

UNIVERZA V LJUBLJANI
FAKULTETA ZA DRUŽBENE VEDE

TINA GERBEC

PROSTI PREUDAREK PRI DELOVANJU UPRAVE

DIPLOMSKO DELO

LJUBLJANA, 2005

UNIVERZA V LJUBLJANI
FAKULTETA ZA DRUŽBENE VEDE

TINA GERBEC

MENTOR: izr. prof. dr. MARJAN BREZOVŠEK

PROSTI PREUDAREK PRI DELOVANJU UPRAVE

DIPLOMSKO DELO

LJUBLJANA, 2005

KAZALO

1 UVOD	1
1.1 OPREDELITEV OSNOVNIH POJMOV	7
2 PRAVNA DRŽAVA IN MESTO UPRAVE V NJEJ	9
2.1 ZGODOVINSKA IZHODIŠČA	9
2.2 SODOBNA PRAVNA DRŽAVA	10
2.2.1 Mesto uprave v sodobni pravni državi	11
3. OPREDELITEV POJMA PROSTI PREUDAREK	14
3.1 SPLOŠNO O SAMEM POJMU	14
3.1.1 Glavne značilnosti prostega preudarka	15
3.1.2 Prosti preudarek kot svobodna odločitev upravnega organa ali vezana odločitev	17
3.1.3 Meje prostega preudarka	20
3.1.4 Prosti preudarek in prosta presoja dokazov	22
3.1.5 Prosti preudarek in nedoločeni pravni pojmi	27
3.2 PROSTI PREUDAREK IN DRUGA PRAVNA NAČELA	30
3.2.1 Prosti preudarek in načelo zakonitosti	30
3.2.2 Prosti preudarek in načelo sorazmernosti	35
3.2.3 Prosti preudarek in načelo enakosti	37
3.3 UPORABA PROSTEGA PREUDARKA V NEKATERIH DRUGIH EVROPSKIH DRŽAVAH	39
3.3.1 Anglosaške države	39
3.3.2 Švica	40
3.3.3 Francija	41
3.3.4 Avstrija	43
3.3.5 Nemčija	46

3.3.6 Slovenija	48
4 ZLORABA PROSTEGA PREUDARKA	56
4.1 VRSTE NADZORA NAD ZAKONITOSTJO KONKRETNIH UPRAVNIH AKTOV, IZDANIH NA PODLAGI DISKRECIJSKEGA POOBLASTILA	57
4.1.1 Upravni nadzor	57
4.1.2 Sodni nadzor	58
4.2 PRAVICA POSAMEZNIKA DO PRAVNEGA SREDSTVA V PRIMERU KRŠITEV DISKRECIJSKEGA POOBLASTILA	58
4.2.1 Pritožba	58
4.2.2 Upravni spor	60
5 UPORABA PROSTEGA PREUDARKA NA PRIMERU ZAKONA O DRŽAVLJANSTVU REPUBLIKE SLOVENIJE	63
5.1 DRŽAVLJANSTVO	63
5.2 NAČINI ZA PRIDOBITEV DRŽAVLJANSTVA	65
5.3 PRENEHANJE DRŽAVLJANSTVA	71
5.4 PRIMERI TOŽB ZOPER ODLOČBE UPRAVNEGA ORGANA GLEDE SPREJEMA V DRŽAVLJANSTVO REPUBLIKE SLOVENIJE	74
5.4.1 Tožba, kjer se pritožba zavrne	74
5.4.2 Tožba, kjer se pritožbi ugotovi	75
6 ZAKLJUČEK	78
7 SEZNAM TABEL IN SLIK	80
8 LITERATURA IN VIRI	81

1 UVOD

Prosti preudarek je pojem, ki je za marsikoga nerazumljiv. Ko govorimo o prostem preudarku ali diskrecijski pravici, se pogosto pojavi vprašanje, kaj to sploh je. Lahko bi zaključili že s preprosto definicijo, da je prosti preudarek z zakonom podeljeno pooblastilo upravnemu organu, da med dvema ali več alternativami izbere tisto, ki je najbolj primerna v neki situaciji oziroma najboljše ustreza javnemu interesu, vendar bi bilo samo to premalo. Zopet se lahko zastavi vprašanje: *Ali ne pomeni prosti preudarek zgolj neko samovoljo upravnega organa, ki ima celo legalno podlago v zakonu?* Po drugi strani je mogoče najti avtorje, ki trdijo, da prosti preudarek ne more obstajati. Vavpetič (1948: 225) pravi, da se v pravu išče vsebina pravnega pojma po drugih kriterijih neodvisno od pravne norme.

Da bi lahko odgovorili na podobna vprašanja in razčistili dvome o legitimnosti delovanja uprave v takih primerih, moramo pojem prostega preudarka nujno vnesti v širši kontekst moderne pravne države in razložiti še nekatere druge pojme, ki so neizogibni za njegovo lažje razumevanje. S tem bom poskusila dokazati, da je institut prostega preudarka neizogibno sredstvo v določenem trenutku upravnega delovanja. Pri tem se bom sklicevala predvsem na veljavno zakonodajo, pomembni so zlasti Zakon o splošnem upravnem postopku (ZUP)¹, Ustava Republike Slovenije², Zakon o upravnem sporu (ZUS)³ in drugi, ki urejajo to področje, za dokazovanje konkretnega primera pa tudi Zakon o državljanstvu Republike Slovenije (ZDRS)⁴.

Glavni namen diplomske naloge je torej prikazati načelo prostega preudarka v pravni državi kot potreben, koristen in zgodovinsko prisoten pojem v upravnem delovanju ter aplikacija tega na zakon o državljanstvu, kot tudi možnosti pravne zaščite posameznika z uporabo inštituta upravnega spora v primeru kršitve. S tem bom

¹ Zakon o splošnem upravnem postopku (ZUP), Uradni list RS, št. 80/1999, 70/2000, 52/2002, 73/2004.

² Ustava Republike Slovenije, Uradni list RS, št. 33/91.

³ Zakon o upravnem sporu (ZUS), Uradni list RS, št. 50/1997, 65/1997, 70/2000, 11/2003.

⁴ Zakon o državljanstvu Republike Slovenije, Uradni list RS, št. 1/1991, 38/1992, 61/1992, 13/1994, 13/1995, 29/1995, 59/1999, 96/2002.

poskusila dokazati upravičenost diskrecijskega odločanja upravnih organov. Postavila bomo naslednji hipotezi:

- 1. Delovanje upravnih organov po prostem preudarku je danes precej omejeno, je pa vseeno prisotno in v določenih primerih neizogibno.*
- 2. Čeprav je upravnemu organu dana pravica odločati po prostem preudarku, to ne pomeni možnosti za samovoljno odločanje, saj je upravni organ vselej pravno in družbeno vezan.*

Pri tem bom uporabila predvsem **deskriptivno metodo**, s katero bom poskušala čimbolj nazorno prikazati omenjeno tematiko, **primarno analizo**, to je analizo zakonov, predpisov in ustave, **sekundarno analizo** virov (knjig, člankov ipd. ter internetnih virov) in **usmerjeni, fokusirani intervju**.

Diplomsko nalogo lahko vsebinsko razdelim na štiri dele. V prvem delu bom najprej nekaj besed namenila načelu moderne pravne države in mestu uprave v njej. Načelo prostega preudarka se namreč lahko pravilno interpretira in udejanja zgolj v okviru njenih meja in predpostavk. Prosti preudarek bi brez pravne podlage v pravni državi lahko pomenil zgolj samovoljo upravnih organov, ta pa naj bi bila v moderni pravni državi že presežena.

V drugem delu se bom posvetila samemu načelu prostega preudarka in predstavila še nekatera druga pravna načela, ki so neposredno povezana z njim. Mislim predvsem na načelo zakonitosti ter načelo enakosti in sorazmernosti. Nekaj besed bom namenila tudi t. i. nedoločenim pravnim pojmom. Prikazala bom tudi, kako so to načelo razumeli in razlagali različni avtorji in v kakšni obliki se pojavlja v drugih državah.

Tretji del je namenjen zlorabi oziroma kršitvam prostega preudarka in uporabi pravnih sredstev, ki jih ima posameznik na voljo zoper kršitve upravnih organov. To

sta pritožba in upravni spor, ki je pri nas utemeljen v Zakonu o upravnem sporu.

V četrtem delu bom prikazala prosti preudarek na primeru Zakona o državljanstvu Republike Slovenije. Osredotočila se bom predvsem na pomen državljanstva za vsakega posameznika kot eno izmed temeljnih človekovih pravic, na zgodovinski pregled ter na sam način pridobitve in vrste državljanstva.

1.1 OPREDELITEV OSNOVNIH POJMOV

V tem delu bom na kratko predstavila nekaj temeljnih pojmov, ki se bodo pojavljali v celotni diplomski nalogi in so nujni za boljše razumevanje načela prostega preudarka.

Pravna država

Je država, v kateri vsi zakoni, vse pravice in vse svoboščine veljajo enako za vse ljudi v enakih okoliščinah, in sistem, kjer se dosledno uresničuje formalna procedura pravičnosti in enakopravnosti (Sruk, 1995: 75).

Uprava/upravni organi

Sruk v Leksikonu politike opredeljuje upravo kot dejavnost, ki se ukvarja z urejanjem, usmerjanjem življenja v kaki družbeni skupnosti. Upravni organi pa so organi, ki opravljajo to dejavnost (Sruk, 1995: 349).

V skladu s Pravno enciklopedijo pa so upravni organi tisti organi in organizacije, ki v mejah svojih pooblastil in na osnovi zakona v imenu države izvajajo upravne posle (Srđić in Miljković, 1979: 1534).

Pojavljajo se tudi različna pojmovanja uprave, in sicer:

- za označevanje določene organizacije ali organov (uprava v organizacijskem smislu),
- za označevanje določene dejavnosti/delovanja (uprava v funkcionalnem smislu), kar Pusić označuje kot upravljanje (Rakočević, 1994: 15).

Upravni postopek

Je postopek, v katerem pristojni organ javne uprave odloča o pravici, obveznosti ali pravni koristi posameznika v konkretni upravni stvari na določenem upravnem področju. V tem postopku se na podlagi materialnih predpisov, s katerimi je določena vsebina pravnih razmerij na posameznem upravnem področju, ugotavljajo, ustanavljajo, spreminjajo ali ukinjajo pravice, obveznosti in koristi posameznika. Upravni organi s tem določajo pravna razmerja posameznikov (Androjna, 1992: 13).

Prosti poudarek/diskrecijska pravica

Je z zakonom podeljeno pooblastilo in pravica upravnega organa, da pri izdajanju upravnih aktov izmed dveh ali več možnih alternativ izbere tisto, ki se mu zdi najbolj primerna. Prosti poudarek mora vedno ustrezati zahtevam suverene države in družbene ureditve, ki temelji na načelu zakonitosti delovanja uprave (Srđić in Miljković, 1979: 1310).

Upravni spor

Je spor o zakonitosti upravnega akta. Poznamo dve vrsti nadzora zakonitosti izdanih upravnih aktov:

- **Notranji nadzor**, ki ga izvajajo organi druge stopnje, ko odločajo o pritožbi zoper konkretne upravne akte (odločbe ali sklepe), izdane na prvi stopnji v upravnem postopku, ki še niso postali dokončni. To je t. i. **instančni nadzor**. Poznamo pa tudi **hierarhični nadzor**, ko pristojni organ druge stopnje odloča o zakonitosti na prvi stopnji izdanih dokončnih upravnih aktov.
- **Zunanji nadzor** pa je nadzor, ki ga nad konkretnimi upravnimi akti izvajajo redna sodišča.

Upravni spor ni izredno pravno sredstvo v okviru prostega preudarka, pač pa gre za sodni spor (Androjna, 1992: 295–297).

Državljanstvo

Je pripadnost kaki državi, mednarodnopravno razločevalni znak nasproti inozemcem in osebam brez državljanstva; državnopravno pomeni včlanjenost v državno organizacijo, ki daje državljanom posebno varstvo (Dolinar in Knop, 2000: 224).

V skladu s Srukovo opredelitvijo v Leksikonu politike je državljanstvo »pravni odnos med fizično osebo in suvereno državo, na osnovi katerega ima ta oseba določene obveznosti na eni strani, na drugi strani pa formalnopravno vse državljske, politične in ekonomskosocialne pravice v tej državi, ne glede na to, ali prebiva na domačem ali na tujem ozemlju« (Sruk, 1995: 79).

2 PRAVNA DRŽAVA IN MESTO UPRAVE V NJEJ

2.1 ZGODOVINSKA IZHODIŠČA

Politična in družbena modernizacija sta se začeli s francosko revolucijo, ko so se razblinila protislovja tedanje družbe in hkrati razsvetljenih despotskih vladavin. Čeprav je že Kant govoril o pravni državi, ji je pečat dala predvsem nemška liberalno usmerjena pravna teorija v 19. in začetku 20. stoletja. Kant se je zavzel za ločitev in uravnoteženje posameznih vej oblasti. Od Rousseauja je prevzel teorijo o družbeni pogodbi, ki pomeni zakonito osnovo državne oblasti. Kantova teorija o državi, temelječi na pravu, je prinesla pomembne novosti. Na eni strani ščiti svobodo in interese posameznikov v medsebojnih odnosih – ti morajo namreč vsakomur zagotoviti izvajanje lastnih pravic, na drugi strani pa ščiti njihove interese nasproti državi. V Kantovi pravni državi morajo vladajoči spoštovati zakone enako kot tisti, katerim vladajo. Dobra država potemtakem ne izhaja več iz dobrote njenega vladarja, pač pa iz njene pravne ureditve (Kant v Alatri, 1980: 149–153).

Ideja o pravni državi je našla svoje temelje predvsem v okoljih, kjer je bilo meščanstvo pomembna in vplivna družbena skupina. V tistem obdobju so nosilci

naprednih idej usmerjali svoje napore v omejevanje moči absolutnih vladarjev, ki so bili nosilci zakonodajne in izvršne oblasti in niso dopuščali omejitve politične moči. Njihova vodilna ideja je bil konstitucionalizem, ki je zahteval sprejem ustave in parlamentarizem, s katerim bi demokratično izvoljeno predstavništvo nadziralo delovanje uprave in vlade. Govorimo o liberalizmu, ki je začel uveljavljati načelo vezanosti izvršne oblasti na zakon in delitev oblasti na zakonodajno, izvršno in sodno. Te naj bi bile med seboj neodvisne in naj bi ena drugo nadzirale. Z nastankom ustavne monarhije so se začele te zahteve počasi uveljavljati, svojo polno realizacijo pa so doživele v demokratični državi (Šinkovec, 1996: 21–22).

2.2 SODOBNA PRAVNA DRŽAVA

Sodobna država je pravna država. Delovanje državnih organov je določeno s pravnimi pravili, ki predpisujejo njihovo ravnanje ter omogočajo zanesljivo predvidevanje načina odločanja in nadzor nad njihovimi odločitvami. V takšni državi ima posameznik na voljo sredstva za tak nadzor in za obrambo pred samovoljnimi odločitvami državnih organov. Načelo pravne države dosledno veže vse upravne organe, saj lahko delujejo le v skladu z zakonsko in ustavno dodeljenimi pooblastili. To velja tako za sprejemanje splošnih odločitev kot za neposredno odločanje o pravnih pravicah in obveznostih posameznikov. Slednji imajo pravico izpodbijati odločitve uprave, če menijo, da so nezakonite. Delovanje državnih organov in uprave je podvrženo sodnemu nadzoru. Načelo pravne vezanosti velja tudi za sodstvo, ki je v pravni državi strogo vezano na ustavo in zakon in je obenem tudi neodvisno (Perenič, 1995: 50).

Medtem ko se je v preteklosti država le minimalno vmešavala v družbena razmerja – prepuščala jih je predvsem tržnim avtomatizmom –, to za sodobno državo ne velja več. Nasprotno. Zanja je postala ureditev razmerij med javno in zasebno sfero, to je med posameznikom in skupnostjo, osrednje vprašanje, na katero mora odgovoriti upravni proces. O javnem upravljanju in upravi pa lahko govorimo le v okviru

javnopravnih skupnosti in najširša taka skupnost je država (Virant, 1998: 21–22).

Pojem pravne države lahko prikažemo na različne načine in z različnih zornih kotov:

Za **pravno teorijo** pomeni ta pojem vladavino zakona in zagotovitev temeljnih pravic in svoboščin. Za **politično teorijo** pa pomeni predvsem vzpostavitev delitve in medsebojne uravnoteženosti posameznih vej državne oblasti (Cerar in drugi, 1998: 176–177).

Lahko pa jo opredelimo tudi kot **pravno državo v formalnem** in **pravno državo v materialnem smislu**. V prvem primeru gre za državo z vsebinsko diferenciranim in delujočim efektivnim pravnim redom, ki veže vse državne organe, ter s kontrolnim mehanizmom, ki zagotavlja spoštovanje zakonov. V drugem primeru se država izraža z učinkovitim pravom, temelječim na splošno sprejetih pravičnih vrednotah. V tej državi ustavne pravice in svoboščine omejujejo državo in ji preprečujejo preseganje pooblastil ali samovoljo do posameznikov, katerim je zagotovljeno svobodno področje nasproti državi (Šinkovec, 1996: 22).

Glede na zgoraj navedeno pojmovanje pravne države je treba opozoriti, da bosta za dokazovanje načela prostega preudarka najbolj relevantni pojmovanje pravne države v skladu s pravno teorijo in načelo pravne države v materialnem smislu.

2.2.1 Mesto uprave v sodobni pravni državi

V preteklosti je bila uprava le odraz samovolje absolutističnega vladarja ali pa hierarhično organizirana strokovna veja izvršne oblasti – policijskoabsolutistična uprava. V upravi tedaj ni veljalo načelo zakonitosti. Delovala je pod krinko zasledovanja javnega interesa in splošne blaginje po prostem preudarku upravnih uradnikov, ki niso bili podvrženi sodni kontroli. Tudi to je eden od razlogov, zakaj se še danes pojmi, kot sta npr. javni interes oz. javna blaginja, smatrajo kot predmet razlage po prostem preudarku upravnih uradnikov (Cijan in Grafenauer, 2002: 37).

Danes je uprava ena izmed najpomembnejših sestavin modernega življenja in človekovega organiziranega delovanja. Njeno delovanje ne more in ne sme biti več nenadzorovano delovanje po prostem preudarku, neprimerno pa je tudi nefleksibilno in togo spoštovanje črke zakona, saj so se naloge, ki jih mora izvajati, področje in pogoji njenega delovanja ter pričakovanja uporabnikov povsem spremenili. Uprava se je modernizirala in danes posredno vpliva na celoten gospodarski, socialni, kulturni in splošni civilizacijski razvoj. Še vedno pa je ostala učinkovito sredstvo za omejevanje posameznikove svobode in individualnosti.

Teritorialni upravni sistem sestavljajo državni zbor, vlada in uprava ter ima tri temeljne funkcije: odločanje, izvrševanje in nadzor. Odločanje je pristojnost vlade in državnega zbora. Izvrševanje in nadzor pa sodita v pristojnost uprave, ki vedno izvršuje odločitve drugih. To počne z izdajanjem konkretnih in abstraktnih upravnih aktov ter z opravljanjem materialnih dejanj, naloženih z zakonom ali vladnim aktom. Nikoli pa ni pooblaščen za originarno odločanje. Naslednja funkcija uprave je nadzorna. Uprava izvaja nadzor nad izvajanjem zakonov in drugih predpisov (inšpekcijski nadzor) ter nad delom organov lokalnih skupnosti. Preostale funkcije uprave so še: zagotavljanje izvajanja javnih služb in nadzor nad njimi; pospeševalna funkcija, ki se tiče predvsem razvoja, in funkcija strokovnotehnične uprave, ki je namenjena predvsem oskrbovanju vlade z znanjem in informacijami (Trpin, 1996: 45-47).

Vlada torej izvaja svojo funkcijo preko uprave, brez katere si ne moremo predstavljati njenega delovanja, saj upravni organi izvršujejo odločitve, ki jih sprejme vlada. Upravna dejavnost se skladno z določbami ustave opravlja preko ministrstev, kar pomeni, da mora biti vsaka upravna naloga vključena v eno od ministrstev. V skladu z zakonom pa upravni organi v konkretnih upravnih zadevah izdajajo upravne odločbe in sklepe (Perenič, 1995: 132).

Vavpetič opredeljuje upravo kot »pomožno dejavnost, ki omogoča nemoteno in redno opravljanje temeljnih nalog«. Kot posebna strokovna dejavnost mora imeti svoj sistem in metode dela, ki jih mora stalno prilagajati spreminjajočim se družbenim razmeram in pogojem. Organizirana mora biti tako, da uspešno uresničuje temeljne naloge, ki si jih ne more določati sama. Lahko pa usmerja, organizira, načrtuje ter nadzoruje delo upravnih delavcev in mora biti pri svojem delu gospodarna (Vavpetič v Rakočević, 1994: 12–14).

Podobno tudi Bučar označuje upravo kot pomožno dejavnost, t. i. strokovno-tehnično upravo, ki je nujno potrebna v procesu odločanja, saj mu daje strokovne temelje. Sam proces odločanja pa imenuje upravljanje (Bučar v Rakočević, 1994: 14).

Zaključim lahko, da je uprava v moderni pravni državi zelo pomemben element, ki uresničuje cilje, izvaja odločitve, sprejete na višjih ravneh sistema, in je prisotna v posameznikovem vsakdanjem življenju. Njeno delovanje mora temeljiti na ustavi in zakonu ter izpolnjevati kriterije strokovnosti in nepristranskosti, kar postane posebej pomembno (in včasih tudi problematično), ko se znajde pred zahtevo uporabe prostega preudarka.

3. OPREDELITEV POJMA PROSTI PREUDAREK

3.1 SPLOŠNO O SAMEM POJMU

»Prosti preudarek v materialnem smislu v bistvu pomeni nezmožnost organa, da bi v pravni normi zajel vse možne dejanske položaje, v katerih se bodo znašli pravni subjekti. Organ na primer ne more predvideti, v kakšnih okoliščinah oziroma ob kakšnih lastnostih ali ravnanju ali v kakšni situaciji bi bilo še primerno ali celo nujno, glede na interese države oziroma javne koristi, da bi organ nekomu nekaj dovolil, prepovedal, naložil, podelil in podobno. Nekatera področja izvrševanja oblasti so po naravi stvari takšna, da jih vnaprej ni mogoče normirati tako, da bi bili zajeti vsi možni življenjski položaji, ker bi se odločitve lahko pokazale za nevzdržne ali celo absurde. Zakonodajalec si tedaj pomaga s pooblastilom organu, naj on ugotovi vsebino veljavne pravne norme, ki jo je treba uporabiti in nadgraditi za ta primer« (Jerovšek, 1996: 1101).

Prosti preudarek je pojem, ki se v pravni teoriji pojavlja že vrsto let. Z njim so se ukvarjali številni avtorji in pravni teoretiki v različnih državah. Ta pojem v posamezniku zbuja veliko dvomov in ga je včasih težko razumeti. To težko razumljivost pa lahko dokaj hitro presežemo, če imamo pred sabo cilje, ki jih vsaki upravi postavljata sodobni pravni in družbeni red. To je delovanje v skladu z zakonom in ustavo (načelo zakonitosti) ter z ozirom na spoštovanje temeljnih človekovih pravic in svoboščin vsakega posameznika oz. stranke upravnega postopka.

V slovenskem pravnem redu sta nad starejšim pojmovanjem svobodni preudarek prevladala pojma prosti preudarek in diskrecijska pravica. Slednji izhaja iz latinskega *discretio* in pomeni, glede na Verbinčevo razlago v Slovarju tujk, premišljeno razločevanje. Diskrecijska pravica je potemtakem »pravica upravnega organa odločati ali ukrepati po svoji presoji« (Verbinc, 1987: 151).

V drugih državah uporabljajo zelo podobno pojmovanje: Francozi uporabljajo izraze, kot so diskrecijska oblast (*la pouvoir discretionnaire*) ali diskrecijsko pooblastilo (*la*

competence discretionnaire); Nemci uporabljajo prosti preudarek (das freie Ermessen ali samo Ermessen); Angleži diskrecijska oblast (discretionary power) (Šturm, 1998: 177).

3.1.1 Glavne značilnosti prostega preudarka

Praviloma je prosti preudarek možno uporabljati le v materialnem, ne pa tudi v procesnem pravu. To pomeni, da sam postopek ne more in ne sme biti predmet prostega preudarka. Upravni organ ne more upoštevati ali ne upoštevati pravil postopka, saj so ta zavezujoča.

»Ostale značilnosti prostega preudarka so (Glej sliko 3.1: Glavne značilnosti prostega preudarka):

1. Organ, ki odloča po prostem preudarku, ima na izbiro dve ali več alternativ.
2. Pri svojem odločanju je organ omejen tako, da mora vedno upoštevati javno korist.
3. Konkreten upravni akt mora biti izdan v mejah zakonskega pooblastila in v skladu z zakonskim namenom, ki pooblašča upravni organ k izdajanju akta po prostem preudarku. V najširšem pomenu besede je ta namen največkrat javna korist.
4. V nekaterih primerih (ti so vedno redkejši) ima organ pravico, da zamolči (vse ali samo nekatere) razloge za svojo odločitev« (Šturm 1998, 177).

Glavna značilnost odločanja po prostem preudarku je ravno ta, da ima upravni organ na voljo več možnih alternativ. S tem mu je dana možnost tehtanja, presojanja, preudarjanja in s tem izbiranja najboljše možne rešitve za konkreten primer. V upravnem odločanju je uporaba prostega preudarka najpogostejša v konkretnih upravnih zadevah, kjer upravni organ izda upravno odločbo. Kljub temu je včasih možno uporabljati prosti preudarek tudi pri izdajanju abstraktnih upravnih aktov, to je upravnih predpisov, ali pa realnih upravnih aktov, ki se nanašajo npr. na uporabo strelnega orožja, odklonitve vstopa tujca v državo, zasege predmeta in podobno (Šturm, 1998: 178–179).

Kako lahko razberemo, da je upravnemu organu dana pristojnost odločati po prostem preudarku? V redkih primerih je to določeno že v sami zakonski normi, ki dobesedno navaja,

da organ odloča po prostem preudarku. Zakonodajalec pogosteje uporablja izraze, kot so: organ »lahko«, »sme«, »more« ali pa »naj upravni organ določi javni interes«. Zadnji izraz odpira že novo poglavje, ki se nekako nanaša tudi na uporabo prostega preudarka. Gre za t. i. nedoločene pravne pojme v pravu, ki jih bomo obravnavali v posebnem poglavju.

Prosti preudarek lahko uporabimo za interpretiranje norm, ki niso vedno dovolj jasne. Zato je treba šele razčistiti, kaj je imel zakonodajalec v mislih, ko je izdal tako normo. To lahko ugotovimo na dva načina:

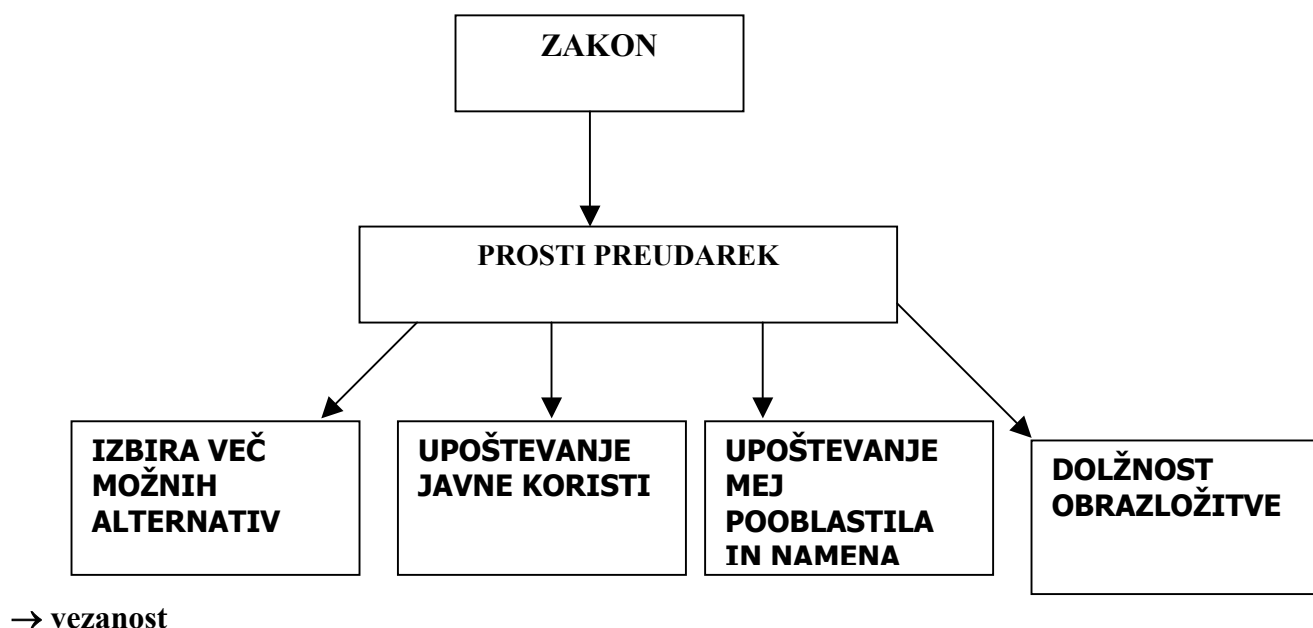
1. Z znanstveno razlago, kjer mora obveljati tista razlaga, ki najbolj ustreza višjim normam in temeljnim pravnim načelom glede na čas, v katerem je bila norma postavljena. Treba je odkriti, kaj je zakonodajalec dejansko hotel, ko je izdal normo. To spoznanje je lahko samo pravilno ali nepravilno, druge možnosti ni. Cilj zakonodajalca je v tem primeru nejasno izražen, je pa samo eden in ga je mogoče odkriti.
2. Z razlago upravnega organa po prostem preudarku, ki se uporablja takrat, ko je norma namenoma presplošna in nepopolna. Pri prostem preudarku gre za več pravih razlag in izbiri ene od teh (Steska, 1941: 161).

Pri podeljevanju prostega preudarka mora biti zakonodajalec pozoren na dejstvo, da je interpretacija prepuščena uradniku kot posamezniku, ki nima nujno posebnega znanja ali sposobnosti, in je zato razumljivo, da se izbire in odločitve glede na posamezni upravni organ lahko razlikujejo. Posamezniki lahko različno interpretirajo enako situacijo, vendar je vsaka interpretacija lahko pravilna. To pa je tudi ena od osnovnih značilnosti prostega preudarka: obstaja lahko več različnih pravih odločitev za izpolnitev določene pravne norme. Vsekakor pa obstaja tudi že večkrat omenjena omejitev: odločitev mora biti skladna tako z normo, ki prosti preudarek dopušča, kot z drugimi pravnimi normami. Upravni organ mora ravnati enako za enake primere, čeprav mu je dana možnost odločanja po prostem preudarku. Posamezniki z enakimi oziroma podobnimi primeri ne smejo biti obravnavani različno, saj je enakost pred zakonom ena izmed temeljnih človekovih pravic in pravnih načel, ki so prisotna tudi v slovenski ustavi.

Pravilno odločanje po prostem preudarku zahteva od upravnega organa dobršno mero

izkušenj, ki so odvisne od njegove strokovne usposobljenosti, prakse posameznih uradnikov, splošne razgledanosti in poznavanja določene problematike. Včasih dajejo višji organi nižjim določena navodila, kako ravnati v specifičnih primerih. S tem se jim bistveno zmanjša obseg dela, omejuje pa se tudi njihova samostojnost. Danes lahko zaznamo težnjo, da se možnost odločanja po prostem preudarku precej omejuje (Steska, 1941: 169).

Slika 3.1: Glavne značilnosti prostega preudarka



3.1.2 Prosti preudarek kot svobodna odločitev upravnega organa ali vezana odločitev

V pravnih redih evropskih držav so bili upravni organi sprva precej svobodni glede svojih odločitev, saj so bili predpisi, ki so omejevali njihovo delovanje, precej redki. Kljub temu da je bila njihova pravna vezanost šibka, je bilo nujno spoštovanje načela zakonitosti. Prav tako je bilo prepovedano delovanje v nasprotju z vladarjevim odlokom. Z naraščanjem pomena načela zakonitosti je naraščala tudi pravna vezanost delovanja uprave. Oblikovati se je začela popolna zakonitost uprave, ki ni bila več

odvisna zgolj od državne oblasti, pač pa od pravnih norm. S tem je postalo pravno vezano tudi njeno delovanje po prostem preudarku. Danes so vsi konkretni upravni akti uprave (tudi tisti, ki so bili izdani na podlagi diskrecijskega odločanja) pravno vezani tako v formalnih kot v vsebinskih elementih in podvrženi sodnemu nadzoru (Kren, 2004: 57).

Starejši avtorji so imeli na pojmovanje načela prostega preudarka različne poglede. Jurkovič (1935: 95) citira predvsem naslednje zanimive opredelitve:

- Merkl razume prosti preudarek kot pravno nevezano delovanje državnega organa. To je delovanje, ki ni določeno z objektivnim pravom ali pa je določeno drugače kot ostalo njegovo delovanje in je potemtakem prepuščeno samoodločbi organa (Merkl v Jurkovič, 1935: 95).
- Bonnard vidi v prostem preudarku svobodno oceno uprave, da odloči, ali je nekaj smiselno storiti ali ne. V skladu s to opredelitvijo je upravi prepuščena v odločanje smiselnost njenega delovanja (Bonnard v Jurkovič, 1935: 95).
- Laun pravi, da imajo upravni organi pri prostem preudarku pooblastilo, da določijo namen svojega delovanja po svoji lastni presoji in volji (Laun v Jurkovič, 1935: 95).
- Buhler opredeljuje prosti preudarek kot možnost, ki jo zakon daje upravnemu organu, da izda v konkretnem primeru tako odločbo, ki bi imela najboljši učinek na pospeševanje stališč države (Buhler v Jurkovič, 1935: 95).
- Henritt pa pravi, da je svobodni preudarek kot pravni institut pooblastilo, ki ga vsebuje neka pravna norma, naj se ta norma, ki je nedoločena zaradi različnih pogledov o najboljši uresnitvi njenih namenov, uporablja glede na posamezen primer po tem, kakšni so splošni cilji in nameni države (Henritt v Jurkovič, 1935: 95).

Vidimo, da imajo različni avtorji različne poglede na to, kako se uporablja prosti preudarek. Merkl v prostem preudarku vidi svobodne roke upravnega organa, ki se lahko samostojno odloči glede delovanja, preostali avtorji pa poudarjajo vezanost upravnega organa. Ta vezanost se nanaša bodisi na delovanje v skladu z nameni in cilji države bodisi na smiselno delovanje glede na konkreten primer. Zagotovo lahko trdimo, da mora biti upravno delovanje skladno z nameni konkretne pravne norme in skladno s cilji pravne države. Delovanje

upravnega organa po prostem preudarku je v pravni državi lahko samo vezano delovanje, saj mora upravni organ spoštovati temeljna načela veljavnega pravnega reda. Prosti preudarek mora biti apliciran na konkreten primer tako, kot bi bilo v konkretnem primeru najbolj smiselno in najbolj koristno za javni interes. To pomeni, da upravni organ sicer ni popolnoma svoboden, ni pa tudi strogo vezan na črko zakona, saj ta ne predvideva vseh možnih okoliščin konkretnega primera. Prosti preudarek je pravno vezan še drugače: držati se mora stvarne in krajevne pristojnosti ter materialnih in postopkovnih predpisov.

V slovenskem pravnem redu lahko sklepamo o vezanosti upravnega organa iz Zakona o splošnem upravnem postopku, ki v 6. členu govori o načelu zakonitosti:

»Organ odloča v upravni stvari po zakonu, podzakonskih predpisih, predpisih lokalnih skupnosti in splošnih aktih, izdanih za izvrševanje javnih pooblastil. V upravnih stvareh, v katerih je organ po zakonu ali po predpisu lokalne skupnosti upravičen odločati po prostem preudarku, mora biti odločba izdana v mejah pooblastila in v skladu z namenom, za katerega mu je pooblastilo dano. Namen in obseg pooblastila določa zakon ali predpis lokalne skupnosti, ki vsebuje pooblastilo za odločanje po prostem preudarku. Tudi v upravnih stvareh, v katerih je organ upravičen odločati po prostem preudarku, mora postopati po tem zakon« (6. člen ZUP).

Videli smo, da zakon določa popolno vezanost upravnega organa pri odločanju o upravni stvari v vsebinskem (materialnopravnem) in postopkovnem (procesnopravnem) pogledu. Odločanje po prostem preudarku ne pomeni pravice do izdaje pravno nevezane odločbe, saj je organ vselej vezan na naslednje dejavnike:

1. Meje pooblastila oziroma vsebinske pogoje, ki morajo biti izpolnjeni, da je odločanje po prostem preudarku dopustno.
2. Namen, za katerega je bilo pooblastilo za tako odločanje dano in ga je treba ugotoviti iz drugih določb zakona.
3. Postopkovna pravila, ki ne smejo biti kršena (Breznik in drugi, 2001: 46–47).

O vezanosti upravnega organa pri odločanju po prostem preudarku lahko sklepamo tudi iz številnih odločb upravnega sodišča. Določbe ustave namreč naravno ali posredno postavljajo

načelo vezanosti uprave na zakon. Zapovedujejo enako varstvo pravic posameznikov in enakost pred zakonom. S tem je upravni organ vezan tudi na način odločanja v prejšnjih primerljivih primerih, saj brez utemeljenega razloga v podobnih primerih ne sme odločati drugače kot v prejšnjih. Iz tega je mogoče sklepati, da niti odločanje uprave o vsebini nedoločenih pravnih pojmov ne more biti pravno nevezano (Breznik in drugi, 2001: 52).

3.1.3 Meje prostega preudarka

Diskrecija pomeni širino lastne presoje, ki jo imajo uradniki na voljo za obravnavanje nekega primera. Uslužbenci tedaj odločajo skladno z navodili svoje lastne presoje in vesti, nenadzorovani od presoje ali vesti drugih (Black v Patterson, 1996: 553). Kritike pravijo, da vnaša diskrecija veliko mero nepredvidljivosti v pravni sistem. Očitajo ji odstopanja v upravnih postopkih in jo enačijo s produktom človeškega dejavnika v upravnem delovanju, ki je izključen vsakega nadzora (Patterson, 1996: 413).

Sociološke raziskave so zgornje kritike ovrgle. Izsledki kažejo, da je tudi upravno delovanje po prostem preudarku predvidljivo delovanje, ki strogo spoštuje načelo zakonitosti. Upravni organi so izpostavljeni družbenim zakonom, ki omejujejo njihovo samovoljo. Kot družbeni akterji odgovarjajo potrebam družbenega okolja na predvidljiv način (Patterson, 1996: 414).

Pri delovanju uprave po prostem preudarku ima zunanje okolje zelo velik pomen. Korektna in profesionalna uporaba diskrecijske pravice vpliva na boljši odnos do neke upravne službe in ohranjanje zaupanje javnosti (Peak, 2000: 243).

Pomembno mejo prostega preudarka pomeni tudi javni interes, saj mora biti delovanje upravnih organov skladno z javnim interesom tudi takrat, ko uresničuje pravico določene stranke. Kadar je v upravnem postopku udeleženih več strank, mora upravni organ upoštevati interese vseh. Paziti mora, da ne ogroža interesov drugih ljudi, in izmed več javnih interesov izbrati tistega, ki je najvažnejši (Steska, 1941: 162).

Zanimiva je tudi Jurkovičeva opredelitev mej prostega preudarka. Deli jih na zunanje in

notranje meje prostega preudarka. Pri zunanjih mejah gre samo za akt, ki ne sme biti v nasprotju z obstoječimi pravnimi normami, medtem ko nagibi upravnega organa tu niso pomembni. Pri notranjih mejah pa gre tako za pravilnost izdanega akta kot za nagibe upravnega organa, ki je ta akt izdal. To pomeni, da morajo biti izdani akti pravno pravilni in nagibi organa neizpodbojni. Organ torej ne sme izdati upravnega akta, če so njegovi nagibi »sporni« (Jurkovič, 1935: 119).

Pojmovanje notranjih mej prostega preudarka izhaja iz francoskega pravnega reda oziroma iz instituta »detournement de pouvoir« (poneverba ali zloraba prostega preudarka). To pomeni, da je bilo vodilo upravnega organa, ki je neki akt izdal, drugačno od vodila, ki ga je imel v mislih zakonodajalec, ko je izdajal akt. V tem primeru upravni organi izdajo neki akt v skladu z interesi, ki po zakonu niso dopustni oz. niso v skladu s splošnim javnim interesom (Jurkovič, 1935: 120).

Naslednja notranja meja prostega preudarke je dejstvo, da organ ne sme zasledovati ciljev, ki so po zakonu prepovedani. Gre za t. i. prekoračitev prostega preudarka, ki jo upravni organ lahko zagreši iz nevednosti ali pa namenoma. Ugotavljanje takih nepravilnosti zahteva zelo dobro poznavanje tega inštituta in veliko več dela pri ugotavljanju vodil in motivov za izdajo nekega akta (Jurkovič, 1935: 130).

Zaključimo lahko z naslednjo trditvijo: »Notranje meje svobodnega preudarka so svrhe, ki jih ne sme zasledovati organ. Ker si teh mej ne stavlja morda organ sam v svoji »notranjosti«, ampak jih stavlja organu zakon in upravno sodišče, so te meje seveda zunanje, kakor so sploh možne samo zunanje pravne meje svobodnega preudarka« (Jurkovič, 1935: 137).

Videli smo, da ima prosti preudarek meje, ki so jih upravnemu organu postavili od zunaj. Postavlja jih zakonodajalec oziroma veljavni pravni red, ki temelji na zakonih in ustavi. Za potrditev Jurkovičevih tez lahko uporabimo tudi veljaven slovenski pravni red, saj že sam ZUP pravi, da mora biti odločba, izdana po prostem preudarku, »izdana v mejah pooblastila in v skladu z namenom, za katerega mu je pooblastilo dano«.

3.1.4 Prosti preudarek in prosta presoja dokazov

Pojem prosta presoja dokazov je podoben pojmu prosti preudarek. Pogosto se pojavlja v procesnem pravu – v pravilih upravnega postopka. Nanaša se na ugotavljanje konkretnega dejanskega stanja preko zasliševanja prič, mnenj izvedencev, proučevanja listin in drugih metod, ki jih uporablja upravni organ zato, da ugotovi dejansko stanje (Šturm, 1998: 177).

Steska (1941: 171) loči na eni strani ugotavljanje objektivnega prava za konkreten primer, na drugi strani pa ugotavljanje stanja stvari pred odločanjem. Slednje so dejanske okoliščine oziroma dejstva, ki jih je treba ugotoviti, saj neposredno vplivajo na izbiro določenega pravnega predpisa in posledično na izdajo konkretnega upravnega akta. Ugotavljanje teh dejstev lahko poteka s pomočjo znanstvenega utemeljevanja na podlagi zbranih dokazov, z zasliševanjem prič in strank, z neposrednimi ogledi upravnih organov, z listinami in strokovnim mnenjem izvedencev, včasih pa so določena dejstva že zapisana v drugih javnih listinah in so zato splošno znana. Upravni organi se lahko odločijo za izdajo določene upravne odločbe tudi na podlagi vnaprej predvidenih posledic, torej tudi takrat, ko neka dejstva še niso nastopila, je pa možno logično sklepati, da bodo. To okoliščino predvideva tudi slovenski ZUP v 8. členu.

Steska (1941: 161) loči dve vrsti prostega preudarka: ko upravna norma presplošno določa predpogoj za izdajo konkretnega upravnega akta in ko sta presplošno določeni kakovost in količina upravnega akta.

V prvem primeru je treba šele ugotoviti dejansko stanje, ki bo vplivalo na izdajo neke odločbe: treba je ugotoviti obstoječe ali pričakovano stanje, ne glede na javni interes, nato pa sklepati o odnosu med obstoječim stanjem in obstoječim oziroma prihodnjim javnim interesom ter morebitno ogrožanje tega. Do teh zaključkov lahko pridemo na različne načine, in sicer: s strokovnim mnenjem izvedencev, s pomočjo političnih in splošnih izkušenj upravnih funkcionarjev ali preprosto z logičnim sklepanjem in zdravim razumom (Steska, 1941: 172).

V drugem primeru, ko gre za določanje kakovosti in količine upravne norme, pa morajo biti dejstva oziroma stanje že ugotovljeno. V tem primeru prepušča upravna norma diskrecijo glede ukrepa, ki ga bo upravni organ izvedel, od primera do primera različno (Steska, 1941: 167).

Steska (1941: 172) loči prosti preudarek od proste presoje dokazov, saj ta pomeni, da upravni organi niso vezani na neka vnaprej dokazana dejstva, temveč morajo pravno odločilna dejstva sami šele ugotoviti. S pomočjo proste presoje dokazov lahko pridemo samo do ene in ne več pravih ocen. To pomeni, da pri tem prostega preudarka ne more več biti.

Šturm (1998: 177) pa pravi, da se »uradna oseba v postopku po lastnem prepričanju odloči, ali bo zaslišala neko pričo ali je ne bo in ali bo sprejela nek dokaz kot relevanten ali ne«. Čeprav je to stanje stvari sestavljeno iz dejstev, ki so ali pa jih ni, je odločitev o zadevah, ki so za neko konkretno stvar relevantne, v rokah uradne osebe. Tako razmišljanje seveda govori v prid temu, da je tudi prosta presoja dokazov neke vrste prosti preudarek.

Za slovenski pravni red velja, da se uporablja prosti preudarek le v materialnem in ne v procesnem pravu. Izraz prosta presoja dokazov pa je stvar procesnega prava (pravil postopka), zato ima upravni organ lahko proste roke le pri izbiri dokazov: ali bo neko dejstvo upošteval kot dokazni material ali ne. Če upoštevamo premise, ki jih za prosti preudarek navaja zakon, lahko trdimo, da prosta presoja dokazov le ni prosti preudarek, čeprav lahko upoštevanje ali neupoštevanje nekega dejstva kot dokazni material za konkretno dejansko stanje pomembno vpliva na izdajo konkretnega upravnega akta (Jerovšek, 1996: 1100). Glej tudi slike od 3.2 do 3.4.

Prosti preudarek in prosta presoja dokazov na podlagi slovenskega pravnega reda

Pojem prosta presoja dokazov se v slovenskem pravnem redu pojavlja v 10. členu Zakona o upravnem postopku, čeprav lahko o njem marsikaj razberemo tudi v prejšnjih členih. 8. člen na primer govori o načelu materialne resnice in se glasi:

»V postopku je potrebno ugotoviti resnično dejansko stanje in v ta namen ugotoviti vsa

dejstva, ki so pomembna za zakonito in pravilno odločbo.

Na podlagi verjetno izkazanih dejstev lahko organ odloči le v primeru, da tako določa zakon« (8. člen ZUP).

V prvem odstavku gre dejansko za ugotavljanje resničnega stanja stvari s ciljem zavarovanja pravice stranke upravnega postopka in posledično za izdajo pravilne odločbe. V drugem primeru pa mora organ ugotoviti pravno pomembna dejstva do take stopnje zanesljivosti, ki izključuje vsakršen dvom o objektivnem stanju dejstva. Nižja stopnja zanesljivosti ugotovitve dejstva je sicer dopustna, vendar le v primerih, ko to določa zakon.

»O tem, katera dejstva je šteti za dokazana, presodi uradna oseba, pooblaščenca za vodenje postopka oziroma odločanje v upravni stvari, po svojem prepričanju, na podlagi vestne in skrbne presoje vsakega dokaza posebej in vseh dokazov skupaj ter na podlagi uspeha celotnega postopka« (10. člen ZUP).

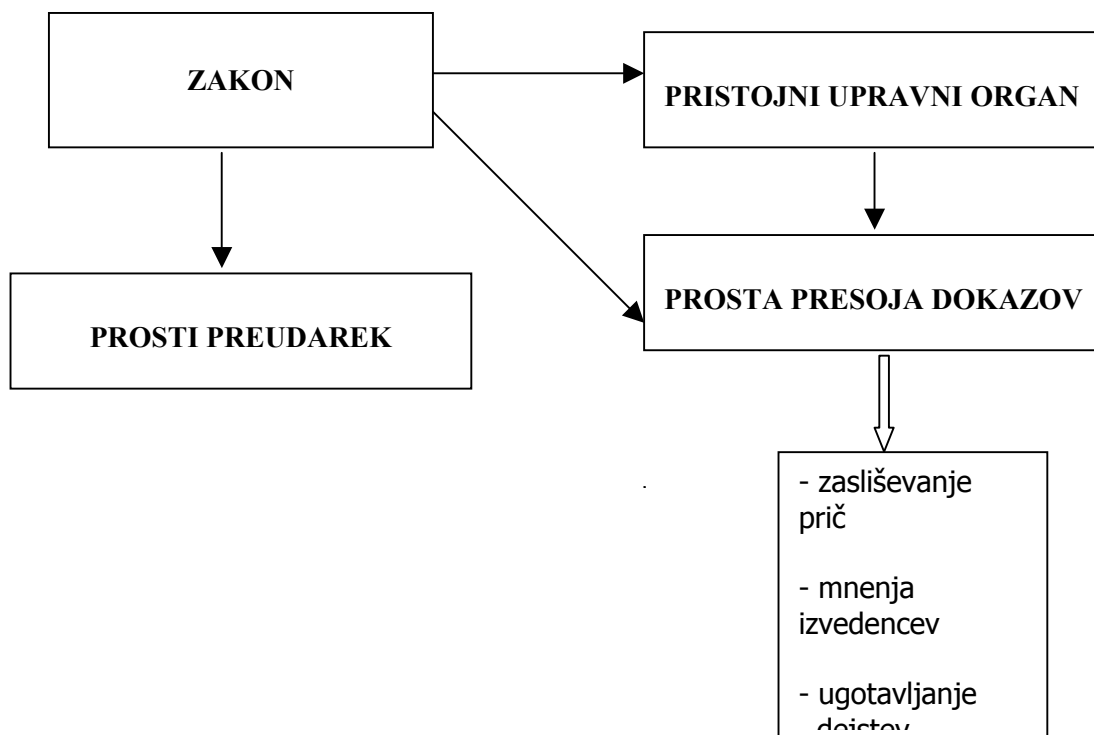
Uradna oseba mora biti svobodna pri prosti presoji dokazov. To pomeni, da ni vezana na kakršna koli formalna dokazna pravila, saj le tako lahko optimalno določi materialno resnico. Kljub temu upravnemu organu ni dopuščeno samovoljno ocenjevanje dokazov, ki potrjujejo ali zavračajo določeno dejstvo. Pristojni organ mora namreč kritično in logično presoditi dokazno vrednost vsakega dokaza posebej ter medsebojno součinkovanje dokazov. Zakon pa predpostavlja tudi določena dejstva, ki jih je treba šteti za resnična preprosto zato, ker domneva, da obstajajo. Tako zakonsko domnevo je mogoče izpodbijati z dokazovanjem, da dejansko ne obstaja. Zakon pozna tudi neizpodbojne zakonske domneve, ko dokazovanje nasprotnega od domnevanega ni dopustno (Breznik in drugi, 2001: 79).

V skladu s slovenskim pravnim redom proste presoje dokazov ne moremo enačiti s prostim preudarkom, saj je upravni organ pri svojem odločanju vezan na voljo zakonodajalca, naj bodo njegove odločitve sprejete na podlagi vestne in skrbne presoje dejstev, ki so relevantna za izdajo konkretne upravne odločbe. Ta presoja mora biti čimbolj objektivna in univerzalna v smislu, da bi morali različni upravni organi priti do enake ugotovitve dejanskega stanja stvari. Namen zakonodajalca je

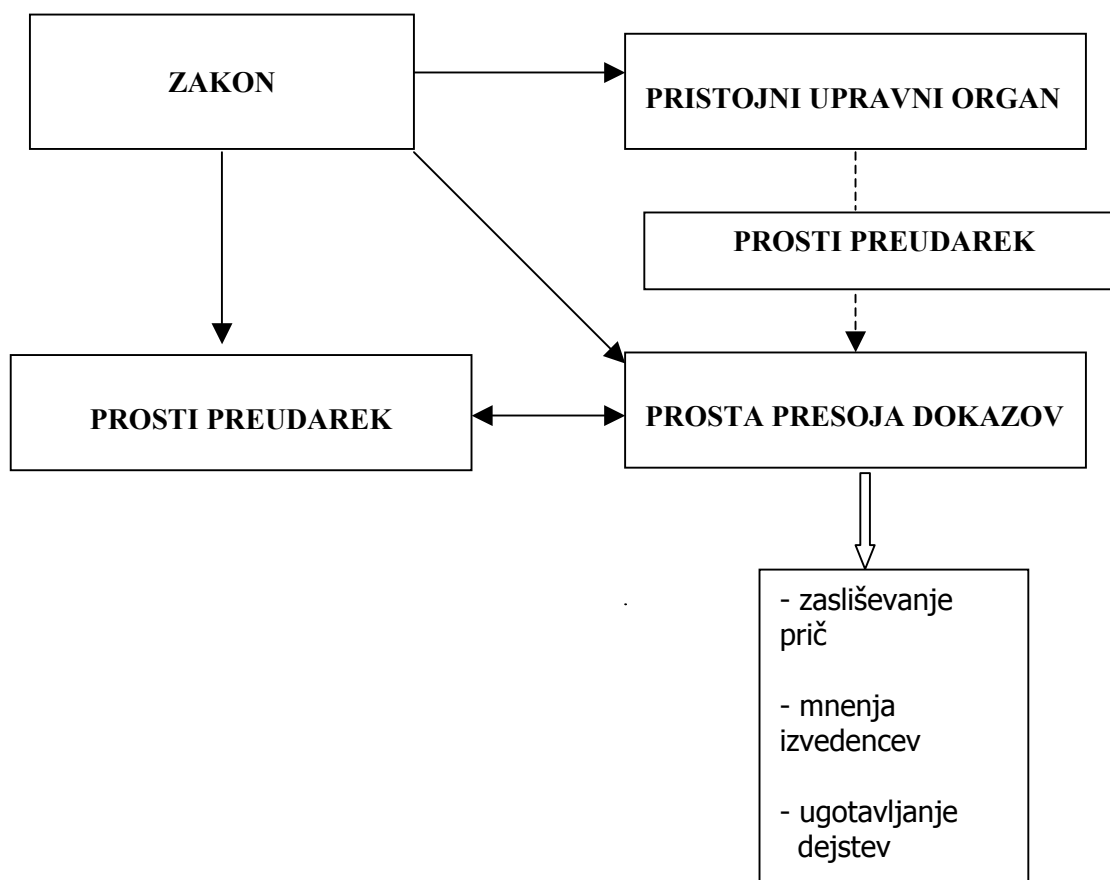
jasen: presoditi dokaze, ki najbolj objektivno prikazujejo dejansko stanje stvari. Na tem mestu lahko omenimo tudi 214. člen ZUP, ki zapoveduje, da mora biti v obrazložitvi izdaje upravne odločbe navedeno naslednje:

1. razložitev zahtevkov strank in njihove navedbe o dejstvih;
2. ugotovljeno dejansko stanje in dokazi, na katere je stanje oprto;
3. razlogi, odločilni za presojo posameznih dokazov;
4. navedba določb predpisov, na katere se opira odločba;
5. razlogi, ki glede na ugotovljeno dejansko stanje narekujejo tako odločbo, in
6. razlogi, zaradi katerih ni bilo ugodeno kakšnemu zahtevku strank (214. člen ZUP).

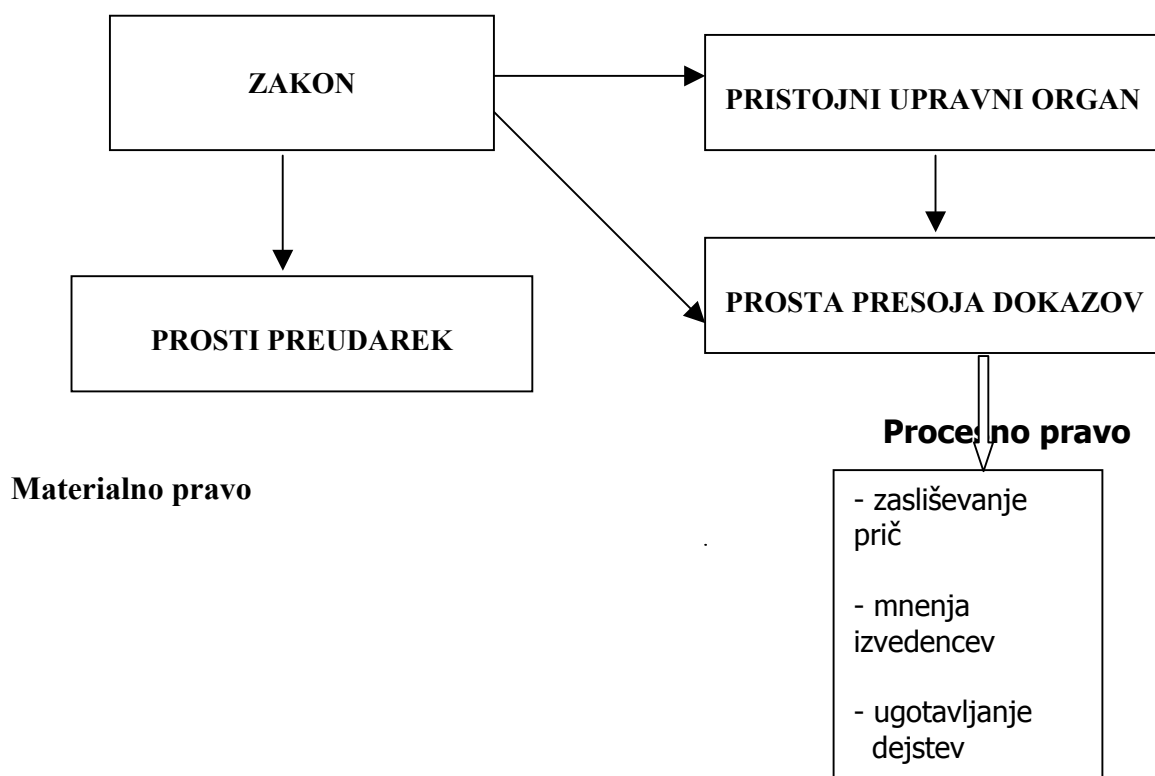
Slika 3.2: Prosti preudarek in prosta presoja dokazov po Steski:



Slika 3.3: Prosti preudarek in prosta presoja dokazov po Šturmu:



Slika 3.4: Prosti preudarek in prosta presoja dokazov po slovenskem pravnem redu



3.1.5 Prosti preudarek in nedoločeni pravni pojmi

Nedoločeni pravni pojmi so pojmi, pri katerih je zakonodajalec zavestno prepustil odločanje vsebine organu, ki ga uporablja (Vavpetič v Jerovšek, 1992: 702).

Vavpetič (1948: 248) navaja dva razloga za obstoj nedoločenih pravnih pojmov:

1. Nujna nepopolnosti pravne norme. Obstajajo namreč okoliščine, ko mora organ, ki uporablja neko pravno normo, določiti vsebino nekaterih pravnih pojmov iz iste družbene stvarnosti in z enakimi sredstvi kot zakonodajalec.
2. Odvisnost pravne norme od obstoječih gospodarskih in drugih družbenih temeljev, ki jim dajeta država in pravo določeno obliko (Vavpetič, 1948: 248).

Vsebinsko, ki jo upravni organ pripiše nedoločenemu pravnemu pojmu, narekujejo vrednostne premise, ki obstajajo v neki družbi, ali pa drugi splošno znani moralni, socialni, tehnični, strokovni ali znanstveni standardi. Gre za pojme, kot so: splošni interes, javna korist, splošna korist, varnost države, nevarnost za javni red in mir, težko popravljiva škoda in podobno. Ponavadi so nedoločeni pravni pojmi prisotni predvsem v materialnem pravu, na področju notranjih zadev, državljanstva, varstva okolja, zdravstvenega in socialnega zavarovanja, nošenja orožja in podobno. Na drugih področjih, npr. v kazenskem pravu, pa niso dopustni. Čeprav imajo nekateri nedoločeni pravni pojmi že predpostavljeno vsebino, je treba največkrat to šele določiti. Na tem mestu se postavi vprašanje, ali je vsebina nedoločenih pravnih pojmov določljiva s pravno razlago ali s prostim preudarkom (Jerovšek, 1992: 700–702).

Henritt meni, da je razlika med upravnimi akti, do katerih pride upravni organ po prostem preudarku, in akti, ki so izdani na podlagi pravne vezanosti (po pravni razlagi), zgolj kvantitativna. Za vsebinsko nedoločene pravne pojme, pri katerih tudi mnenje strokovnjakov ne more določiti vsebine, je značilno, da je pravna norma sama opustila določitev namena in mora organ, ki jo uporablja, sam določiti vsebino po prostem preudarku tako, da pospešuje javno blaginjo. Henritt je torej mnenja, da se nedoločeni pravni pojmi določajo po prostem

preudarku, morajo pa biti nadzorovani tako glede zlorabe prostega preudarka kot glede pravilno določenega namena pravne norme (Henritt v Jerovšek, 1992: 702–703).

Launovo stališče je podobno: bistveno za prosti preudarek je, da upravni organ določi brez navodil v upravni normi njen namen. To pomeni, da mora v vsakem posameznem primeru ugotoviti javni interes, ki pa je nujno povezan s pojmom prostega preudarka. Kadar pravna norma sama ne določa namena, temveč ga je šele treba določiti po tem, kar zahteva javni interes, tedaj gre za prosti preudarek (Laun v Jerovšek, 1992: 703).

Tudi Jelinek povezuje nedoločene pravne pojme s prostim preudarkom, vendar poskuša to področje čimbolj omejiti. Če je mogoče določiti vsebino nedoločenega pojma po družbenem pojmovanju, gre za pravno vezanost in ne za prosti preudarek (Jelinek v Jerovšek, 1992: 703).

Na drugi strani imamo avtorje, ki področje prostega preudarka in področje nedoločenih pravnih pojmov obravnavajo ločeno. Tako npr. Buhler, ki pravi, da je treba nedoločene pravne pojme določiti po vsebini, ki jo odreja družba. To stališče je podobno francoski doktrini, ki trdi, da ravno obstoj javnega interesa odpravlja prosti preudarek (Buhler v Jerovšek, 1992: 703). Med teoretike, ki menijo, da je pri nedoločenih pravnih pojmih izključena uporaba prostega preudarka, lahko štejemo tudi Krbka, ki se nagiba k temu, da gre pri nedoločenih pravnih pojmih za pravno vezanost, ki v nasprotju s prostim preudarkom terja, da vsebino nedoločenega pravnega pojma opredelimo s pravno razlago (Krbek v Jerovšek, 1992: 703).

Sprva so v zahodnih državah vsebino nedoločenih pravnih pojmov določali po prostem preudarku. Sodišča, ki so presojala o zakonitosti upravnih aktov, izdanih na podlagi prostega preudarka, pa niso smela posegati vanje s svojo interpretacijo. Presojali so jih zgolj z vidika zakonitosti, ne pa z vidika primernosti, čeprav je to v primeru nedoločenih pravnih pojmov bistvenega pomena. Upravni organi so lahko pojme, kot so npr. javni interes, javna blaginja, javni red in mir in podobno, presojali po svoje, ne glede na namen pravne norme. V teh primerih je bilo načelo zakonitosti zelo vprašljivo, saj ni bilo pravega nadzora nad skladnostjo določitev takih pravnih pojmov s preostalo vsebino pravne norme. To je tudi eden od razlogov, zakaj se določeni avtorji zavzemajo za ločevanje nedoločenih pravnih pojmov od prostega

preudarka. Upravni akti, ki so bili izdani v takem duhu, so bili izvzeti sodne kontrole in so pomenili preraščanje upravne funkcije nad zakonodajno. Tovrstna ureditev precej spominja na policijskoabsolutistično državo, ko je imela uprava poseben položaj in je veljalo delovanje upravnih uradnikov po prostem preudarku brez sodne kontrole zakonitosti (Vavpetič, 1948: 251– 252).

V drugi polovici 19. stoletja se je začela uveljavljati kapitalistično-liberalistična ureditev in z njo načelo pravne države. Takrat se je začela uprava omejevati in postajati vezana na načelo zakonitosti. V tistem obdobju se je začelo tudi drugačno gledanje na nedoločene pravne pojme. Pravni teoretiki so jih začeli enačiti z vsemi drugimi pravnimi pojmi. Nedoločeni pravni pojmi so postali podvrženi načelu zakonitosti in sodni kontroli. Upravni organi so jih morali uporabljati v duhu zakona in skladno z namenom, ki ga je imel v mislih zakonodajalec, ko je izdajal tovrstne pravne norme (Vavpetič, 1948: 253).

Slovenska upravnopravna teorija vztraja pri razlikovanju med prostim preudarkom in nedoločenimi pravnimi pojmi. Upravnosodna presoja se pri presoji pravne pravilnosti aktov, izdanih na podlagi prostega preudarka, omejuje na ugotavljanje popačenja oblasti, prekoračitve pooblastila ali samovolje. Ko gre za nedoločene pravne pojme, pa vztraja pri polni presoji njihove zakonitosti (Šturm, 1996: 526).

Iz zgornjih trditev lahko zaključimo, da je uporaba nedoločenih pravnih pojmov pravna vezanost. Ti pojmi morajo biti interpretirani glede na to, kaj je imel v mislih zakonodajalec, ko jih je pustil v presojo upravnim organom. O vezanosti nam govori tudi to, da so taki akti podvrženi upravni in sodni kontroli, kjer se ugotavlja tudi njihova primernost. Kot primer lahko navedemo tudi 5. člen Zakona o splošnem upravnem postopku, ki določa, da mora organ pri odločanju gledati na to, da stranke ne uveljavljajo svojih pravic v nasprotju z zakonsko določeno javno koristjo. V procesnem zakonu je javna korist zakonsko določena. »Če je v zakonu javna korist določena z nedoločenimi pravnimi pojmi, to ne pomeni, da se lahko organ giblje zunaj

ciljev, ki jih postavlja predpis kot celota, pač pa se mora gibati v krogu ciljev, ki jih je imel v mislih zakonodajalec ob sprejemanju predpisa« (Jerovšek, 1992: 704).

3.2 PROSTI PREUDAREK IN DRUGA PRAVNA NAČELA

3.2.1 Prosti preudarek in načelo zakonitosti

Načelo zakonitosti delovanja uprave je eno izmed ustavnih načel sodobnih demokratičnih držav. Razvijati se je začelo hkrati z načelom delitve oblasti na zakonodajno, izvršno in sodno ter parlamentarizmom. S tem načelom se je začela omejevali absolutna moč vladarja oziroma njegovega upravnega aparata. Danes ga povezujemo predvsem z omejevanjem vlade in državne uprave (izvršne oblasti) s strani zakonodajne oblasti, pa tudi z možnostjo nadzora njenega delovanja. Izvršna oblast mora imeti namreč podlago za svoje delovanje v odločitvah zakonodajnega organa, saj ima ta neposredni mandat za urejanje družbenih razmerij. Ta moč izdajanja zakonov mu je neposredno podeljena na volitvah. Vlada in državna uprava pa lahko dobita moč urejanja družbenih razmerij posredno s pooblastilom, ki jima ga podeli zakonodajalec (Virant, 1999: 95–96).

Pri izdajanju splošnih in posamičnih oblastnih pravnih aktov (oblastno delovanje) in izvrševanju materialnih dejanj mora imeti izvršna oblast podlago v zakonu. Odločitev o tem, ali je izvršna oblast res delovala v skladu z zakonom, je pogosto predmet presoje pred upravnim ali ustavnim sodiščem. Sodišče lahko pri presoji zakonitosti aktov izvršne oblasti njihovo interpretacijo nadomesti s svojo. To vprašanje se kaže tem izraziteje, čim bolj nedoločeni so pravni pojmi, na katerih temelji dejanje izvršne oblasti (Virant, 1999: 97).

Načelo zakonitosti v slovenskem pravnem redu in Zakon o splošnem upravnem postopku

Slovenska ustava obravnava načelo zakonitosti posredno že v prvem poglavju:

- 1. člen slovenske ustave določa, da je Slovenija demokratična država,
- 2. člen določa, da je pravna država,
- 3. člen opredeljuje načelo delitve oblasti na zakonodajno, izvršno in sodno,
- 5. člen zagotavlja varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin,
- 2. odstavek 120. člena določa, da upravni organi opravljajo svoje delo v okviru in na podlagi ustave in zakonov,
- 1. odstavek 153. člena pravi, da morajo biti vsi zakoni, podzakonski predpisi in drugi splošni akti v skladu z ustavo; 2. odstavek določa skladnost zakonov z načeli mednarodnega prava,
- 4. odstavek 153. člena določa, da morajo posamični akti in dejanja državnih organov, organov lokalnih skupnosti in nosilcev javnih pooblastil temeljiti na zakonu ali na zakonitem predpisu.

Z vidika delitve oblasti in urejanja razmerij med zakonodajno in izvršno oblastjo je zlasti pomemben 120. člen ustave, ki opredeljuje organizacijo in delo uprave. V prvem odstavku določa, da morajo biti organizacija uprave, njene pristojnosti in način imenovanja upravnih funkcionarjev urejeni z zakonom. Razmerje med zakonodajno in izvršno oblastjo je v ustavi urejeno sorazmeroma ohlapno. Ustava daje zgolj okvirna merila in načela tega razmerja, ki mora biti podrobneje urejeno s posameznimi zakoni in podzakonskimi predpisi. Zato lahko vlada z uredbo podrobneje ureja z zakonom ali drugim aktom državnega zbora določena razmerja v skladu z namenom zakona. Če ji zakonsko pooblastilo dopušča, lahko vlada z uredbo ureja tudi način uresničevanja pravic in obveznosti državljanov in drugih oseb ali pa z odlokom ureja posamezna vprašanja oziroma sprejema druge ukrepe, ki imajo splošen pomen, in odločitve, za katere zakon ali uredba določata, da se urejajo z odlokom (Šturm, 1998: 150).

Po zakonu lahko ministrstva izdajajo pravilnike, odredbe in navodila. Pravilniki se izdajajo za razčlenjevanje posameznih določb zakona, drugih predpisov ali aktov za njihovo izvrševanje. Z odredbo se določajo ukrepi, ki imajo splošen pomen, z navodilom pa se predpisuje način

ravnanja za izvrševanje posameznih določb zakona, drugega predpisa ali akta (Virant, 1999: 104).

Predpise, ki jih izdaja eksekutiva, bi vsebinsko lahko razdelili na dve skupini: interpretacijski predpisi in predpisi po posebnem pooblastilu. Z interpretacijskimi predpisi se podrobneje razčlenjujejo oziroma razlagajo zakonske določbe. Okvir delovanja jim daje nedoločeni pravni pojem, zato eksekutiva zanje ne potrebuje izrecnega zakonskega pooblastila. Interpretacijske predpise izdaja vlada oziroma minister spontano po lastni presoji ali pa ji to naloži zakonodajalec. Glavni namen tovrstnih predpisov je poenotenje upravne prakse in s tem poenostavitev dela upravnih organov, ki izvršujejo zakon v konkretnih primerih (Virant, 1999: 104–105).

Predpisi po posebnem pooblastilu pa so tisti, ki presegajo zgolj interpretiranje zakona. Z njimi lahko vlada oziroma minister ureja neko vprašanje znotraj določenega področja, ki je že urejeno z zakonom. Za izdajanje tovrstnih predpisov mora imeti izvršna oblast podlago v posebni izvršilni klavzuli zakona (Virant, 1999: 105).

Načelo zakonitosti je tudi eno izmed najpomembnejših načel ZUP, ki v prvem odstavku 6. člena določa, da organi odločajo v upravnih zadevah po zakonih, podzakonskih predpisih, predpisih samoupravnih lokalnih skupnosti in splošnih aktih, izdanih za izvrševanje javnih pooblastil. To načelo je zlasti pomembno v upravnem delovanju, kjer se pojavlja razmerje med državo in strankami upravnega postopka. V tem odnosu mora biti stranka upravnega postopka zaščitena pred kakršno koli samovoljo uradnih oseb – in to zaščito ji omogoča ravno vestno upoštevanje načela zakonitosti s strani organov oblasti:

- »vsaka odločba (posamični pravni akt) mora temeljiti na materialnem predpisu, to je veljavnem zakonu, ki vsebuje določila o pravicah in obveznostih na določenem področju in ki ga je treba pravilno uporabiti (t. i. **materialna zakonitost**),
- ves postopek mora potekati v skladu z določili ZUP in drugih posebnih upravnih postopkov (t. i. **formalna zakonitost**)« (Grafenauer, 2001: 34–35).

Grafenauer (2001: 35) zagovarja pravno vezanost tudi v primeru prostega preudarka, saj

upravni organ lahko uporablja prosti preudarek le v primerih, ko to določa zakon. Tudi v tem primeru je upravni organ vezan tako na načelo zakonitosti kot na načelo sorazmernosti.

Načelo ustavnosti in načelo zakonitosti

Načelo ustavnosti in načelo zakonitosti sta med seboj povezani načeli, zato ju največkrat obravnavamo skupaj. Ustavnost je pravni temelj zakonitosti in njegova višja oblika, zakonitost pa je konkretizacija ustavnosti. Načelo zakonitosti je podrejeno načelu ustavnosti, saj morajo biti vsi zakoni podrejeni ustavi in skladni z njo. Načelo zakonitosti izhaja iz načela ustavnosti, oboje skupaj pa lahko označimo za vladavino prava (Kaučič in Grad, 1999: 78).

Ustavnost delimo na **materialno** in **formalno ustavnost**. Materialna ustavnost pomeni skladnost zakona ali drugega predpisa z ustavnimi normami z vidika njegove vsebine, formalna ustavnost pa z vidika njegove oblike (Kaučič in Grad, 1999: 78)

Načelo ustavnosti se uveljavlja preko dveh načel: **načela supremacije ustave** in **načela funkcionalne ustavnosti**:

- **Načelo supremacije ustave** je tesno povezano z obstojem ustave v formalnem pomenu in pomeni, da morajo biti vsi zakoni in drugi pravni akti ter ratificirane mednarodne pogodbe skladni z ustavo. Gre za načelo hierarhije pravnih aktov in ustava je na tej hierarhični lestvici na najvišjem mestu.
- **Načelo funkcionalnosti ustave** pa pomeni, da mora biti delovanje vseh organov oblasti podrejeno ustavi. Vsaka oblast, tudi najvišja, je nujno podrejena ustavi in omejena z njo (Kaučič in Grad, 1999: 79).

Ustavnost se neposredno uresničuje preko načela zakonitosti. Sprejemanje pravnih aktov in izvrševanje materialnih dejanj mora izhajati iz zakona. Tudi zakonitost lahko delimo na formalno in materialno. V prvem primeru gre za obliko zakona, v drugem pa za vsebino. Formalna nezakonitost nastopi takrat, ko podzakonski predpisi ali drugi splošni akti niso sprejeti z zakonsko predpisanim postopkom, materialna nezakonitost pa pomeni, da je vsebina nekega akta v nasprotju z zakonom (Kaučič in Grad, 1999: 79–80).

Enako kot za načelo ustavnosti veljata tudi za načelo zakonitosti **načeli supremacije in funkcionalnosti**:

- **Načelo supremacije** pomeni, da mora biti zakon skladen z ustavo, splošnimi načeli mednarodnega prava in z veljavnimi mednarodnimi pogodbami, ki so bile ratificirane v državnem zboru ali vladi. Podzakonski predpisi in drugi splošni pravni akti pa morajo biti skladni tako z ustavo kot z zakonom (Kaučič in Grad, 1999: 80).
- **Načelo funkcionalne zakonitosti** pa določa ravnanje državnih organov, organov lokalnih skupnosti in nosilcev javnih pooblastil. Njihovo delovanje mora biti utemeljeno z zakonom in se uresničevati znotraj zakonskih okvirov (Kaučič in Grad, 1999: 81).

Načelo zakonitosti v primeru izdajanja posamičnih pravnih aktov

Izdajanje posamičnih pravnih aktov je neposredno odločanje o posameznikovih pravicah, obveznostih, pravnih interesih in sankcijah. Na tej stopnji se zakon neposredno uresničuje in najbolj vidno vpliva na posameznikov položaj. Prav zaradi tega je maneverski prostor lastnega odločanja organov oblasti v teh primerih ožji kot pri izdajanju predpisov. Posebna pozornost glede zakonitosti je pri izdajanju konkretnih pravnih aktov posvečena zlasti takrat, ko se izdajajo tovrstni akti po prostem preudarku. Med najpomembnejše posamične pravne akte uvrščamo predvsem upravne odločbe, izdane v upravnem postopku. Upravni in drugi organi oblasti lahko izdajajo posamične pravne akte samo na podlagi pooblastila v zakonu oziroma splošnem pravnem aktu, kar pomeni, da mora biti ta akt vsebinsko in postopkovno skladen z zakonom. Kakršno koli odstopanje od tega načela lahko pomeni neetično ali nemoralno dejanje uradne osebe. V teh primerih mora biti posamezniku z zakonom dana možnost pritožbe, tožbe ali drugega pravnega sredstva (Kaučič in Grad, 1999: 81).

Kontrola zakonitosti pravnih aktov je pri nas podvržena:

1. rednemu pritožbenemu nadzoru – instančni nadzor;
2. izrednemu nadzoru po nadzorstveni pravici po končanem postopku – hierarhični nadzor;
3. sodnemu nadzoru v upravnem sporu ali v drugem sodnem varstvu – sodna kontrola zakonitosti;

4. ustavnosodnemu nadzoru z ustavno pritožbo, kadar se z odločbo uprave posega v ustavne pravice in svoboščine;
5. nadzoru Evropskega sodišča v Strassbourgu, če se z upravnimi odločbami odloča o civilnih pravicah, varovanih s Konvencijo o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (Jerovšek, 1995: 7–8).

3.2.2 Prosti preudarek in načelo sorazmernosti

Načelo sorazmernosti je načelo, ki je že dolgo prisotno v slovenskem pravnem redu. Po sprejemu nove demokratične ustave leta 1991 in z uveljavitvijo demokratičnega reda in pravne države je postalo tudi ustavno načelo, ki zavezuje delovanje tako zakonodajne kot sodne in izvršne oblasti (Šturm, 1998: 131).

Načelo sorazmernosti izhaja iz načela pravne države, zato ga obravnavamo v okviru načela zakonitosti, povezano pa je tudi s splošnim načelom enakosti. Načelo sorazmernosti varuje pravice posameznika v posameznih posegih oblasti v njegove temeljne človekove pravice in svoboščine. S tem se zasleduje sorazmerje med osebnim interesom posameznika in splošnim javnim interesom. Ukrepi upravnih organov morajo zato ustrezati trem zahtevam: biti morajo potrebni, neizogibni in izvedljivi. Tudi časovni okvir ukrepa je zelo pomemben, saj lahko traja le toliko, kolikor je nujno potrebno. Načelo sorazmernosti zahteva naslednje:

1. legitimnost oziroma stvarno upravičenost cilja,
2. pravno dopustnost uporabljenih sredstev.
3. izbrana sredstva morajo biti potrebna za dosego cilja,
4. izbrana sredstva morajo biti v razumnem razmerju do družbene in politične vrednosti cilja (Jerovšek, 1995: 6).

Načelo sorazmernosti pomeni tudi zahtevo, da upravni organ uporabi ukrepe, ki so sorazmerni z želenim ciljem. Istočasno pa poudarja potrebo po ravnotežju med javnim interesom in zasebnim interesom posameznika s ciljem preprečevanja nepotrebnih posegov v njegove pravice in koristi. To pomeni, da mora obstajati tudi razumno razmerje med zasledovanimi cilji in izbranimi sredstvi. Pravice in interesi državljanov so lahko omejeni le toliko, kolikor je

nujno potrebno za zavarovanje javnega interesa. Prav tako velja za ukrepe državne oblasti: ukrepi morajo biti nujno potrebni in uresničljivi s takimi sredstvi, ki najmanj vplivajo na interese posameznika, morajo pa biti zadostni za uresničitev postavljenega cilja (Jambrek, 1998: 46–47).

Načelo sorazmernosti in slovenski pravni red

Načelo sorazmernosti v slovenskem pravnem redu najdemo na različnih pravnih področjih. Za nas je najbolj relevantno področje upravnega prava – pri neposrednih upravnih dejanjih (realnih upravnih aktih) kot pri odločanju upravnih organov v okviru prostega preudarka in pri razlagi nedoločenih pravnih pojmov (Šturm, 1998: 131).

Odvisnost odločanja po prostem preudarku od načela sorazmernosti opazimo že pri Steski, ki pravi, da je oblastni organ upravičen posegati v pravice državljanov le iz javnih ozirov. Pri tem mora biti pozoren, da s svojimi ukrepi ne ogroža pravic dotične stranke, drugih javnih interesov ali interesov tretjih oseb. Prav tako je oblastni organ zavezan med različnimi ukrepi izbrati tistega, ki je v določenem primeru najbolj ustrezen. Enako velja za izdano upravno odločbo (Steska, 1941: 174).

Zakon o splošnem upravnem postopku obravnava načelo sorazmernosti v 6. členu (načelo zakonitosti), kjer v drugem odstavku navaja, da mora v upravnih zadevah, v katerih je upravni organ po zakonu ali predpisu samoupravne lokalne skupnosti upravičen odločati po prostem preudarku, biti odločba izdana v mejah pooblastila in v skladu z namenom, za katerega je bilo pooblastilo dano. Tudi v prvem odstavku 7. člena, ki govori o varstvu pravic strank in varstvu javnih koristi, lahko posredno zaznamo načelo sorazmernosti. Upravni organi morajo pri postopanju in odločanju omogočati strankam, da zavarujejo in uveljavljajo svoje pravice. Skrbeti pa morajo tudi za to, da stranke ne uveljavljajo svojih pravic v škodo pravic drugih in ne v nasprotju z javno koristjo, določeno z zakonom ali drugim predpisom. Tretji odstavek istega člena določa tudi, da se pri odločanju o pravicah obveznostih in pravnih koristih strank nasproti njim uporabljajo tisti s predpisi določeni ukrepi, ki so zanje ugodnejši, če se z njimi doseže namen predpisa (Šturm, 1998: 132).

Pravna teorija obravnava načelo sorazmernosti v navezavi z načelom prostega preudarka tudi v primeru pritožbe. Pritožbeni organ je namreč upravičen preizkusiti pravilnost uporabe prostega preudarka na prvi stopnji. Če ugotovi, da je bil nesmotrno uporabljen (zaradi česar je tudi izdana odločba nesmotrna ali neprimerna, pa četudi je pravno pravilna) in da je mogoče doseči namen zakona z drugimi, za stranko ugodnejšimi sredstvi, lahko razveljavi to odločbo in jo nadomesti s svojo (Šturm, 1998: 133).

Glede načela sorazmernosti je svoje mnenje podalo tudi Ustavno sodišče Republike Slovenije. Kakršne koli omejitve ustavnih pravic so dopustne le, če so v skladu z načelom sorazmernosti. Za dopustnost takih omejitev morajo biti izpolnjeni trije pogoji: nujnost, primernost in sorazmernost v ožjem smislu:

1. Poseg mora biti nujen v tem smislu, da cilja ni mogoče doseči z nobenim blažjim posegom v ustavno pravico ali celo brez njega.
2. Poseg mora biti primeren za dosego cilja.
3. Upoštevati je treba tudi t. i. sorazmernost v ožjem smislu, kar pomeni, da je pri ocenjevanju nujnosti posega treba tehtati tudi pomembnost s posegom prizadete pravice v primerjavi s pravico, ki se s tem posegom želi zavarovati, in odmeriti nujnost posega sorazmerno s težo prizadetih posledic (Šturm, 1998: 134–135).

3.2.3 Prosti preudarek in načelo enakosti

Podobno kot preostala pravna načela se je tudi načelo enakosti pred zakonom povsem uveljavilo šele z nastankom moderne pravne države⁵. V upravnem pravu to pomeni, da morajo upravni organi zadeve, ki se ujemajo v bistvenih lastnostih, obravnavati enako, če se razlikujejo, pa jih je treba tudi ustrezno neenako obravnavati. Pravna pravila, ki zavezujejo

⁵ O načelu enakosti pred zakonom je govoril že Aristotel v svoji Nikomahovi etiki. On govori o dveh vrstah pravičnosti, kjer se enakost kaže v dveh oblikah: izravnalna pravičnost (*iustitia commutativa*) in razdeljevalna pravičnost (*iustitia distributiva*). V prvem primeru gre za pravičnost med tistimi, ki so po naravi neenaki, po zakonu pa enaki. Gre za absolutno enakost med enakimi pred zakonom. V drugem primeru pa gre za sorazmerno enakost v obravnavanju večjega števila oseb (npr. različna davčna obremenitev glede na višino dohodka).

Aristotel trdi, da ni neenakosti, kadar se neenaki obravnavajo v sorazmerju z neenakostjo, ki obstaja med njimi. V skladu z načelom enakosti je treba osebe, ki so enake, obravnavati enako, neenake pa obravnavati različno v sorazmerju z njihovo neenakostjo. Enako obravnavanje neenakih bi bilo prav tako nepravilno kot obravnavati enake različno (Šturm, 1998: 55).

upravne organe, morajo biti oblikovana tako, da dopuščajo obravnavo posameznega primera glede na različne okoliščine. Kljub temu pa načelo enakosti v določenih primerih ne sme veljati absolutno. Posameznik ne sme storiti kaznivega dejanja in pričakovati oprostitev, ker je bilo že prej nekomu drugemu iz različnih razlogov tako dejanje oproščeno. Prav tako ne sme biti načelo enakosti kršeno pri različnem obravnavanju določenih primerov zaradi sprememb, ki nastanejo pri uporabi prostega preudarka (Jerovšek, 1995: 4–5).

Načelo enakosti in njegova uporaba predpostavljata poznavanje odločujočih razlik med posamezniki in razlogov, ki narekujejo različno obravnavanje posameznikov. Enakost oziroma neenakost se dejansko kaže v uporabi prava, v postopkih pred upravnimi in sodnimi organi, v izvajanju prava, v vsebinski enakosti znotraj zakona, pravnem varstvu ter v zakonskih pogojih za upravičenje in razdeljevanje dobrin (Šturm, 1998: 56–57).

To načelo obravnava tudi slovenska ustava v 14. členu, ki govori o enakosti pred zakonom in se glasi:

»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« (14. člen Ustave RS).

Vidimo lahko, da slovenska ustava prepoveduje diskriminacijo posameznikov glede na njihove osebne lastnosti, opredelitve in pripadnost. To pomeni, da morajo biti vsi posamezniki v postopkih in pred organi državne oblasti enaki. Istočasno pa ustava zapoveduje enakost pri postavljanju in uporabi prava. Seveda pa ne moremo načela enakosti jemati dobresedno, saj bi lahko že strogo delovanje po tem načelu povzročilo nasprotni učinek – diskriminacijo. Kot primer lahko vzamemo obračunavanje davkov. Ravno zaradi tega je treba enake družbene skupine obravnavati enako, različno od drugih družbenih skupin, ki imajo drugačne skupne lastnosti. Posamezniki se torej obravnavajo enako glede na enake okoliščine in značilnosti. S tem namenom mora zakonodajalec določene družbene skupine urejati enako, uradna oseba pa jih mora v skladu s tem obravnavati. Za ustrezno delovanje takega sistema mora imeti uporabnik prava izoblikovane ustrezne kriterije razločevanja, ki mu omogočajo razvrščanje

glede na podobnost oziroma razlike teh oseb in njihovo medsebojno primerjanje (Jerovšek, 1995: 4–5).

3.3 UPORABA PROSTEGA PREUDARKA V NEKATERIH DRUGIH EVROPSKIH DRŽAVAH

3.3.1 Anglosaške države

Sodni nadzor nad pravilnim izdajanjem diskrecijskih upravnih aktov se je najprej razvil ravno v anglosaškem pravnem sistemu in izvira iz angleškega občega prava – common law. Sodišča so imela nadzor nad diskrecijskim ravnanjem upravnih in drugih organov, da ta ne bi prekoračila ali zlorabila danega pooblastila (Šturm, 1996: 502).

Poznamo dve obliki za presojo pravne pravilnosti pri uporabi diskrecijske pravice:

1. Ali upravni organ prostega preudarka ni uporabil za namen, ki ga zakon ne dovoljuje. (Gre za ugotavljanje namena zakonodajalca in primerjavo z namenom upravnega organa.)
2. Ali je bil način, s katerim je upravni organ na podlagi prostega preudarka zasledoval neki zakonski cilj, nepravičen, nerazumen ali nesorazmeren. Gre za zagotavljanje poštenega delovanja uprave (Šturm, 1996: 503).

Včasih je razlikovanje med tema dvema načinoma težko izvedljivo. Poleg tega gre v drugem primeru še za pojme, ki jih lahko sodniki različno intepretirajo. Z naraščanjem težnje po spoštovanju temeljnih človekovih pravic je postal tudi sodni nadzor nad takimi pravnimi akti bolj intenziven.

Šturm (1996: 183) nadalje prikazuje tudi nadzor zakonitosti diskrecijskih upravnih aktov, kamor štejemo:

1. Neprimeren oziroma nepravi namen. Sodišča razveljavijo tiste upravne akte, kjer je bila diskrecijska pravica uporabljena za neprimeren namen: za namen, ki ga pooblastilo ne daje.

2. Relevantnost. Sodišče razveljavi neki upravni akt, če ugotovi, da ne temelji na relevantnih dejstvih oz. če relevantna dejstva niso bila upoštevana.
3. Akt, ki je bil zlonamerno ali nepošteno izdan.

Poleg tega moramo poudariti, da v angleškem pravnem redu odločitev sodišča ne more nadomestiti odločitve uprave. Sodišče v izdane upravne akte poseže le, če ugotovi, da so bili nerazumni. Pri določanju tega so mu v pomoč različni kriteriji, v novejšem času pa se s tem pojmom povezujeta tudi načelo sorazmernosti in načelo enakosti (Šturm, 1998: 183–184).

Ameriška sodna presoja

Ameriška sodna presoja je mnogo bolj zadržana od angleške, saj se osredotoča predvsem na to, ali je uprava prekoračila dana pooblastila, in na to, ali je uprava pri uporabi diskrecije delovala samovoljno ali muhasto. Leta 1971 se je začela nova doktrina glede presoje upravnih aktov, izdanih po prostem preudarku, t. i. »hard look«. Po tej doktrini sodišče posreduje, če ugotovi, da se uprava ni dovolj zavzela za razumno rešitev ali pa da ni dovolj podrobno pregledala vseh vprašanj. Kljub temu vlada v Ameriki podpira precej širokemu diskrecijskemu odločanju uprave. Z naraščanjem področij urejanja in s širjenjem izdajanja konkretnih upravnih aktov se povečuje tudi diskrecijsko odločanje. To je zlasti normalno v modernih pravnih in socialnih državah, kjer vsebinska pravičnost prevladuje nad formalno pravičnostjo. Gre za težnjo po zagotavljanju pravnih standardov na precej bolj individualiziran način (Šturm, 1996: 503–504).

3.3.2 Švica

Švica je nedvomno zelo zanimiv primer na tem področju. Upravni organi in predstojniki opravljajo svojo funkcijo nepoklicno in jih največkrat neposredno izvoli ljudstvo. Uprava ima zelo široka pooblastila in široko polje prostega preudarka, ki vključuje tako možnost odločanja med različnimi alternativami kot uporabo nedoločenih pravnih pojmov. Slednji se tu enačijo z načelom odločanja po prostem preudarku (Šturm 1996: 504–505).

Splošno prepričanje švicarske pravne teorije je, da pri prostem preudarku pooblaščiujoča pravna norma dopušča upravi izbiro med več možnostmi, ki so vse enakovredne:

1. uprava lahko ukrepa ali ne ukrepa;
2. uprava lahko izbira med več možnimi ukrepi;
3. ukrep, ki ga mora sprejeti, prilagodi posebnostim posameznega primera (Šturm, 1998: 187).

Nadzor nad uporabo prostega preudarka opravljajo predvsem upravni organi na drugi stopnji. Meje prostega preudarka sodijo v pristojnost sodišč, sodna presoja pa se opravi pri prekoračitvi ali zlorabi diskrecijskega pooblastila in zajema tudi načelo sorazmernosti. Švicarska ustava ne zagotavlja sodnega nadzora uprave, upravna znanost pa govori zgolj o pravni vezanosti uprave (Šturm, 1996: 505).

Upravna sodišča so v Švici redka, ustava jih niti ne omenja. Sodna presoja postavlja na prvo mesto prepoved samovolje, pritožba na zvezno sodišče pa je dopustna le pri kršitvi zveznega prava (Šturm, 1998: 188).

3.3.3 Francija

Delovanje francoske uprave je strogo vezano na spoštovanje načela zakonitosti, ki pomeni spoštovanje vseh pisanih in nepisanih pravnih pravil, ki zavezujejo upravo. Gre za spoštovanje nepisanih splošnih pravnih načel in vladnih uredb. Sedemintrideseti člen ustave pa daje vladi pooblastilo za izdajanje uredb z zakonsko močjo. Francoski pravni sistem pozna zakone in splošna pravna načela, ki so med seboj enakovredni. Če pa se pojavijo neskladja med njimi, imajo splošna pravna načela prednost pred zakoni, ker so bolj specializirana. Izdaja jih francoski Conseil d'Etat (Državni svet), ki je posebnost francoskega pravnega reda. Je organ sui generis, ki opravlja nadzor nad upravnimi sodišči in s tem nad delovanjem celotne javne uprave (Šturm, 1998: 188–189).

Za razumevanje prostega preudarka je pomembno zlasti načelo o posebnih upravičenjih uprave. Upravi je dovoljeno, da ukrene vse potrebno za ohranitev javnega reda, čeprav se pri

tem omejujejo temeljne pravice. Kljub temu upravo omejujejo sodišča, ki določajo meje takih posegov; načela o temeljnih svoboščinah; pravica do sodnega varstva in obveznost obrazložitve upravnih odločb ter načelo sorazmernosti. Vseeno pa pridejo načela o upravičenjih uprave večkrat v nasprotje s pravicami posameznikov. Za uporabo prostega preudarka imajo poseben pomen tudi načelo enakosti pred zakonom, enakost obravnavanja v postopku pred upravnimi organi in spoštovanje nepristranskosti upravnih organov pri odločanju o konkretnih zadevah. Po novem pa je upravni organ dolžan po zakonu fizični ali pravni osebi obrazložiti odločbo, ki je bila izdana na podlagi diskrecijskega pooblastila (Šturm, 1998: 189–190).

Sodna presoja

Francoski pravni red loči polno pravno vezanost uprave in pooblastilo upravi, da odloča po prostem preudarku. V prvem primeru zakon zavezuje upravo k odločanju in vsebinsko determinira upravno odločbo. Po drugi strani pa je treba nekomu zavrniti zahtevo, ko uprava ugotovi, da ne izpolnjuje vseh zakonskih pogojev, ki determinirajo izdajo odločbe. Tu uprava nima nikakršne možnosti izbire, saj mora ravnati v skladu z določili zakona (Šturm, 1998: 191).

Druge vrste primerov so tisti, kjer ima uprava **polno diskrecijo**, ki pa se postopoma zelo omejuje. Predmet **polne diskrecije** določa Conseil d'Etat. Ponavadi gre za izdajanje najpomembnejših državnih aktov, ki se nanašajo na razmerje vlade do parlamenta, aktov vlade v razmerju do drugih držav ali mednarodnih organizacij in tu je tudi izključen sodni nadzor. Uporaba popolne diskrecije se postopoma zelo omejuje. V drugih primerih pa so akti uprave kljub polni diskreciji podvrženi sodnemu nadzoru. Sodišče preveri morebitne kršitve pravnih načel, za izdajatelja odločbe pa je obvezna tudi obrazložitev. Pogostejši so primeri **omejene diskrecije uprave**, ko je diskrecijsko pooblastilo uporabljeno v okviru zakonskih meja in načel. Tudi v takih primerih mora biti upravna odločba obrazložena, razlogi za njeno izdajo pa skladni z zakonskimi določbami. Za ugotavljanje morebitnih kršitev so pristojna sodišča. Sodna presoja je mnogo bolj zadržana pri pomembnih političnih vprašanjih (npr. vprašanjih, povezanih s tujci) ali pri presoji znanstvenih ali tehničnih vprašanj (Šturm, 1998: 191–192).

Tudi francoski pravni red pozna upravna sodišča, ki so pristojna odpraviti upravno odločbo v primerih kršitev, napak pri presoji dejanskega stanja, nerazumnosti izdanih odločb ali njihove nesorazmernosti s stanjem stvari in dejanskimi okoliščinami. Prav tako se ugotavlja tudi resničnost dejanskega stanja. Francoska pravna doktrina se vedno bolj nagiba k zahtevi, da zakon natančneje določi z dovolj jasnimi normami meje prostega preudarka in kriterije za njegovo uporabo. S tem se posredno omejuje tudi maneverski prostor sodišč pri sodni presoji upravnih aktov, izdanih po prostem preudarku (Šturm, 1998: 198).

Detournement de pouvoir

Zloraba pooblastila – *detournement de pouvoir* – je eden od temeljnih razlogov za sodno presojo in je povezana s presojo interne zakonitosti izpodbijane upravne odločbe. Ta vrsta zlorabe je subjektivne narave, saj gre za nezakonite motive, ki so vodili nekega uslužbenca pri izdaji odločbe. Popačenje oblasti nastopi takrat, ko je diskrecijsko pooblastilo uporabil v drugačne namene, kot jih določa zakon. Sodišče mora pri presoji takih aktov najprej ugotoviti motiv zakonodajalca, nato pa primerjati skladnost upravnega akta z motivom in ugotoviti vodilo upravnega organa pri izdaji konkretnega upravnega akta. Pomembna značilnost francoskega pravnega sistema je tudi ta, da se zakon ne presoja po njegovi črki, temveč po njegovem duhu. Sodna presoja je pri polni diskreciji zadržana. Treba je omeniti še dejstvo, da postaja tudi v francoskem pravnem redu načelo sorazmernosti pomembno načelo, ki vpliva tudi na presojo zakonitosti upravnih aktov, zlasti tistih, ki so izdani na podlagi diskrecijskega pooblastila (Šturm, 1996: 507).

Francoski pravni red pozna še eno posebnost, to je doktrina očitne napake pri presoji dejstev. Če Conseil d'Etat to ugotovi, odpravi tako upravno odločitev (Šturm, 1998: 198).

3.3.4 Avstrija

V avstrijskem pravnem redu je načelo odločanja po prostem preudarku določeno že v ustavi. Drugi odstavek 130. člena avstrijske ustave določa, da zakonodajalec lahko opusti obvezujoče pravno urejanje delovanja uprave tako, da ji podeli pravico

odločanja po prostem preudarku. V tem primeru mora biti upravno delovanje v mejah in v duhu zakona, saj avstrijska ustava v 1. odstavku 18. člena zapoveduje vezanost uprave na zakon in spoštovanje načela zakonitosti (Šturm, 1996: 509).

Ko govorimo o prostem preudarku v avstrijskem pravnem redu, ločimo med prostim preudarkom ravnanja uprave (uprava lahko ukrepa, ni pa dolžna) in med prostim preudarkom glede izbire (uprava mora ukrepati – je dolžna, ima pa proste roke pri izbiri ukrepa). V obeh primerih mora imeti podlago za odločanje v zakonu. Tudi pri nedoločenih pravnih pojmihi ima uprava do določene mere možnost lastne presoje, čeprav je v nasprotju z odločanjem po prostem preudarku vendarle podvržena določeni vezanosti. Kljub temu se lahko pri nedoločenih pravnih pojmihi izdajo različni upravni akti, ki so pravno dopustni. Upravno sodišče se po novem omejuje na preverjanje zakonitosti postopka in na spoštovanje volje zakona, ne pa več na polno presojo uporabe nedoločenega pravnega pojma (Šturm, 1998: 201).

Glavno vodilo odločanja uprave po prostem preudarku mora biti načelo zakonitosti. Uprava mora ravnati po stvarnih kriterijih v smislu zakona. To pomeni, da je dolžnost zakonodajalca, da dovolj jasno, posredno ali neposredno, določi smisel zakona. V njem morajo biti podane različne možne vrednostne orientacije, med katerimi lahko upravni organ izbira.

Avstrijski pravni red pozna dve vrsti vezanosti uprave na zakon:

- vzročna vezanost uprave,
- vezanost uprave glede na cilj.

Vzročna vezanost predpostavlja normativno povezavo med zakonsko opredeljenim dejanskim stanjem in pravno posledico. Ob izpolnjenem določenem dejanskem stanju naj nastopi določena pravna posledica. Zaradi vse večje kompleksnosti družbenih pojavov je vezanost predpostavka-posledica vse težja. V ospredje pa prihaja druga vrsta vezanosti, ciljna, kjer zakonodajalec predpostavlja izpolnitev določenih ciljev, ne da bi oblikoval jasne določitve s pomočjo kondicionalnih pravnih norm. S tem se širi obseg prostega preudarka uprave, saj

lahko izbira tako cilje, ki jih bo uresničevala, kot sredstva. Ker je v teh primerih vezanost uprave na zakon šibkejša, je nujno dosledno spoštovanje pravil postopka (Šturm, 1998: 204–205).

V avstrijskem pravnem redu velja dolžnost obrazložitve diskrecijskih upravnih aktov. Zakon o upravnem postopku določa, da je treba odločbe vsebinsko obrazložiti, če se ne strinjajo z navedbami stranke ali če zavrnejo zahteve strank. Navedbi je treba ugotovitve predhodnega postopka in preudarka, ki so ga vodili k diskrecijski odločitvi. Šele tako lahko pristojno sodišče odkrije morebitne kršitve in zaščiti interese strank ter odpravi napake, ki so nastale pri prostem preudarku (Šturm, 1998: 206).

Sodna presoja

Upravni organ, ki izdaja upravne odločbe po prostem preudarku, lahko naredi naslednje napake:

1. Zloraba prostega preudarka: iz malomarnosti ali namenoma danega pooblastila ne uporabi v smislu zakona.
2. Prekoračitev pooblastila: upravni organi si pripisujejo pravico do prostega preudarka, čeprav jim je zakon ne daje.
3. Neenako obravnavanje enakih primerov: upravni organ je vezan na enako obravnavanje enakih primerov, ki jih obravnava v istem časovnem obdobju (Šturm, 1998: 207).

Poleg delovanja uprave po načelu zakonitosti upravno sodišče nadzoruje tudi delovanje upravnega organa po prostem preudarku. Pri tem nadzira

- pravilnost postopka,
- pristojnost upravnega organa,
- materialno pravilnost zunaj prostega preudarka (Šturm, 1998: 207).

Gre torej za nadzor polne zakonitosti. Sodni organ je omejen pri vsebinski presoji uporabe prostega preudarka. V nasprotju z drugostopenjskim upravnim organom sodišče ne sme nadomestiti preudarka upravnega organa s svojim preudarkom. Pri tem gre za element

vsebinske delitve med sodno in upravno vejo oblasti (Šturm, 1998: 208).

Avstrijska teorija pozna tudi nedoločene pravne pojme. Mejo med njimi in prostim preudarkom je zelo težko določiti. Številne nedoločene pravne pojme je možno obravnavati kot obliko diskrecijskega pooblastila. Gre za t. i. finalne opredelitve in pravne ureditve po vzorcu t. i. premičnega sistema, ki vključuje predvsem določene in nedoločene elemente dejanskega stanja, ki zahteva diskrecijsko presojo. Tu je zelo pomemben predvsem element tehtanja (Šturm, 1998: 208).

3.3.5 Nemčija

Tudi v nemškem pravnem redu je načelo prostega preudarka posredno urejeno že v ustavi, ki v 3. odstavku 20. člena govori o načelu zakonitosti, vezano pa je tudi na 4. odstavek 19. člena – načelo sodnega varstva proti ukrepom uprave. Poleg tega morajo biti zakoni, ki upravo pooblašajo za diskrecijsko odločanje, skladni z ustavo, kar je posebej določeno v 3. odstavku 1. člena ustave. Zaradi zgodovinskih okoliščin je bila uporaba prostega preudarka v Nemčiji sprva precej omejena, njegova presoja pa je bila prepuščena sodstvu, ki tu uživa precejšen ugled. Kljub temu pa nemški pravni red danes sprejema načelo prostega preudarka kot pozitivno dejstvo, ki omogoča varovanje tako posameznikovih kot javnih interesov. Na sprejetje prostega preudarka kot pomembnega pravnega sredstva so vplivali številni dejavniki: Popolno zakonsko urejanje delovanja uprave bi zahtevalo ogromno število zakonov. To bi preobremenilo tako parlament kot upravo in državljane – ti se v taki poplavi zakonov ne bi več znašli.

Načelo prostega preudarka je dobilo svoje mesto tudi v ustavnem redu, ki v njem vidi učinkovito sredstvo za varovanje javnih koristi in interesov posameznika. Uprava pa je tista, ki se pred zakonodajalcem hitreje odzove na nepričakovane okoliščine.

Pravica uporabe prostega preudarka ni v nasprotju z ustavnimi zahtevami po varstvu temeljnih človekovih pravic. To velja tudi za nedoločene pravne pojme, ki jih nemška pravna teorija praviloma ne ločuje od prostega preudarka. Tako kot za avstrijski pravni red tudi za Nemčijo velja, da pri diskrecijskem odločanju zagotavljajo strogo upoštevanje pravil postopka (Šturm, 1998: 209–213).

V nemškem pravnem redu poznajo tudi različne vrste prostega preudarka:

1. Prosti preudarek taktične narave

Pri tovrstnem prostem preudarku gre za nepredvidljivost upravne odločitve. Od uprave zahteva, da se nastalim okoliščinam prilagodi z ustreznim ukrepom. Zakonodajalec ji določi le strateške zakonske cilje, ki so glede na okoliščine posameznega primera fleksibilni in spremenljivi. Tak prosti preudarek je podeljen uniformirani policiji pri zagotavljanju javnega reda in varnosti ali pa nemški zvezni banki pri zagotavljanju monetarne trdnosti. Sodišče ne more nadomestiti taktične diskrecijske odločitve uprave s svojo. Pristojno je zgolj za nadzor, ali uprava izpolnjuje zahtevane zakonske cilje (Šturm, 1998: 214).

2. Prosti preudarek pri oprostitvah od zakonskih obveznosti

V določenih primerih lahko zakonodajalec dopusti upravi, da odstopi od črke zakona. Kot primer lahko navedemo dodelitev izjemnega gradbenega dovoljenja zunaj urbanističnega kompleksa, ko ni nobenih pravnih ovir za gradnjo (Šturm, 1998: 215).

3. Druge vrste prostega preudarka:

- manevrski prostor ocene pri razumevanju dejanskega stanja;
- manevrski prostor presoje pri izvedbenih planskih aktih;
- manevrski prostor proste presoje za prilagodljivo optimalizacijo pospeševalnih državnih intervencij (diskrecija pri managementu) (Šturm, 1998: 213–218).

Sodna presoja

Enako kot v drugih državah tudi v Nemčiji sodišča nadzorujejo zakonitost upravnih aktov. Pristojna so za presojo tako pravnih vprašanj kot dejanskih okoliščin in nedoločenih pravnih pojmov. Če ugotovijo nepravilnosti, lahko odpravijo upravno odločbo in jo vrnejo upravnemu organu za ponovno ugotavljanje dejanskih okoliščin (Šturm, 1996: 514).

Uprava si mora pri izvajanju diskrecijskega pooblastila prizadevati za namen, za katerega ji je bilo pooblastilo dano, in spoštovati zakonske meje prostega preudarka. Kršitve prostega

preudarka so naslednje:

- prekoračitev prostega preudarka (upravni organ ni ostal znotraj meja pooblastila),
- zloraba prostega preudarka (upravni organ ni uporabljal prostega preudarka skladno z namenom pooblastila),
- nespoštovanje načela sorazmernosti,
- nespoštovanje načela enakosti,
- nespoštovanje načela vezanosti na lastne odločitve in
- opustitev izvajanja danega prostega preudarka (Šturm, 1996: 514).

Da bi se izognili takih nepravilnosti in optimalno zaščitili interese posameznika, je treba izdati obrazložitev diskrecijske odločbe. Obrazložitev mora vsebovati bistvene dejanske in pravne razloge za odločitev upravnega organa. Prav tako morajo biti razvidni vidiki, ki so upravnemu organu dali izhodišče za diskrecijsko odločanje (Šturm, 1996: 517).

Nemški pravni red loči med sodno presojo prostega preudarka in sodno presojo nedoločenih pravnih pojmov. Nemška upravnosodna presoja izvršuje polno pravno presojo nedoločenih pravnih pojmov. Pravni teoretiki opozarjajo na nepotrebno razlikovanje med prostim preudarkom in nedoločenimi pravnimi pojmi, saj prenašanje odločanja iz uprave na sodišča ne pomeni nujno tudi boljšega rezultata za posameznika (Šturm, 1996: 516).

3.3.6 Slovenija

O odločanju po prostem preudarku sem precej razdrobljeno govorila že v prejšnjih poglavjih, zato bom na tem mestu bolj strnjeno prikazala zgolj najpomembnejše zakonodajne in ustavne določbe, ki ga posredno ali neposredno urejajo.

Ustavne določbe in prosti preudarek

V slovenski ustavi načelo prostega preudarka ni posebej omenjeno. V njej lahko najdemo predvsem določbe, ki govorijo o načelu zakonitosti, varstvu človekovih pravic, možnosti pritožbe zoper odločitve upravnih organov in podobno. Načelo prostega preudarka lahko

izpeljemo iz teh določb. Začnemo lahko s splošnimi določbami, ki vežejo upravo na ustavo in zakon:

- 2. člen Ustave Republike Slovenije govori, da je Slovenija pravna država;
- 2. odstavek 3. člena: o delitvi oblasti;
- 1. odstavek 5. člena: o varovanju človekovih pravic in temeljnih svoboščin.

Pri poglavju o varovanju človekovih pravic in temeljnih svoboščin so zlasti pomembne naslednje določbe:

- 14. člen: spoštovanje načela enakosti in spoštovanje splošnega ustavnega načela sorazmernosti kot enega temeljnih načel pravne države;
- 22. člen: enako varstvo pravic;
- 23. člen: pravica do sodnega varstva;
- 25. člen: pravica do pravnega sredstva.

Poglavje o državni ureditvi:

- 2. odstavek 120. člena: upravni organi opravljajo svoje delo samostojno, vendar v okviru in na podlagi ustave in zakonov;
- 3. odstavek 120. člena: zagotovljeno je sodno varstvo pravic in zakonskih interesov državljanov proti odločitvam in dejanjem upravnih organov in nosilcev javnih pooblastil.

Poglavje o ustavnosti in zakonitosti:

- 3. odstavek 153. člena: vsi podzakonski predpisi in drugi splošni akti morajo biti v skladu z ustavo in zakoni;
- 4. odstavek 153. člena: posamični akti in dejanja upravnih organov in organov lokalnih skupnosti ter nosilcev javnih pooblastil morajo temeljiti na zakonu ali zakonitem predpisu.

Ustava v 157. členu posebej ureja tudi upravni spor. Ta člen določa, da o zakonitosti dokončnih posamičnih aktov državnih organov, organov lokalnih skupnosti in nosilcev javnih pooblastil, s katerimi ti odločajo o pravicah ali obveznostih in pravnih koristih posameznikov in organizacij, odloča v upravnem sporu pristojno sodišče, če za določeno zadevo ni z zakonom predvideno drugo sodno varstvo. Drugi odstavek 157. člena pa določa, da če ni

zagotovljeno sodno varstvo, v upravnem sporu odloča pristojno sodišče tudi o zakonitosti posamičnih dejanj in aktov, s katerimi se posega v ustavne pravice posameznika. 160. člen določa pristojnosti ustavnega sodišča za presojo o skladnosti podzakonskih predpisov z ustavo in z zakoni ter za odločanje o ustavnih pritožbah zaradi kršitve človekovih pravic in temeljnih svoboščin s posamičnimi akti (Jerovšek, 1996: 1104).

Prosti preudarek in Zakon o splošnem upravnem postopku

Naslednji pomemben dokument, ki obravnava načelo prostega preudarka, je Zakon o splošnem upravnem postopku, ki zavezuje delovanje vseh državnih organov. Rekli smo že, da je prosti preudarek v procesnem pravu, ki zajema pravila postopka, nedopusten. To je razvidno tudi iz 6. člena ZUP, ki govori o načelu zakonitosti. Drugi odstavek 6. člena namreč pravi, da mora upravni organ v primerih, kjer mu zakon ali drug predpis dopušča odločanje po prostem preudarku, odločati v mejah pooblastila in v skladu z njegovim namenom. V 3. odstavku 6. člena pa izrecno govori o procesni vezanosti pri odločanju po prostem preudarku (Breznik in drugi, 2001: 50).

Druge določbe ZUP, ki so še pomembne za načelo odločanja po prostem preudarku, so:

- **1. odstavek 252. člena**, ki daje organu druge stopnje pooblastilo, da sme odpraviti odločbo, izdano na prvi stopnji, s svojo odločbo in sam rešiti zadevo, če spozna, da bi bilo treba po prostem preudarku izdati drugačno odločbo. »Če organ ugotovi, da so bili v odločbi prve stopnje zmotno presojeni dokazi, da je bil iz ugotovljenih dejstev napravljen napačen sklep glede dejanskega stanja ali da je bil napačno uporabljen pravni predpis, na podlagi katerega je bilo odločeno o stvari, ali če spozna, da bi bilo treba po prostem preudarku izdati drugačno odločbo, odpravi odločbo prve stopnje s svojo odločbo in sam reši stvar« (252. člen ZUP).
- **2. odstavek 252. člena**: daje izrecno pooblastilo organu druge stopnje; če ta organ ugotovi, da je odločba glede ugotovljenih dejstev in glede uporabe zakona pravilna, da pa je mogoče namen, za katerega je bila odločba izdana, doseči z drugimi, za stranko ugodnejšimi sredstvi, lahko v tem smislu spremeni odločbo prve stopnje. »Če organ druge stopnje ugotovi, da je odločba glede ugotovljenih dejstev in glede uporabe zakona

pravilna, da pa se da namen, zaradi katerega je odločba izdana, doseči tudi z drugimi, za stranko ugodnejšimi sredstvi, spremeni odločbo prve stopnje v tem smislu« (252. člen ZUP).

Pri nas lahko upravni organ druge stopnje nadomesti odločbo upravnega organa prve stopnje tudi pri prostem preudarku, sodišče pa tega ne more narediti. Drugi odstavek 10. člena namreč določa, da ne gre za nepravilno uporabo predpisa, če je pristojni organ odločil po prostem preudarku na podlagi pooblastila, ki ga je imel po pravnih predpisih, v mejah danih pravic in v skladu z namenom, za katerega so mu bile te pravice dane (Šturm, 1998: 228).

Prosti preudarek »da« ali »ne«

Zanimivo stališče glede prisotnosti načela prostega preudarka v ustavi najdemo pri Jerovšku. On trdi, da slovenska ustava o pravici do prostega preudarka sploh ne govori oziroma da po ustavi sploh ni dopusten. To tezo potrjuje s 14. členom ustave, ki pravi, da so vsi pred zakonom enaki. Upravni organ mora enake primere obravnavati enako, med enakimi strankami ne sme biti razlik. Dodatno potrdilo o nedopustnosti diskrecijskega odločanja vidi v 15. členu: »Človekove pravice in temeljne svoboščine se uresničujejo neposredno na podlagi ustave. Z zakonom je mogoče predpisati način uresničevanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin, kadar tako določa ustava ali če je to nujno zaradi narave posamezne pravice ali svoboščine.« Nasprotno pa ustava govori o vezanosti uprave na zakon in o sredstvih varovanja posameznikovih pravic (Jerovšek, 1996: 1104).

Jerovškovo stališče glede (ne)dopustnosti prostega preudarka po ustavi je mogoče malo prestrogo. Tudi ustavne določbe je treba interpretirati v skladu z namenom, za katerega so bile napisane. Prav gotovo načelo spoštovanja in varovanja temeljnih človekovih pravic zahteva, da se posamezniki obravnavajo enako oziroma neenako glede na dane okoliščine. Prav to pa omogoča načelo diskrecijskega odločanja, saj prepušča upravnemu organu, ki je v neposrednem stiku z upravičencem oziroma stranko nekega postopka, da presodi zanj in za javni interes najboljšo rešitev. Nasprotno bi lahko strogo obravnavanje vseh posameznikov enako privedlo do kršitev tako njihovih pravic kot javnega interesa.

Dolžnost obrazložitve upravne odločbe

Kot smo videli že v prejšnjih odstavkih, pri nekaterih drugih državah, velja tudi v slovenskem pravnem redu dolžnost obrazložitve upravne odločbe. To stališče je zavzelo tudi slovensko ustavno sodišče, ki pravi, da posameznik ne more optimalno izkoristiti pravnih sredstev v primeru negativne odločbe, če ta ni obrazložena. Navedba razlogov za določeno odločitev omogoča učinkovitejši ugovor prizadetega posameznika.

Obrazložitev odločbe mora vsebovati razloge, ki so upravni organ vodili pri diskrecijskem odločanju. Iz njih mora biti razvidno, da je organ ravnal v skladu z namenom in v mejah pooblastila za odločanje po prostem preudarku. Dokazati mora torej, da ni ravnal samovoljno. Stranki pa mora biti omogočeno, da lahko sproži upravnosodno kontrolo zakonitosti oziroma, če gre za ustavno pritožbo, ustavnosodno kontrolo ustavnosti take odločbe. Sklicujoč se na 2. odstavek 120. člena slovenske ustave, mora zakon določiti vse bistvene sestavine za delovanje upravnih organov v organizacijskem, postopkovnem in vsebinskem pogledu tako, da lahko prizadeti posameznik ugotovi svoj pravni položaj že na podlagi zakona. Zakonitost nekega akta se ugotavlja z upravnim sporom pred sodiščem, kjer lahko posameznik uveljavlja zaščito svojih interesov. To pomeni tudi, da mora biti namen pooblastila za diskrecijsko odločanje razviden iz samega zakona, ki podeljuje to pooblastilo (Šturm, 1998: 235-236).

Obrazložitev mora biti toliko bolj podrobna, kolikor bolj je sodna presoja zadržana. Upravni organ mora vselej navesti bistvene razloge, ki se nanašajo na določen primer, in seveda zakon oziroma pravni predpis, ki ga pooblašča za odločanje po prostem preudarku. Obrazložitev odločbe obsega:

- razložitev zahtevkov strank in njihove navedbe o dejstvih;
- ugotovljeno dejansko stanje in dokaze, na katere je to stanje oprto;
- odločilne razloge za presojo posameznih dokazov; navedbo določb predpisov, na katere se opira odločba;
- razloge, ki glede na ugotovljeno dejansko stanje narekujejo tako odločbo, in razloge, zakaj ni bilo ugodeno kakšnemu zahtevku stranke. Treba je navesti tudi predpis, ki določa, da pritožba ne zadrži izvršbe, oziroma sklepe, zoper katere pritožba ni dovoljena (Šturm,

1998: 237).

Če je pristojni organ po zakonu upravičen stvar rešiti po prostem preudarku, mora v obrazložitvi poleg podatkov iz 2. odstavka tega člena navesti ta zakon in razloge, zakaj se je tako odločil. (5. odstavek 214. Člena ZUP) Novost v novem Zakonu o upravnem postopku (1999) je ravno ta, da se ne dopušča več izdajanje odločb brez obrazložitve razlogov, kadar je organ odločal po prostem preudarku. Tudi odločba, izdana po prostem preudarku, mora biti po tem zakonu obrazložena.

Obrazložitev je v nekem smislu dialog med stranko in upravnim organom. Upravni organ mora navesti vse razloge za odklonitev zahteve stranke, tudi tiste, ki jim prizadeti ni ugovarjal. Navedena morajo biti tudi dejstva oziroma okoliščine, ki jih je predložila stranka, tudi če jih upravni organ ni upošteval. Pri odločanju po prostem preudarku je treba navesti tudi, katera merila presoje so bila uporabljena pri odločanju. Razvidni morajo biti vsi premisleki upravnega organa in bistveni razlogi za odločanje po prostem preudarku (Šturm, 1998: 239).

Obrazložitev odločbe omogoča tudi naknadno presojanje njene pravne pravilnosti. Sodišče lahko presodi pravno pravilnost odločbe, izdane po prostem preudarku, če so v njej navedeni:

- ocena zakonskega dejanskega stanja,
- stanje stvari, ki je pomembno za zakonito in pravilno odločbo,
- dokazi teh dejstev,
- preudarki, ki so vodili upravni organ pri odločanju (Šturm, 1998: 239).

Za urejanje določenih nepredvidljivih primerov lahko zakonodajalec uporabi nedoločene pravne pojme. Tudi v tem primeru je upravi podeljen določen prostor lastne presoje, da ob določenih okoliščinah nekega primera optimalno odloči. V tem primeru je sodna presoja usmerjena na to, da je organ za konkretiziranje nedoločenega pravnega pojma uporabil merila skladno z vrednostnimi opredelitvami zakona. Tudi pri uporabi nedoločenih pravnih pojmov mora organ obrazložiti svojo odločitev, zaradi možnosti lastnega presojanja upravnega organa pa morajo biti tudi strožje nadzorovana pravila postopka (Šturm, 1998: 238).

Velja tudi pravilo, da posameznik v primerih diskrecijskih odločitev nima pravice zahtevati

odločitve z določeno vsebino. Organ pa mora odločati pravilno in zakonito, zato ima stranka postopka pravico vedeti za razloge, ki so narekovali določeno odločitev. Zaključimo lahko z ugotovitvijo, da obrazložitev odločbe pomembno vpliva tako na možnost uporabe določenih pravnih sredstev kot na njeno kakovost (Šturm, 1998: 239).

Kršitve pri prostem preudarku

Upravni organi so dolžni delovati v skladu z zakonskimi in ustavnimi določbami. To velja tudi takrat, ko so pooblaščen za odločanje po prostem preudarku. Ker jim je v tem primeru prepuščen določen prostor lastne presoje, obstaja tudi večja možnost, da se pojavijo kršitve. Mogoče je, da uradna oseba odstopa od zakonskega delovanja iz nevednosti ali malomarnosti, morda pa organ tudi namenoma zasleduje interese, ki niso v skladu z namenom zakona. V tem primeru se lahko zgodi, da prekorači pooblastilo, to pomeni, da je organ prestopil z zakonom določene meje diskrecijskega odločanja. Treba je opozoriti, da ne gre zgolj za meje, ki so določene v pravni normi, ki pooblašča organ za odločanje po prostem preudarku. Mogoča je prekoračitev meja, ki so uzakonjene v drugih pravnih normah ali celo v ustavi. Taka prekoračitev je tudi mnogo bolj verjetna, saj uradna oseba pogosto ni seznanjena z vsemi podrobnostmi pravnega reda, ki jih v danem trenutku ne potrebuje. V tem primeru govorimo o delovanju v nasprotju s pravnim redom.

Načelo zakonitosti je zapisano med temeljnimi določbami ustave in ga uzakonja tudi Zakon o splošnem upravnem postopku. Tudi v Zakonu o državni upravi (ZDU)⁶ ga najdemo med splošnimi določbami in temeljnimi načeli. ZDU namreč v svojem 2. členu določa, da opravlja uprava svoje delo samostojno, v okviru in na podlagi ustave, zakonov in drugih predpisov. Tretji člen zavezuje upravo, da opravlja svoje delo po pravilih stroke in da mora biti pri svojem delu politično nevtralna. Isti člen določa tudi, da mora uprava pri svojem delu ravnati nepristransko in ne sme dajati neupravičenih koristi in prednosti posameznikom oziroma posameznikom, pravnim osebam ali interesnim skupinam. Vse te določbe lahko apliciramo tudi na primere, ko mora upravni organ oziroma uradna oseba odločati po prostem preudarku.

⁶ Zakon o državni upravi (ZDU), Uradni list RS, št. 83/2003, 45/2004

Kljub temu je mogoča druge vrste kršitev diskrecijskega pooblastila – t. i. zloraba prostega preudarka. Ta nastopi takrat, ko upravni organ s svojo odločitvijo zasleduje drugačen namen, kot ga narekuje neka zakonska norma. Pri tovrstni kršitvi je upravni organ sicer znotraj meja diskrecijskega pooblastila, vendar pa si prizadeva za napačen cilj oziroma namen, ki ga zakon ne dopušča. Da se je taka zloraba zgodila, lahko ugotovimo le, če primerjamo dejanski namen zakonodajalca in namen, zaradi katerega je organ določeno odločbo izdal.

Pri nas izhajajo kršitve po ZUP iz naslednjih razlogov:

1. Prekoračitev mej pooblastila, ki ga daje materialni predpis
2. Odločba ni bila izdana z namenom, za katerega je bilo dano pooblastilo (neskladje odločitve z namenom pooblastila).
3. Nesmotrna uporaba prostega preudarka (neprimerna oziroma nesmotrna odločba) (Jerovšek 1996: 1108).

V vseh teh primerih lahko instančni organ odpravi prvostopenjski akt in izniči prosti preudarek. Po 252. členu ZUP lahko organ druge stopnje odpravi odločbo organa prve stopnje in sam reši stvar, če ugotovi, da so se pri uporabi prostega preudarka zgodile kršitve. Ravno zato je treba še enkrat poudariti dolžnost upravnega organa, da obrazloži izdano odločbo, saj je obrazložitev pomemben vir informacij, ki omogočajo odkrivanje kršitev v upravnem delovanju in s tem možnost posameznika, da se ustrezno zaščiti (Jerovšek, 1996: 1108).

4 ZLORABA PROSTEGA PREUDARKA

Za vsak pravni red veljajo določene splošne zahteve glede diskrecijskega odločanja. Javni uslužbenci se morajo namreč držati naslednjih načel upravnega zakona, ki jih zavezujejo:

- uporabljati prosti preudarek dobronamerno in v skladu z namenom (pošteno in v skladu s ciljem, za katerega je bil prosti preudarek dan),
- njihova odločitev mora biti logična in ustrezati dokaznemu gradivu (npr. logični vzroki; logične informacije, ki dokazujejo neko dejstvo; primerna in verodostojna dokazila ...),
- upoštevati zgolj relevantna dejstva in ne zapravljati časa z nepomembnimi,
- svojo diskrecijsko pravico morajo izvajati neodvisno, ne pa delovati v prid in pod vplivom tretjih oseb ali organov,
- posvetiti dovolj pozornosti realističnim in primernim dejstvom, ne pa nefleksibilno aplicirati neko politiko,
- upoštevati temeljna pravila in dosledno spoštovati korektnost postopka (Internet 1).

Kljub temu se pogosto pojavlja odstopanje od zgoraj naštetih pravil. Takrat govorimo o zlorabi prostega preudarka. Pravna teorija navaja predvsem naslednje kršitve upravnih uslužbencev:

- sprejemanje odločitev v zadevah, kjer je očiten konflikt interesov;
- neprimerna uporaba diskrecijske pravice;
- nelogična uporaba diskrecijske pravice;
- takšna uporaba diskrecijske pravice, da je njen rezultat negotov;
- sprejemanje pristranskih ali nejasnih odločitev;
- neuporaba diskrecijske pravice takrat, ko jo zakon predvideva;
- nepotrebno zavlečevanje sprejemanja odločitev, kljub temu da so dani in jasni vsi pogoji za odločanje (Internet 1).

Razlogi za zlorabo prostega preudarka so različni. Pogosto je vzrok zunanji vpliv na pristojni organ ali javnega uslužbenca, ko ta upošteva interese tretjih oseb in posledično deluje v škodo posameznika. Drugi vzrok je lahko nevednost pristojnega uslužbenca oz. organa, ki nepravilno uporablja ali (ne uporablja) prosti preudarek v škodo posameznika, ker ne pozna dovolj dobro

primera ali zakonskih določb. Tretji razlog pa je lahko malomarnost ali površnost pristojnega organa. Da bi se izognili takim kršitvam, sta predvideni dve vrsti nadzora konkretnih upravnih aktov, ki jih izdajajo pristojni upravni organi. Govorimo o upravnem in sodnem nadzoru.

Poleg tega ima stranka upravnega postopka ali druga oseba, ki jo je odločitev upravnega organa prizadela, na voljo tudi ustrezna zakonska sredstva za zaščito svojih interesov. Gre za pravico posameznika do pravnega sredstva, ki vključuje pritožbo in upravni spor.

4.1 VRSTE NADZORA NAD ZAKONITOSTJO KONKRETNIH UPRAVNIH AKTOV, IZDANIH NA PODLAGI DISKRECIJSKEGA POOBLASTILA

4.1.1 Upravni nadzor

V okviru splošnega upravnega postopka obstaja nadzor nad zakonitostjo konkretnih upravnih aktov, izdanih na prvi stopnji na zahtevo stranke ali po uradni dolžnosti. Gre za **istančni nadzor**, ki ga nad konkretnimi upravnimi akti, izdanimi na prvi stopnji, izvaja upravni organ druge stopnje. Ta organ presoja zakonitost upravnega akta v formalnem in materialnem pogledu ter smotrnost in primernost uporabe prostega preudarka. Organ druge stopnje lahko pritožbo zavrne, lahko ji ugodi tako, da spremeni ali odpravi konkretni upravni akt ter meritorno odloči o neki zadevi. Akta pa ne more razveljaviti. Značilnost istančnega nadzora je tudi to, da ga organ druge stopnje lahko izvaja zgolj na zahtevo stranke, ne more pa ga začeti sam po uradni dolžnosti. Istančni nadzor se izvaja le nad tistimi konkretnimi upravnimi akti, ki še niso postali dokončni (Androjna, 1992: 295).

Hierarhični nadzor pa je nadzor, ki ga drugostopenjski upravni organ izvaja nad dokončnimi konkretnimi upravnimi akti. Drugostopenjski organ lahko presoja zakonitost akta le v omejenem obsegu. Pri nadzoru diskrecijskih upravnih aktov je še ena omejitev: presoja primernosti oziroma smotrnosti uporabe prostega preudarka ni možna. Nadzor v primeru molka upravnega organa pa sploh ni dopusten. Stranka lahko vloži zahtevo za opravljanje tovrstnega nadzora zgolj zaradi morebitnih kršitev pravil postopka (Androjna, 1992: 295).

4.1.2 Sodni nadzor

Upravni nadzor je notranji nadzor konkretnih upravnih aktov, ki ga opravljajo upravni organi višje stopnje. Sodni nadzor pa je zunanji nadzor, ki ga opravljajo sodišča. Notranji nadzor med različnimi stopnjami upravnih organov ne daje zadostnega jamstva za zakonito reševanje upravnih stvari, saj med upravnimi organi obstaja določena stopnja solidarnosti in podobnosti glede interpretacije posameznih zadev. Nasprotno pomeni sodni nadzor večje zagotovilo za spoštovanje načela zakonitosti in načela enakosti pred zakonom. Sodni nadzor opravljajo redna sodišča, ki so vezana zgolj na zakon in ustavo. Ta nadzor obsega: dokončne upravne akte in fiktivne dokončne upravne akte ob molku organa ter se opravlja preko institucije upravnega spora. Pri tem sodni nadzor ni izredno pravno sredstvo v okviru upravnega postopka, temveč sodni spor (Androjna, 1992: 295–296).

4.2 PRAVICA POSAMEZNIKA DO PRAVNEGA SREDSTVA V PRIMERU KRŠITEV DISKRECIJSKEGA POOBLASTILA

4.2.1 Pritožba

V pravni državi ima vsak posameznik možnost zaščititi svoje interese. Gre za pravico posameznika do pravnega sredstva, ki je temeljna civilizacijska pravica in hkrati kazalnik stopnje demokratičnosti neke države. Pravica do pravnega sredstva je nadustavna pravica, ki jo je mogoče najti že v Konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ki v 13. členu določa: »Vsakdo, čigar pravice in svoboščine, zajamčene s to konvencijo, so kršene, ima pravico do učinkovitih pravnih sredstev pred domačimi oblastmi, in to tudi, če je kršitev storila uradna oseba pri opravljanju uradne dolžnosti.« Tudi slovenska ustava določa v 25. členu, da je »vsakomur 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« (Jerovšek 2001: 15).

Pravica do pritožbe je urejena tudi v slovenskih zakonih. ZUP v 13. členu določa, »da ima stranka pravico do pritožbe zoper odločbo, izdano na prvi stopnji. “Samo z zakonom je mogoče predpisati, da v posameznih upravnih stvareh ni dovoljena pritožba. Pod pogoji iz tega zakona ima stranka pravico pritožbe tudi, če organ prve stopnje ni izdal odločbe o njeni zahtevi v določenem roku« (Jerovšek 2001: 18).

Pritožba je v kazenskem, pravdnem in upravnem postopku redno pravno sredstvo, ki ga je mogoče vložiti proti prvostopenjski upravni odločbi v splošnem pritožbenem roku 15 dni, odkar je bila stranki vročena odločba. Pravočasna pritožba zadrži izvršitev odločbe. Po Zakonu o splošnem upravnem postopku lahko pritožbo vloži stranka upravnega postopka, lahko pa tudi vsaka druga oseba, če odločba posega v njene pravice ali pravne koristi v istem pritožbenem roku. Pritožbo lahko vložita tudi državni tožilec ali javni pravobranilec, če menita, da je izdana odločba prekršila zakon v korist stranke in v škodo javne koristi. Po zakonu velja, da zoper odločbo, ki jo na prvi stopnji izda državni zbor, predstavniški organ lokalne skupnosti ali vlada, ni pritožbe. Ko odločbo izda ministrstvo, je pritožba dovoljena le takrat, ko to dopušča zakon. V istem zakonu mora biti določeno tudi to, kateri organ je pristojen za odločanje o pritožbi. O pritožbi zoper odločbo, ki jo izda upravna enota, nosilec javnega pooblastila oziroma občinska uprava iz državne prenesene pristojnosti občine, odloča stvarno pristojno ministrstvo. Župan pa odloča o pritožbi zoper odločbo, ki jo je na prvi stopnji izdala občinska uprava v upravni stvari iz izvirne pristojnosti občine ali pa nosilec javnega pooblastila na podlagi predpisa sveta lokalne skupnosti (Cijan, 2000: 128).

Glavni razlogi za pritožbo so naslednji:

1. Pri izdaji odločbe je bil napačno uporabljen materialni predpis oziroma sploh ni bil uporabljen.
2. Dejansko stanje je bilo nepopolno ali napačno ugotovljeno.
3. Odločbo je izdal nepristojen organ.
4. Kršena so bila pravila postopka (Cijan, 2000: 129).

O pritožbi praviloma odloča organ višje stopnje. Če je pritožba neutemeljena, jo pritožbeni organ zavrne in potrdi prvostopenjsko odločbo. Če je pritožba utemeljena, pa lahko organ:

1. Zadevo razveljavi in sam o njej odloči.
2. Zadevo vrne v ponoven postopek organu prve stopnje, ta pa mora opraviti vsa tista pravovarstvena dejanja in obravnavati vsa tista vprašanja, na katera je opozoril pritožbeni organ. Ponavadi se pravna zadeva vrne v ponovno obravnavo zlasti tedaj, ko je bilo dejansko stanje zmotno ali nepopolno ugotovljeno ali pa so bila kršena pravila postopka⁷.

Tudi zoper novo odločbo je možna pritožba. Če organ druge stopnje ugotovi, da so bili na prvi stopnji zmotno presojeni dokazi, nepravilno ugotovljeno dejansko stanje, napačno uporabljen pravni predpis, ali če spozna, da bi bilo treba po prostem preudarku izdati drugačno odločbo, odpravi odločbo prve stopnje in sam reši stvar (Cijan, 2000: 132–133).

Zakon posebej ščiti posameznike tudi pred t. i. molkom organa, ko organ ne izda odločbe v za to predpisanem roku. Po zakonu se to šteje za negativno odločbo, zoper katero se lahko posameznik pritoži kadarkoli po izteku roka za izdajo kakršnekoli odločbe. S to odločbo je zakon zaščitil posameznike oziroma stranko pred upravnega postopka, da se ne bi znašla v nemogočem položaju. Obstajajo pa tudi primeri, ko zoper odločbo ni dovoljena pritožba, vendar je to dopustno le tedaj, ko zakon zasleduje neki upravičen cilj (Jerovšek, 2001: 19).

4.2.2 Upravni spor

Upravni spor je tožba, naslovljena upravnemu sodišču. Vloži jo lahko stranka, ki dvomi o zakonitosti odločbe organa druge stopnje oziroma zakonitosti odločbe, izdane na prvi stopnji, če proti njej ni dovoljena pritožba. To lahko stori v 30 dneh po prejemu take odločbe. Upravni spor je redno pravno sredstvo, ki je dopustno zoper vsak pravni akt, ko ni zagotovljeno drugo pravno sredstvo (Androjna, 1992: 299).

»V upravnem sporu se zagotavlja sodno varstvo pravic in pravnih interesov posameznikov, pravnih oseb in drugih oseb, če so lahko nosilci pravic in obveznosti

⁷ V skladu z 251. členom ZUP-a se odločba vrne organu prve stopnje v presojanje zlasti tedaj, ko bi lahko ta organ hitreje in bolj ekonomično odpravil pomanjkljivosti. Pogosto pa se dogaja, da organ druge stopnje vrne zadevo organu prve stopnje tudi tedaj, ko bi lahko pomanjkljivosti odpravil sam. Zaradi tega se zastavlja vprašanje dejanske učinkovitosti tega postopka.

proti odločitvam in dejanjem upravnih oziroma v skladu z zakonom drugih državnih organov, organov lokalnih skupnosti in nosilcev javnih pooblastil na način in po postopku, ki ga določa zakon« (1. člen ZUS).

V upravnem sporu sodišče odloča o naslednjem:

- o zakonitosti dokončnih posamičnih upravnih aktov, ki jih izdajajo državni organi, organi lokalne skupnosti ali druge osebe, ki so nosilci javnih pooblastil, o upravnih stvareh, urejenih z materialnimi predpisi iz upravnih področij,
- o zakonitosti posamičnih upravnih aktov in dejanj, s katerimi se posega v ustavne pravice posameznika, če ni zagotovljeno drugo sodno varstvo,
- o predpisih zgoraj naštetih organov, kolikor urejajo posamična razmerja (2., 3. in 4. odstavek 1. člena ZUS).

V upravnem sporu lahko tožnik zahteva, da se mu vrnejo vse vzete stvari in da se mu povrne škoda, ki mu je nastala z izvršitvijo izpodbijanega upravnega akta. (2. odstavek 2. člena ZUS) Drugi odstavek 4. člena ZUS določa nedopustnost upravnega spora tedaj, ko je imela stranka možnost vložiti pritožbo zoper neki upravni akt, pa je ni vložila ali jo je vložila prepozno.

Upravni spor ni mogoč proti materialnim aktom, pa tudi ne proti splošnim pravnim aktom. Upravni spor vselej zajema konkretne in dokončne pravne akte, njegov temeljni cilj pa je varstvo zakonitosti. Ponavadi je usmerjen proti konkretnim upravnim aktom upravnih organov druge stopnje, proti upravnim aktom, izdanim na prvi stopnji, pa le, če proti njim ni dovoljena pritožba (Androjna, 1992: 299).

Ko govorimo o obsegu sodnega varstva, ločimo:

1. spor o zakonitosti upravnih in drugih aktov,

2. spor polne jurisdikcije.

Slovenska ustava določa, da je upravni spor **spor o zakonitosti** dokončnega upravnega akta, ki ga je izdala uprava v zvezi z določeno pravico posameznika. Sodišče v tem primeru ne odloča o sami pravici posameznika, ker je za to pristojen upravni organ. Sodišče je zadolženo za sodno kontrolo izpodbijanega upravnega akta in ne za odločanje o pravici, obveznosti ali pravni koristi posameznika meritorno⁸ (**spor polne jurisdikcije**), saj bi to pomenilo, da izvršuje vlogo upravnega odločanja in s tem ruši ravnovesje med posameznimi vejami oblasti (Jerovšek, 2001: 30–33).

60. člen v 1. odstavku določa razloge, kdaj sodišče odpravi izpodbijani upravni akt. V drugem odstavku istega člena pa je določeno, da mora sodišče vrniti izpodbijani upravni akt organu, ki je akt izdal, izpodbijana zadeva pa se vrne v stanje, v katerem je bila, preden je bil odpravljeni upravni akt izdan. Sodišče torej ne more odločati o stvari, lahko pa ugotavlja naslednje:

- ali je bilo dejansko stanje pravilno in popolno ugotovljeno,
- ali so bila spoštovana pravila postopka,
- ali je bilo materialno pravo pravilno uporabljeno (Jerovšek, 2001: 32).

Zaključimo lahko, da v upravnem sporu prevladuje spor o zakonitosti posamičnih upravnih aktov. Sodišče pri tem presoja zgolj zakonitost izpodbijanega akta, ne more pa meritorno odločati o zadevi. S tem je tudi optimalno zagotovljeno načelo delitve oblasti.

⁸ Novejše zakonske rešitve dopuščajo sodišču, da lahko v primeru, ko odpravi upravni akt po glavni obravnavi, s sodbo odloči o stvari, če narava stvari to dopušča in če:

- dajejo podatki postopka za to zanesljivo podlago ali če je na glavni obravnavi samo ugotovilo dejansko stanje
- bi odprava izpodbijanega upravnega akta in novi postopek pri pristojnem organu prizadela tožniku težko popravljivo škodo
- izda pristojni organ po tem, ko je bil upravni akt odpravljen, nov upravni akt, ki je v nasprotju s pravnim mnenjem sodišča ali z njegovimi stališči, ki se tičejo postopka (1. odstavek 61. člena ZUS).

5 UPORABA PROSTEGA PREUDARKA NA PRIMERU ZAKONA O DRŽAVLJANSTVU REPUBLIKE SLOVENIJE

5.1 DRŽAVLJANSTVO

Državljanstvo pomeni pravno pripadnost posameznika določeni državi. Med posameznikom in državo se izoblikuje razmerje, ki je dvosmerne narave: državljan ima določene obveznosti do države in nasprotno (Šturm, 1996a: 87).

Država posamezniku zagotavlja temeljne državljanske pravice (npr. enakost pred zakonom), politične pravice (voliti in biti izvoljen) in socialne pravice, posameznik pa je dolžan ravnati v skladu z zakonom in plačevati davke. Moramo pa poudariti, da je temeljna predpostavka za nastanek tega razmerja prav država (Južnič, 1992: 409).

Ustava zagotavlja državljanom pravice, ki jih drugi – nedržavljeni – niso deležni: npr. volilna pravica, sodelovanje pri upravljanju javnih zadev, pravica do peticije, socialne varnosti, vrnitve odvzetega premoženja z denacionalizacijo in druge. Državljeni so nedvomno v prednosti glede pravic, ki jim pripadajo v primerjavi s tujci. Moramo pa poudariti, da temeljne človekove pravice in svoboščine (tudi po ustavi) veljajo tako za državljane kot za tujce na ozemlju neke države (Šturm, 1996a: 89).

Moderno državljanstvo ponavadi povezujemo z naslednjimi pojmi:

- pravni status,
- skupek posebnih družbenih vlog,
- skupek moralnih lastnosti (Leca, 1997: 373).

V okviru **pravnega statusa državljanstva** ločimo:

- civilni element, ki vključuje individualne svoboščine (svoboda govora, vesti, misli, lastništva, veroizpovedi),
- politični element (pravica voliti in biti izvoljen),

- socialni element (minimalni delež v ekonomskem bogastvu in socialna varnost).

Kot **skupek posebnih družbenih vlog** je mišljen državljani, ki kot pripadnik različnih družbenih skupin (te se lahko oblikujejo glede na spol, poklic, družbeni razred, itd.) lahko izkoristi to svojo vlogo za uveljavljanje svojih interesov na političnem prizorišču. Tretja lastnost, **moralni element**, pa vključuje značilnosti dobrega državljanja. Gre predvsem za družbeno in politično moralo: privrženost svoji deželi, udeležbo na volitvah, spoštovanje zakonov in podobno (Leca, 1999: 373–374).

Moderna misel o državljanstvu loči tudi med naslednjimi oblikami državljanstva:

1. civilno,
2. politično,
3. socialno,
4. ekonomsko.

1. **Civilno državljanstvo** pomeni sklop pravic, ki spadajo v avtonomno sfero civilne družbe: pravica do združevanja, svoboda govora, vesti, veroizpovedi, informiranja, pravica do lastnine, osebnostne pravice – pravica do življenja, telesne integritete, osebne identitete, prostosti in druge. Vse te pravice so tudi kazenskopravno varovane.
2. **Politično državljanstvo** pomeni pravico voliti svoje predstavnike v osrednje predstavniško telo (parlament) in druga predstavniška telesa (lokalna, naddržavna) ter pravico biti izvoljen v ta telesa. Poleg tega pomeni pravico do neposrednega sodelovanja v političnem življenju (referendum) in pri urejanju javnih zadev.
3. **Socialno državljanstvo** zagotavlja vsakomur v državi vsaj minimalni socialni standard, blaginjo in socialno varnost. Posamezniku mora biti omogočeno, da živi življenje v skladu s standardi, ki prevladujejo v določeni družbi. Sem so zajete večinoma tiste pravice, ki se tičejo zadovoljevanja potreb po zdravju, socialne varnosti, brezposelnosti, družine, otroka, pravico do izobrazbe, zaposlitve in stanovanja. Cilj teh pravic je zagotavljanje večje enakosti med državljani.

4. **Ekonomsko državljanstvo** se pojavlja predvsem v novejših razpravah o državljanstvu, ki jih je treba še dodelati. Teoretiki vidijo ekonomsko državljanstvo kot sledeče socialnemu državljanstvu. Njegov pomen pa narašča skladno s kulturnim in ekonomskim razvojem družbe (Bibič, 1999: 44–45).

5.2 NAČINI ZA PRIDOBITEV DRŽAVLJANSTVA

V pravni teoriji ločimo tri sisteme za pridobitev državljanstva:

1. **Načelo krvne zveze** (*ius sanguinis*) pomeni, da se državljanstvo otroka določa glede na državljanstvo njegovih staršev, ne glede na to, kje je rojen oziroma kje živijo njegovi starši.
2. **Načelo območja** (*ius soli*): v skladu s tem načelom pridobi otrok državljanstvo države, na območju katere se je rodil. Pri tem državljanstvo staršev ne šteje in prav tako ne šteje dejstvo, ali bo otrok ostal v tej državi ali ne.
3. **Načelo prebivališča** (*ius domicili*): posameznik pod določenimi pogoji pridobi državljanstvo tiste države, kjer ima prebivališče (Šturm, 1996a: 91–92).

V glavnem prevladujejo države, ki kombinirajo načelo porekla in načelo območja. Za Slovenijo je značilno razvrščanje v državljanstvo predvsem po načelu porekla. Načeli prebivališča in območja pa se uporabljata predvsem kot načelu porekla dopolnilni načeli (Šturm, 1996a: 93).

Prehod od pretežno teoretičnih k praktičnim primerom, povezanim s podeljevanjem državljanstva, zahteva tudi pregled Zakona o državljanstvu Republike Slovenije. Na tem mestu je treba opozoriti predvsem na pravice, ki po ustavi in mednarodnih dokumentih pripadajo vsem ljudem enako. Če odmislimo pravice, ki jih ustava namenja zgolj državljanom, velja načelo »vsi so pred zakonom enaki« za vse prebivalce na ozemlju neke države. Ravnanje upravnega organa po prostem preudarku je lahko težavno že v primerih, ko obravnava državljanke, še težje pa je pri tujcih, ki so šele prosilci za sprejem v državljanstvo. Zakon o državljanstvu Republike Slovenije namreč dopušča upravnim organom kar precej prostega preudarka, saj je podeljevanje državljanstva precej zahtevna naloga, ki nemalokrat zahteva od pristojnih organov oblasti temeljito obravnavo vsakega primera posebej.

Pridobitev državljanstva skladno z Zakonom o državljanstvu Republike Slovenije

Pridobitev državljanstva Republike Slovenije je urejena z Zakonom o državljanstvu Republike Slovenije. Ponavadi se pridobitev državljanstva navezuje na različne okoliščine:

- na neki dogodek ali dejstvo: rojstvo na območju določene države ali pa pridobitev državljanstva po načelu porekla; gre za pridobitev državljanstva po zakonu;
- posameznik lahko pri pristojnem državnem organu zahteva akt o pridobitvi državljanstva (to velja zlasti v primeru naturalizacije);
- posameznik lahko tudi z enostransko izjavo pridobi državljanstvo – opcija (o tem Zakon o državljanstvu RS posebej ne govori) (Šturm, 1996a: 95).

V skladu s 3. členom ZDRS so možni štiri načini za pridobitev slovenskega državljanstva:

1. po rodu,
2. z rojstvom na območju Republike Slovenije,
3. z naturalizacijo – sprejem v državljanstvo na podlagi prošnje,
4. po mednarodni pogodbi.

Pridobitev državljanstva Republike Slovenije na podlagi naturalizacije

Z delovanjem uprave po prostem preudarku lahko najlepše povežemo sprejem v državljanstvo na podlagi naturalizacije. Pri tem je treba poudariti, da se politike držav glede podeljevanja državljanstva na podlagi prošnje precej razlikujejo. Pogoji so strožji ali milejši glede na nataliteto ali poseljenost, določeni prosilci pa uživajo tudi nekatere privilegije (npr. glede na poklic, če določene kategorije nekega poklica v državi primanjkuje). Večinoma pa se v pravu pojavljajo naslednji pogoji za podelitev državljanstva:

- polnoletnost prosilca,
- določene osebne lastnosti (obvladanje jezika, zemljiška posest, poklic ...),
- določeno obdobje prebivanja na ozemlju neke države,
- odpoved ali odpust iz drugega državljanstva (z namenom preprečitve dvojnega državljanstva) (Šturm, 1996a: 98).

V slovenskem pravnem redu je upravni organ negativno vezan glede naturalizacije. Zakon določa pogoje, ki jih mora prosilec izpolnjevati. Če ti pogoji niso izpolnjeni, upravni organ državljanstva ne podeli. Če pa prosilec izpolnjuje pogoje, mu upravni organ po prostem preudarku podeli državljanstvo ali odbije njegovo prošnjo (Šturm, 1996a: 99).

Redni postopek naturalizacije

ZDRS predvideva dva načina naturalizacije: z rednim in z izrednim postopkom (Šturm, 1996a: 99). Slovenski pravni red pa pozna tudi t. i. naturalizacijo z olajšavami.

Redni postopek je določen v 10. členu in predvideva, da lahko pristojni organ osebo, ki prosi za naturalizacijo, po prostem preudarku sprejme v državljanstvo Republike Slovenije, če je to v skladu z nacionalnim interesom, oseba pa mora izpolnjevati naslednje pogoje:

1. da je dopolnila 18 let,
2. da ima odpust iz dosedanjega državljanstva ali da izkaže, da ga bo dobila, če bo sprejeta v državljanstvo Republike Slovenije,
3. da dejansko živi v Sloveniji 10 let, od tega neprekinjeno zadnjih 5 let pred vložitvijo prošnje in ima status tujca,
4. da ima zagotovljen trajen vir preživljanja najmanj v višini, ki omogoča materialno in socialno varnost,
5. da obvlada slovenski jezik za potrebe vsakdanjega sporazumevanja, kar dokaže s spričevalom o uspešno opravljenem izpitu iz znanja slovenščine na osnovni ravni,
6. da ni bila v državi, katere državljan je, ali v Sloveniji obsojena na zaporno kazen, daljšo od enega leta, za kaznivo dejanje, za katero se storilec preganja po uradni dolžnosti, če je to dejanje kaznivo tako po predpisih njegove države kot po predpisih Republike Slovenije,
7. da ji ni bila izrečena odpoved bivanja v Sloveniji,
8. da njen sprejem v državljanstvo Republike Slovenije ne pomeni nevarnosti za javni red, varnost ali obrambo države,
9. da ima poravnane davčne obveznosti,
10. da poda izjavo, da s pridobitvijo državljanstva Republike Slovenije soglaša z njenim pravnim redom (10. člen ZDRS).

11. člen ZDRS določa, da se osebi, ki vloži prošnjo za pridobitev državljanstva Republike Slovenije z naturalizacijo, lahko izda zagotovilo, da bo sprejeta v državljanstvo, če izpolnjuje pogoje iz 1., 3., 4., 5., 6., 7., 8., 9. in 10. točke prvega odstavka 10. člena, sicer se šteje, da je svojo vlogo umaknila (11. člen ZDRS).

Iz zgornjih določb je razvidno, da je upravnemu organu eksplicitno z zakonom dano navodilo, naj odloča po prostem preudarku. Upravni organ mora torej skrbno proučiti vse naštetе pogoje in se v skladu z njihovo ustreznostjo ali neustreznostjo primerno odločiti. V 10. členu so vsebovani tudi številni nedoločeni pravni pojmi: »osebo se lahko sprejme v državljanstvo Republike Slovenije, če je to v skladu z nacionalnim interesom ...«, »da njen sprejem v državljanstvo ne predstavlja nevarnosti za javni red, varnost ali obrambo države«. Vse to zahteva od upravnega organa tudi določeno mero lastne presoje in njegovo delo še dodatno otežuje.

Sprejem v državljanstvo na podlagi naturalizacije z olajšavami

Sprejem v državljanstvo na podlagi naturalizacije z olajšavami ureja 12. člen ZDRS, ki poleg tega, da olajšuje sprejem v državljanstvo slovenskim izseljencem, tudi izrecno pooblašča upravni organ za odločanje po prostem preudarku: »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).

Pristojni organ lahko, če je to v skladu z nacionalnim interesom, po prostem preudarku sprejme v državljanstvo Republike Slovenije:

- osebo, ki je izgubila državljanstvo Republike Slovenije na podlagi odpusta ali odreka državljanstvu v skladu z določbami tega zakona ali v skladu s predpisi, ki so urejali državljanstvo na območju Republike Slovenije pred sprejemom tega zakona, če oseba dejansko živi v Sloveniji neprekinjeno 6 mesecev pred vložitvijo prošnje, če ima status tujca in če izpolnjuje pogoje iz 1., 4., 6., 7., 8., 9. in 10. točke prvega odstavka 10. člena

ZDRS.

- osebo, ki je že najmanj 2 leti poročena z državljanom Republike Slovenije, če dejansko živi v Sloveniji neprekinjeno vsaj eno leto pred vložitvijo prošnje, če izpolnjuje pogoje iz 1., 4., 6., 7., 8., 9. in 10. točke prvega odstavka 10. člena tega zakona.
- polnoletno osebo, rojeno na območju Republike Slovenije, če dejansko živi v Sloveniji od rojstva in če izpolnjuje pogoje iz 6., 7., 8., 9. in 10. točke prvega odstavka 10. člena tega zakona.
- osebo s statusom begunca, priznanega po zakonu o azilu, če dejansko živi v Sloveniji neprekinjeno 5 let pred vložitvijo prošnje in če izpolnjuje pogoje iz 1., 4., 5., 6., 7., 8., 9. in 10. točke prvega odstavka 10. člena tega zakona.
- osebo brez državljanstva (apatrida), če dejansko živi v Sloveniji neprekinjeno 5 let pred vložitvijo prošnje, ima urejen status tujca in če izpolnjuje pogoje iz 1., 4., 5., 6., 7., 8., 9. in 10. točke prvega odstavka 10. člena tega zakona (12. člen ZDRS).

Z vidika prostega preudarka je zanimiv tudi 19. člen ZDRS, ki govori o možnosti za sprejem v državljanstvo polnoletne osebe, ki je imela na dan 23. 12. 1990 na območju Republike Slovenije prijavljeno stalno prebivališče in od tega dneva tudi živi v RS in izpolnjuje pogoje iz prvega odstavka 10. člena ZDRS. Pri tem lahko pristojni organ glede izpolnjevanja 6. točke, ki govori o zaporni kazni, in 8. točke, ki govori o nevarnosti prosilca za javni red, varnost ali obrambo države, upošteva dolžino prebivanja osebe v državi, njene družinske, gospodarske, socialne in druge vezi, ki jo vežejo na Republiko Slovenijo, ter posledice, ki bi jih lahko za prosilca povzročila zavrnitev prošnje za sprejem v državljanstvo (19. člen ZDRS).

Izredni postopek naturalizacije

Pridobitev državljanstva z izredno naturalizacijo ureja 13. člen ZDRS, ki pravi, da lahko ne glede na pogoje iz 10. člena tega zakona z naturalizacijo pridobi državljanstvo Republike Slovenije tudi polnoletna oseba, če to koristi državi zaradi znanstvenih, gospodarskih, kulturnih, nacionalnih ali drugih podobnih razlogov, pod pogojem, da dejansko živi v Sloveniji neprekinjeno 1 leto pred vložitvijo prošnje, da ima urejen status tujca in izpolnjuje pogoje iz 4., 6., 8., 9. in 10. točke prvega odstavka 10. člena ZDRS. Določeno je tudi, da

osebi, ki uveljavlja korist države iz nacionalnih razlogov, ni treba izpolnjevati pogoja dejanskega bivanja v Sloveniji. Iz tega člena je razvidno, da lahko po lažjem postopku pridobi državljanstvo Republike Slovenije nekdo, ki lahko koristi slovenskemu nacionalnemu interesu. Novi Zakon o državljanstvu je pogoje za tovrstno pridobitev nekoliko poostрил z zahtevo, da mora obstoj zgoraj navedenih razlogov na podlagi mnenja pristojnega resornega organa predhodno ugotoviti Vlada Republike Slovenije.

⁹Pogovor z odgovorno osebo na UE Nova Gorica je odkril številna zanimiva dejstva. Iz pogovora je bilo razvidno, da je z vidika prostega preudarka 13. člen še posebej zanimiv. O tem, ali bo neka oseba pridobila državljanstvo ali ne, odloča pristojno ministrstvo. Ta člen omogoča pridobivanje državljanstva bodisi iz poklicnih razlogov ali iz nacionalnih razlogov. Ponavadi se prošnjam na podlagi poklicnih razlogov ugotovi. Za tovrstno pridobitev zaprosijo predvsem zdravniki, športniki in kulturniki. To omogoča tudi sama politika države, saj npr. zdravnikov v Sloveniji primanjkuje in jih zato sprejemamo. Enako velja za uspešne športnike ali uveljavljene kulturnike. Ti prosilci se sprejmejo v državljanstvo, ker koristijo določenemu področju. Zanimiva je tudi praksa, ki se uporablja ob meji. Republika Slovenija namreč omogoča pridobiti slovensko državljanstvo slovenskim zamejcem in Italijanom, ki živijo ob meji, če dokažejo, da so posebno aktivni v slovenskih društvih in izkazujejo zanimanje za slovensko kulturo. Taki prosilci prihajajo večinoma iz krajev, kot so Doberdob, Rupa ali Sovodnje, kjer živi slovenska manjšina in so prisotna številna društva na različnih področjih. Načeloma se taki prosilci sprejmejo v slovensko državljanstvo. Tem prosilcem se tudi ni treba odreči prvotnemu državljanstvu, kar pomeni, da so po sprejemu dvojni državljani – to še povečuje število odločitev za to možnost. Drugi način, ki ga omogoča 13. člen ZDRS, je pridobitev državljanstva iz nacionalnih razlogov – po narodnosti. V skladu s 6. členom lahko namreč državljanstvo pridobi tudi oseba, starejša od 18 let, če se do dopolnjenega 36. leta starosti z izjavo opredeli za državljanstvo Republike Slovenije. Po tej starosti pa je možna opredelitev zgolj na podlagi prošnje in če resnično obstaja nacionalni interes. Ponavadi za to zaprosijo izseljenci iz Venezuele, Argentine ali Avstralije. Sklicujejo se na sorodstvene vezi, v

⁹ Pogovor s svetovalcem III – dipl. upravni organizator, Referat za osebna stanja, Upravna enota Nova Gorica, december 2004. Gre za fokusirani oziroma usmerjeni intervju na temo prostega preudarka v okviru ZDRS. Sogovornik pozna le temo pogovora. Ni vnaprej zastavljenih vprašanj.

resnici pa so največkrat v ozadju drugi interesi (npr. nakup nepremičnin ali socialni razlogi). Pristojni organi take prošnje ponavadi zavrnejo oziroma jih sprejmejo le, če resnično obstaja neki nacionalni interes ali če prosilec dokaže, da je vseskozi ohranjal stike in zanimanje za slovensko državo (npr. delovanje v raznih slovenskih društvih ali organizacijah v svoji državi in podobno).

5.3 PRENEHANJE DRŽAVLJANSTVA

Kljub temu da bomo na primerih prikazali predvsem način pridobitve slovenskega državljanstva, je treba na tem mestu omeniti tudi način prenehanja državljanstva, kar je določeno v tretjem poglavju ZDRS in je zanimivo ravno po tem, da ponovno pooblašča upravni organ za diskrecijsko odločanje. V preteklosti je bilo nemogoče izgubiti državljanstvo, v modernem pravu pa to ne velja več. Za prenehanje državljanstva obstajajo različni razlogi, in sicer:

- prenehanje državljanstva po sili zakona: z nastopom dejstva, za katerega zakon avtomatsko določa prenehanje državljanstva;
- odvzem: z aktom pristojnega državnega organa kot kazen;
- odpust: z aktom pristojnega državnega organa na zahtevo posameznika;
- odrek: enostranska izjava volje posameznika (Šturm, 1996a: 101)

17. člen ZDRS določa naslednje načine prenehanja državljanstva: z odpustom, z odrekom, z odvzemom, po mednarodni pogodbi.

Kot že rečeno, je tudi odpust iz državljanstva stvar prostega preudarka upravnega organa. Odpust iz državljanstva je namreč zrcalna slika naturalizacije. Posameznik mora zanj vložiti prošnjo, izpolnjevati zakonsko določene pogoje, nato pa se mora upravni organ odločiti, ali ugoditi ali zavrniti njegovo prošnjo. Tudi v tem primeru je upravni organ negativno vezan. Če posameznik ne izpolnjuje zakonsko določenih pogojev, mu upravni organ ne sme izdati odločbe odpusta iz državljanstva (Šturm, 1996a: 101).

18. člen ZDRS določa, da lahko organ, pristojen za odločanje, zavrne prošnjo za odpust iz

državljanstva Republike Slovenije, čeprav so izpolnjeni vsi predvideni pogoji, če tako rešitev zahtevajo razlogi varnosti ali obrambe države oziroma če terjajo vzajemnost ali drugi razlogi v zvezi z odnosi s tujo državo ali če je taka rešitev odvisna od ekonomskih, socialnih ali nacionalnih interesov države.

Drug način prenehanja državljanstva, ki ga tudi lahko smiselno povežemo z delovanjem uprave po prostem preudarku, je odvzem državljanstva, ki je urejen v 26. členu ZDRS. Odvzem pride v poštev zgolj pri slovenskem državljanu, ki dejansko živi v tujini in ima tudi tuje državljanstvo. Slovensko državljanstvo se mu lahko odvzame, če s svojim delom škoduje mednarodnim ali drugim interesom Slovenije na naslednje načine:

- če pripada organizaciji, katere aktivnost je usmerjena na rušenje ustavnega reda Republike Slovenije;
- če kot pripadnik tuje obveščevalne službe škoduje interesom Republike Slovenije ali če tem interesom škoduje s svojim delom v državnih organih ali organizaciji tuje države;
- če je pogost storilec kaznivih dejanj, ki se preganjajo po uradni dolžnosti in prekrškov zoper javni red;
- če kljub pozivom pristojnega organa odkloni izpolnitev z ustavo in zakonom predpisane dolžnosti državljana Republike Slovenije (Šturm, 1996a: 103).

Zakon določa tudi to, da se lahko odločba o odvzemu državljanstva Republike Slovenije izjemoma izda tudi brez udeležbe stranke v postopku (26. člen ZDRS).

Organ, ki je pristojen za odločanje po prostem preudarku o pridobitvi oziroma o prenehanju državljanstva, je ministrstvo za notranje zadeve. Prosilec mora vložiti prošnjo za pridobitev državljanstva z naturalizacijo pri upravni enoti, na območju katere ima stalno oziroma začasno prebivališče. Prošnja za odpust iz državljanstva (ali izjava o odreku državljanstvu) se vloži pri ministrstvu za notranje zadeve, če je to zaradi objektivnih okoliščin nemogoče, pa pri organu Republike Slovenije v tujini, ki je pooblaščen za opravljanje konzularnih zadev (Šturm, 1996a: 103).

Dolžnost obrazložitve

V navezavi na odločanje upravnega organa po prostem preudarku je zanimiv tudi 28. člen ZDRS iz leta 1991, ki je določal, da v odločbi, s katero se zavrne prošnja iz 10., 11. in 12. člena tretjega in četrtega odstavka 18. in 19. člena ZDRS, pristojnemu organu ni bilo treba navesti razlogov, ki so ga vodili pri odločanju¹⁰ (Šturm, 1996a: 106).

To pomeni, da upravnemu organu ni bilo treba navesti razlogov, ki so ga vodili pri odločanju po prostem preudarku. V preteklih poglavjih smo videli, da pravna teorija zahteva transparentno delovanje organov oblasti in potemtakem tudi utemeljitev njihovega diskrecijskega odločanja in razlago njihovih odločb. Ta člen je bil kasneje zamenjan s povsem novim 28. členom, ki se glasi: »Merila za ugotavljanje nacionalnega interesa pri sprejemu v državljanstvo Republike Slovenije po 10., 12. in 13. členu tega zakona ter zavrnitev vloge za odpust iz državljanstva Republike Slovenije po četrtem odstavku 18. člena tega zakona določa Vlada Republike Slovenije. Vlada Republike Slovenije določa tudi merila za ugotavljanje pogoja iz 3., 4. in 8. točke prvega odstavka 10. člena tega zakona« (28. člen ZDRS).

Zakon torej pooblašča vlado za določanje meril, ki so pomembna za sprejem posameznika v slovensko državljanstvo ali za odvzem državljanstva. Pri tem gre za natančnejšo opredelitev t. i. nedoločenih pravnih pojmov, ki so zaradi svoje širine težko določljivi, pogosto večpomenski in o katerih je potreben kar najširši družbeni konsenz. Ravno zaradi tega gre to nalogo podeliti najvišjemu telesu oblasti – vladi.

¹⁰ Kasneje je ustavno sodišče ta člen razveljavilo. V 25. členu ustave je vsakomur zagotovljena pravica do pravnega sredstva zoper odločbe državnih organov, organov lokalnih skupnosti in nosilcev javnih pooblastil, s katerimi se odloča o pravicah, dolžnostih in pravnih interesih posameznika. Posamezniku je tako omogočeno, da vloži pravno sredstvo in da tako učinkovito zaščiti svoje pravne interese. Učinkovito pravno sredstvo je zajamčeno tudi v 8. členu Splošne deklaracije o človekovih pravicah in v 13. členu Evropske konvencije o človekovih pravicah. Navedeni 28. člen je torej v neskladju z ustavo, saj bi neobrazložitev odločbe posamezniku odvzela možnost uspešnega ugovaranja v upravnem sporu in torej za učinkovito uporabo pravnega sredstva. Odločba, ki jo upravni organ izda na podlagi diskrecijske pravice, mora biti obrazložena. V njej morajo biti navedeni razlogi za diskrecijsko odločitev (Šturm, 1996a: 106-107)

5.4 PRIMERI TOŽB ZOPER ODLOČBE UPRAVNEGA ORGANA GLEDE SPREJEMA V DRŽAVLJANSTVO REPUBLIKE SLOVENIJE

5.4.1 Tožba, kjer se pritožba zavrne

Neizpolnjevanje pogojev iz 3. točke 1. odstavka 10. člena ZDRS

Tožnik je v tem primeru vložil tožbo zoper odločbo Ministrstva za notranje zadeve (MNZ), ker mu je bil zavrnen sprejem v državljanstvo Republike Slovenije. Pristojni organ je ugotovil, da prosilec ni izpolnjeval 3. točke 1. odstavka 10. člena ZDRS – da dejansko živi v Sloveniji 10 let in od tega 5 let neprekinjeno pred vložitvijo prošnje. Prosilec je svoje dejansko prebivanje v Sloveniji zgolj zatrjeval, ni pa predložil nobenega dokazila, kljub temu da je bil večkrat pozvan, naj to stori. Tožena stranka (MNZ) je zato sama začela zbirati podatke in ugotovila, da prosilec dejansko ni živel v RS, torej ni izpolnjeval zahtevanih pogojev iz 10. Člena (Internet 2).

Tožnik se je v pritožbi zoper odločbo skliceval na nepopolno ugotovljeno dejansko stanje s strani pristojnih organov. V upravnem sporu se odloča o zakonitosti dokončnih posamičnih upravnih aktov na podlagi dokazov, ki so bili zbrani v upravnem postopku. Stranka je dolžna predložiti dokaze, na katere opira svoj zahtevek. Ker teh ni predložila, je njena pritožba neutemeljena (Internet 2).

Neizpolnjevanje pogojev iz 8. točke 1. odstavka 10. člena ZDRS

Tožena stranka se je v pritožbi sklicevala na 10. člen ZDRS. Stranka je bila predhodno pravnomočno obsojena zaradi kaznivega dejanja nedovoljene proizvodnje in prometa z orožjem na 6 mesecev zapora. Tožena stranka je njeno prošnjo zavrnila na podlagi 8. člena ZDRS, kjer je navedeno, da prosilec ne more biti sprejet v državljanstvo RS, če bi to pomenilo nevarnost za javni red ali za varnost in obrambo države. Pogoj, ki je bil predpisan v 6. točki 1. odstavka 10. člena ZDRS, se izrecno nanaša na določeno obsodbo za kazniva dejanja, v 8. točki 1. odstavka 10. člena pa so na splošno zajeti vsi zahtevki, iz katerih je mogoče razbrati lojalnost prosilca do države, za katere državljanstvo zaprosi (Internet 3).

Tožena stranka in sodišče sta prišla do zaključka, da pomeni zgoraj navedeno kaznivo dejanje nevarnost za javni red in kaže dejansko lojalnost prosilca do države. Iz teh razlogov je bila tožnikova pritožba zavrnjena (Internet 3).

5.4.2 Tožba, kjer se pritožbi ugoti

Pridobitev državljanstva na podlagi 3. odstavka 40. člena ZDRS

Prosilcu ni bila odobrena pridobitev državljanstva na podlagi 3. odstavka 40. člena ZDRS¹¹. Sodišče je pritožbi ugodilo, ker v odločbi tožene stranke ni bilo pravilno ugotovljeno dejansko stanje. Tožena stranka ni navedla, za katera kazniva dejanja je bil tožnik obsojen, kakšne so bile kazni in na podlagi česa je prišla do takšnih ugotovitev (Internet 4).

Tožena stranka je tudi v ponovnem postopku zavrnila prosilčevo zahtevo. Ugotovila je, da so prosilčevi pogoji iz 1. odstavka 40. člena ZDRS sicer izpolnjeni, obstajajo pa zadržki iz 8. točke 1. odstavka 10. člena ZDRS, saj je bil prosilec večkratni storilec kaznivih dejanj in prekrškov, s čimer prihaja v nasprotje z zakoni in kar kaže na njegovo nepripravljenost spoštovati slovenski pravni red (Internet 4).

Po tako ugotovljenem dejanskem stanju je tožena stranka ocenila, da tožnik pomeni nevarnost za javni red, zato je njegovo prošnjo zavrnila. Tožnik se je branil z dejstvi, da je sicer v letih 1980–1981 res prestal mladostniški zapor ter leta 1986 za dejanje majhne tatvine in bil kot redar v gostinskem lokalu večkrat pri sodniku za prekrške, ker je moral fizično posredovati v neredih, vendar po osamosvojitvi RS ni bil v nobenem prekršku in potemtakem ne more ogroziti slovenskega pravnega reda. Poleg tega je vso svojo mladost preživel v Sloveniji, tu odslužil vojaški rok in prestal 10-dnevno vojno. V Sloveniji ima parcelo, kjer gradi družinsko

¹¹ 1. odstavek 40. člena ZDRS: Državljan druge republike, ki je imel na dan plebiscita o neodvisnosti in samostojnosti R. Slovenije, dne 23. decembra 1990, prijavljeno stalno prebivališče v RS in tukaj tudi dejansko živi, pridobi državljanstvo RS, če v šestih mesecih od uveljavitve tega zakona vloži vlogo pri za notranje zadeve pristojnem upravnem organu občine, na območju katere ima stalno prebivališče.

3. odstavek 40. člena ZDRS: Ne glede na izpolnjene pogoje iz prvega odstavka tega člena se vloga lahko zavrne tudi osebi, za katero so podani razlogi iz 8. točke prvega odstavka 10. člena tega zakona.

hišo skupaj z ženo in sinom, ki imata oba slovensko državljanstvo (Internet 4).

Vrhovno sodišče je sicer ugotovilo, da tožnik ni predložil nobenih bistvenih dokazil o njegovi kaznovanosti, zato je dejansko stanje v nekaterih bistvenih elementih nepopolno ugotovljeno. Iz teh razlogov tudi ni mogoče dokončno zavrniti odločbe, da se prosilcu zavrne sprejem v državljanstvo, in na podlagi tega mu je bila pritožba tudi ugodena (Internet 4).

Drug primer se ponovno sklicuje na 40. člen ZDRS. Tožnik je sicer izpolnjeval vse pogoje iz 1. odstavka 40. člena ZDRS, vendar je bilo v postopku ugotovljeno, da je tožnik pred in med agresijo jugoslovanske armade sodeloval z njenimi organi. Posredoval jim je podatke o pripadnikih armade slovenske narodnosti, ki so se zavzemali za osamosvojitvene težnje Republike Slovenije. Zato se na podlagi 3. odstavka 40. člena ZDRS tožnikovi prošnji za sprejem v državljanstvo ne more ugoditi. Tožnik se je skliceval na nepopolno ugotovljeno dejansko stanje. Obrazložitve, ki jih je navajala tožena stranka, naj bi bile izmišljene in zanj žaljive. Tožna stranka ni navedla nikakršnih pravno relevantnih dokazov, izpovedi prič in njihovega soočenja s tožnikom in podobno. Prav tako ni navedla nikakršnih obrazložitev, niti ni navedla, zakaj in kako naj bi bil tožnik nevaren za javni red Republike Slovenije (Internet 5).

Sodišče je tožnikovi pritožbi ugodilo, saj mora v primeru diskrecijske pravice upravni organ natančno navesti vzroke, ki so vplivali na njegovo odločitev, in popolno ugotoviti dejansko stanje vključno z vsemi dokazili. Upravni organ je dolžan tudi navesti razloge, iz katerih bo razvidno, da pri odločanju po prostem preudarku ni ravnal samovoljno, ampak v mejah pooblastila in v skladu s pooblastilom, ki mu ga daje zakon. Ker upravni organ tega ni storil, je sodišče ugodilo tožnikovi pritožbi (Internet 5).

V tem primeru se glede presoje dokazov uporabljajo določila Zakona o splošnem upravnem postopku, ker v ZDRS to ni posebej urejeno. Izpodbijana odločba ni vsebovala presoje dokazov, kot jo zahteva 2. odstavek 209. člena ZUP. Dejansko stanje je bilo potemtakem nepopolno ugotovljeno, iz odločbe pa tudi ni bilo razvidno, ali bi tožnikov sprejem v državljanstvo res pomenil nevarnost za javni red in varnost države. Sodišče je zaradi številnih postopkovnih napak pri izdajanju odločbe to odločbo odpravilo in ugodilo pritožbi (Internet 5).

Zgornji primeri nam posredno prikazujejo, kako v praksi upravni organ uporablja prosti preudarek. Lepo je razvidna tudi vloga sodišča (v tem primeru vrhovnega), kjer je pristojno predvsem za odločanje o postopku. Sodišče proučuje korektnost uporabe postopkovnih pravil in ugotavlja morebitne kršitve predpisov, ne more pa nadomestiti prostega preudarka upravnega organa s svojim preudarkom. Sodišče s sodbo lahko tožbo zavrne kot neutemeljeno, če je bil postopek pred izdajo upravnega akta pravilen ali če je odločba pravilna in zakonita; ugotovi tožbi, odpravi izpodbijani upravni akt in ga vrne v ponovni postopek ali pa s sodbo odloči o stvari, če narava stvari to dopušča.

6 ZAKLJUČEK

V diplomski nalogi sta bili postavljeni dve hipotezi, ki sem ju analizirala s pomočjo deskriptivne metode, primarne analize veljavne zakonodaje, sekundarne analize virov in intervjuja. Obe hipotezi sem potrdila.

Hipotezo *»Delovanje upravnih organov po prostem preudarku je danes precej omejeno, je pa vseeno prisotno in v določenih primerih neizogibno«* lahko najprej potrdimo z dejstvom, da se je začelo delovanje uprave po prostem preudarku predvsem z uvedbo načel parlamentarizma in delitve oblasti na zakonodajno, izvršno in sodno precej omejevati. Uprava, ki je imela sprva precej proste roke pri svojem odločanju, ker je bilo malo pravil, ki bi jo omejevala, je postala podvržena zakonom in sodnemu nadzoru. Pri diskrecijskem odločanju mora zato nujno spoštovati omejitve, ki izhajajo iz načela zakonitosti ter načel enakosti in sorazmernosti.

Neizogibnost odločanja po prostem preudarku lahko utemeljimo z dejstvi, da je dogajanje v družbi zelo kompleksno, področij, ki jih je treba urejati z zakonom, je vedno več in v sodobni družbi se tudi zelo hitro spreminjajo. Iz tega sledi, da zakonodajalec ne more do potankosti predvideti vseh okoliščin nekega primera, zato prepusti upravi določeno polje lastne presoje. To ji omogoča hitrejša odzivanja na neko dogajanje v družbi, to pa posredno omogoča tudi boljšo kakovost njenih odločitev in boljše življenje v družbi. Primer takega pooblastila ukrepanja po prostem preudarku je prikazan tudi na primeru Zakona o državljanstvu Republike Slovenije.

Drugo hipotezo: *»Čeprav je upravnemu organu dana pravica odločati po prostem preudarku, to ne pomeni možnosti za samovoljno odločanje, ker je upravni organ vselej pravno in družbeno vezan«* lahko potrdimo z veljavnim pravnim redom, ki zahteva strogo spoštovanje načel ustavnosti in zakonitosti. To pomeni, da mora imeti vsako upravno delovanje podlago v ustavi in zakonih. Ko uprava odloča po prostem preudarku, nikakor ne more delovati v nasprotju z zahtevami ali v nasprotju z namenom zakonodajalca. Akti, ki so bili izdani na podlagi diskrecijske pravice, morajo biti pravno pravilni in nagibi organa neizpodbojni (Steska, 1941: 119). Pravna sredstva pomenijo dodatno jamstvo za zaščito pravic stranke

upravnega postopka pa tudi večjo pravno vezanost upravnega organa. Družbeno vezanost lahko izpeljemo iz pravne vezanosti. V upravnem postopku se odloča o posameznikovih pravicah in zahtevah, zato bi samovoljno delovanje upravnih organov vzbudilo nezaupanje v javnosti. To sestavljajo tudi pripadniki države, ki načeloma spoštujejo njen pravni red. Druga dva dejavnika družbene vezanosti, ki sicer v nalogi nista bila omenjena, so lahko organi na ravni Evropske unije in mediji. Iz vseh teh razlogov sta pri delovanju uprave po prostem preudarku nujni njena korektnost in profesionalnost, kar pomeni tudi njeno pravno in družbeno vezanost.

7 SEZNAM TABEL IN SLIK

Slika 3.1: Glavne značilnosti prostega preudarka.....	stran 12
Slika 3.2: Prosti preudarek in prosta presoja dokazov po Steski.....	stran 20
Slika 3.3: Prosti preudarek in prosta presoja dokazov po Šturmu.....	stran 21
Slika 3.4: Prosti preudarek in prosta presoja dokazov po slovenskem pravnem redu.....	stran 21

8 LITERATURA IN VIRI

- Alatri, Paolo (1980): Oris zgodovine moderne politične misli. Delavska enotnost, Ljubljana.
- Androjna, Vilko (1992): Upravni postopek in upravni spor. ČZ Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana.
- Bibič, Adolf (1990): »Renesansa državljanstva, konsenz in princip večine«. Zbornik Konfederalizem, večinsko odločanje in konsenz, Ljubljana, str. 37-50.
- Breznik, Janez, Štucin, Zdenka, Marflak, Jonika (2001): Zakon o splošnem upravnem postopku s komentarjem. GV Založba, Ljubljana.
- Cerar, Miro, Novak, Aleš, Pavčnik, Marijan, Perenič, Anton (1998): Praktikum za uvod v pravo znanstvo, 3. spremenjena in dopolnjena izdaja. ČZ Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana.
- Cijan, Rafael (2000): Splošni upravni postopek v pravu in praksi. Pravna fakulteta, Maribor.
- Cijan, Rafael, Grafenauer, Božo (2002): Upravno pravo. Pravna fakulteta, Maribor.
- Dolinar, Ksenija, Knop Seta (2000): Leksikon Cankarjeve založbe. Cankarjeva založba, Ljubljana.
- Grafenauer, Božo (2001): Osnove upravnega postopka in upravnega spora. GV Založba, Ljubljana.
- Jambrek, Peter (1998): »Varstvo pravic posameznika v razmerju do javne uprave – Oris načel in meril prava Evropske konvencije za človekove pravice«. V: Dnevi slovenske

uprave, Portorož 1998: Zbornik referatov. Visoka upravna šola, Ljubljana, str. 43-48.

- Jerovšek, Tone (1992): »Zapolnjevanje nedoločenih pravnih pojmov v upravnem pravu«. Podjetje in delo, let. XVIII, št. 6, str. 699-705.
- Jerovšek, Tone (1995): »Zakovitost delovanja uprave in njen nadzor«. Zbornik referatov. Visoka upravna šola, Ljubljana, str. 3-13.
- Jerovšek, Tone (1996): »Pravica do prostega preudarka«. Podjetje in delo, let. XXII, št. 5/6, str. 1100-1108.
- Jerovšek, Tone (2001): »Pravica do pravnega sredstva in sodnega varstva«. Zbornik znanstvenih razprav. Visoka upravna šola, Ljubljana, str. 13-35.
- Jurkovič, Joso (1935): »Svobodni preudarek«. Zbornik znanstvenih razprav pravne fakultete, Ljubljana, str. 95-145.
- Južnič, Stane (1992): »Državljanstvo«. V: Fink-Hafner, Danica, Strmčnik, Berni (ur.): Nastajanje slovenske državnosti: Zbornik referatov. Slovensko politološko društvo, Ljubljana, str. 409-419.
- Kaučič, Igor, Grad, France (1999): Ustavna ureditev Republike Slovenije. GV Založba, Ljubljana.
- Kren, Sanja (2004): »Načela organiziranja in delovanja javne uprave«. V: Brezovšek, Marijan, Haček, Miro (ur.): Upravna kultura. Fakulteta za družbene vede, Ljubljana, str. 43-73.
- Leca, Jean (1997): »Vprašanja o državljanstvu«. V: Bibič, Adolf (ur.): Kaj je politika? Kompendij sodobnih teorij politike. Znanstveno in publicistično središče, Ljubljana, str. 373-386.

- Peak, Kenneth J. (2000): Policing America: Methods, issues, challenges. Third edition. University of Nevada, Reno.
- Perenič, Anton (1995): Pravo, 2. izdaja. Državna založba Slovenije, Ljubljana.
- Petterson, Denis Michael (1996): A comparison to philosophy of law and legal theory, first edition. Blackwell Companions to Philosophy. Blackwell Publishers. Cambridge, Oxford.
- Rakočević, Slobodan, Bekeš, Peter (1994): Državna uprava: vloga, položaj, organizacija, delovanje. ČZ Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana.
- Srdić, Milutin, Miljković, Đorđe (1979): Pravna enciklopedija. Savremena administracija, Beograd.
- Sruk, Vlado (1995): Leksikon politike. Obzorja, Maribor.
- Steska, Henrik (1941): »Svobodni preudarek, javni interes pa zakonitost«. Zbornik znanstvenih razprav pravne fakultete, Ljubljana, str. 156-178.
- Šinkovec, Janez (1996): Pravna, demokratična in socialna država. ČZP Enotnost, Ljubljana.
- Šturm, Lovro (1996): »Diskrecijski upravni akti«. Javna uprava, let. 32, št. 4, str. 499-529.
- Šturm, Lovro (1996): »Državljanstvo«. Upravni zbornik. Inštitut za javno upravo, Ljubljana, str. 87-106.
- Šturm, Lovro (1998): Omejitev oblasti: Ustavna izhodišča javnega prava. Nova revija, Ljubljana.

- Trpin, Gorazd (1996): »Zakon o upravi«. Upravni zbornik. Inštitut za javno upravo, Ljubljana, str. 35-71.
- Vavpetič, Lado (1948): »O nedoločenih pojmi v pravnih normah«. Zbornik znanstvenih razprav pravne fakultete, Ljubljana, str. 243-277.
- Verbinc, France (1987): Slovar tujk. Cankarjeva založba, Ljubljana.
- Virant, Grega (1998): Pravna ureditev javne uprave. Visoka upravna šola, Ljubljana.
- Virant, Grega (1999): »Novejši pogledi na zakonitost delovanja uprave«. V: Dnevi slovenske uprave, Portorož 1999: Zbornik referatov. Visoka upravna šola, Ljubljana, str. 95-113.
- (1991) Ustava Republike Slovenije, Uradni list RS, št. 33/91.
- Zakon o državljanstvu Republike Slovenije, Uradni list RS, št. 1/1991, 30/1991-1, 38/1992, 61/1992, 13/1994, 13/1995, 29/1995, 59/1999, 96/2002.
- Zakon o državni upravi, Uradni list RS, št. 83/2003, 45/2004.
- Zakon o splošnem upravnem postopku, Uradni list RS, št. 80/1999, 70/2000, 52/2002, 73/2004.
- Zakon o upravnem sporu, Uradni list RS, št. 50/1997, 65/1997, 70/2000, 11/2003.

INTERNETNI VIRI

- Internet 1: Ombudsmen's quarterly review: Latest issue Page 2 (6/2004),
<http://www.ombudsmen.govt.nz/latestoqr%20page2.htm> , 17.11.2004
- Internet 2: Sodba vrhovnega sodišča: <http://sodisce.si/baze/judi/B/VS14146.htm#top>,
5.3.2004
- Internet 3: Sodba vrhovnega sodišča: <http://sodisce.si/baze/judi/B/VS13663.htm>, 5.3.2004
- Internet 4: Sodba vrhovnega sodišča: <http://sodisce.si/baze/judi/B/VS12507.htm>, 5.3.2004
- Internet 5: Sodba vrhovnega sodišča: <http://sodisce.si/baze/judi/B/VS10389.htm>, 5.3.2004