pri oblikovanju norme uporabi izraze kot so »organ sme«, »organ lahko« in s tem je olajšano delo zakonodajalca pri pisanju norm in dosežena zakonitost, smotrnost in učinkovito delovanje upravnih organov, ter da oblikovane norme v popolnosti služijo svojemu namenu.

Da sem lahko ovrгла hipotezo, da je na podlagi prostega preudarka organom dana pravica, da odločajo po svoji volji in kakor se jim zahoče, sem podrobneje obdelala in preučila, s čim in kako je prosti preudarek omejen. Prišla sem do ugotovitve, da je temeljna meja vsakega prostega preudarka predvsem zakon. Odločitve, ki jih organi sprejemajo morajo biti vedno v mejah in v okviru zakonskih določil. Med omejitve

diskrecijske pravice pa štejemo tudi javni interes, druga določila, norme in seveda namen, ki ga naj bi organ dosegel. Če organ te meje preseže, govorimo o zlorabi prostega preudarka in za to organ nosi tudi posledice.

Naj omenim tudi to, da je vsak posameznik, za katerega je bila odločitev sprejeta na podlagi prostega preudarka, zavarovan in zaščiten s strani zakona. Tako ima vsak, ki meni, da je bila z odločbo upravnega organa, ki je odločalo na podlagi diskrecijskega pooblastila, kršena njegova temeljna pravica in se ne strinja z odločitvijo organa, pravico do pritožbe ali upravnega spora. Kakšne so razlike med eno in drugo, ter pogoji za uveljavljanje teh pravic, sem podrobno obrazložila v diplomski nalogi.

V povezavi s pravico posameznika do pritožbe sem ugotovila, da je na podlagi tega prosti preudarek povezan tudi z načelom sorazmernosti. To načelo namreč pravi, da mora organ vedno sprejeti tisto odločitev, ki je za posameznika najbolj ugodna in ki najmanj škodi njegovemu položaju. Prosti preudarek je povezan tudi z načelom enakosti, še vedno pa velja, da je najtesneje povezan z načelom zakonitosti, saj morajo organi z diskrecijskim pooblastilom delovati v mejah in na podlagi zakona.

Mislilim, da sem s podrobno raziskavo vsakega posameznega področja, ki se nanaša na pravico do prostega preudarka dosegla to, da lahko upravičim nujnost uporabe prostega preudarka in vsekakor ovržem hipotezo, da je prosti preudarek le še ena pravica več, ki naj bi jo imeli upravni organi pri svojem odločanju. Na podlagi vsega napisanega mi je pojem kot tak uspelo predstaviti v pozitivni luči in ga približati bralcem.

## LITERATURA IN VIRI

- ADAMOVICH-FUNK: Ludvig K. Adamovich – Bernd-Christian Funk (1984). *Allegemeines Verwaltungsrecht*, 2. Auflage, Springer, Wein, str. 448.
- ANDROJNA, Vilko, KERŠOVAN, Erik (2006). *Upravno procesno pravo*. GV Založba, Ljubljana.
- ANDROJNA, Vilko (1985). *Upravni postopek in upravni spor*. ČZ Uradni list SRS, Ljubljana.
- BOSTIČ, Alojz, KOŠIR, Matej, RAJH, Vekoslav (1997). *Etika upravnega dela*. PACO d.o.o., Ljubljana.
- BROWN, L. Neville, John S. Bell, Jean-Michel Galabert (1993). *French Administrative Law*, 4th ed., Oxford University Press, str. 333.
- CLASSEN, Claus Dieter (1996). *Die Europaisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Tübingen, str. 211.
- FERFILA, Bogomil, KOVAČ, Polonca, LOXLEY, John, LOXLEY, Salim, RASHWAN, Nadja, PINTERIČ, Uroš, KLINAR, Igor, BABIČ, Aldo, ŠOLTES, Igor, MRAK, Mojmir, WORSTNER, Peter, MUBI ZALAZNIK, Alenka, KUDO, Hiroko (2007). *Ekonomski vidiki javnega sektorja*. Economic aspects of the public sector. Fakulteta za družbene vede, Ljubljana.
- GRAFENAUER, Božo, BREZNIK, Janez (2005). *Upravni postopek in upravni spor*. GV Založba, Ljubljana.
- JEROVŠEK, Tone (1992). *Zapolnjevanje nedoločenih pravnih pojmov v upravnem pravu*. Podjetje in delo. 18, št. 6, str. 699 – 705.
- KAUČIČ, Igor, GRAD, Franc (2007). *Ustavna ureditev Slovenije*. GV Založba, Ljubljana.
- KOS, Borivoj (1996). *Diskrecijska pravica: dana pristojnemu organu le na podlagi zakonske norme*. Pravna praksa. Št. 1, str. 1 – 5.
- KRBEK, Ivo (1937). *Diskreciona ocjena*. Zagreb.
- KUHELJ, Alenka (2004). *Varstvo pravice do zasebnosti, veroizpovedi in svobodnega izražanja v pravu Sveta Evrope*. Fakulteta za upravo, Ljubljana.
- MOOR: Pierre (1994). *Droit administratif. Vol. I, Les fondements generaux* Berne, 556 str.
- PEČARIČ, Mirko (2009). *Akti vladanja in upravni akti – ločnica v zakonu, megla v praksi*. Javna uprava. 45, št. 4, str. 89 - 120.
- PICARD, Etienne (1989). *Le pouvoir discretionnaire en droit administratif francais*, Revue internationale de droit compare, (Journées de la Societe de legislation compare), str. 295 – 319.
- SKUBIC, Nataša (2007). Terminološki kotiček. (189), *Prosti preudarek*. Pravna praksa. 26, št. 26, str. 30.
- SMRKOLJ, Maja (2008). *Omejitev diskrecijskega odločanja Komisije ES*. Pravna praksa. 27, št. 45, str. 29 – 30.

- SRDIĆ, Milutin, MILJKOVIĆ, Đorđe (1979). Pravna enciklopedija. *Savremena administracija*, Beograd.
- ŠTURM, Lovro (1996). *Diskrecijski upravni akti*. Javna uprava. 32, št. 4, str. 499 – 529.
- ŠTURM, Lovro (1996). *Vežanost uprave pri prostem preudarku*. Javna uprava. 32, št. 2, str. 135 – 210.
- VUKSANOVIĆ, Igor (2008). *Politična diskrecija v upravnem sporu*. Pravniki. 63, št. 9/10, str. 479 – 516.
- VUKSANOVIĆ, Igor (2009). *Posebne oblike diskrecijskega odločanja*. Javna uprava. 45, št. 3, str. 43 – 75.