



**REPUBLIKA SLOVENIJA  
USTAVNO SODIŠČE**

**Pritrdilno ločeno mnenje sodnika Krivica**

I.

(obseg mojega soglašanja z odločbo)

Strinjam se z izrekom ter s točkami 31-35 v obrazložitvi - razen:

1. kolikor se točki 33 in 34 omejujeta na ugotovitev, da je bila z izpodbijanima aktoma kršena le ustavna pravica iz 22. člena Ustave (enako varstvo pravic), ne ugotavljata pa (kljub drugačni, pravilni argumentaciji na koncu 32. točke) tudi kršitve pravice do (učinkovitega) pravnega sredstva iz 25. člena Ustave oziroma iz 13. člena Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP) - ter morda tudi pravice iz 23. člena Ustave (pravica do sodnega varstva) oziroma pravice iz 6. člena EKČP - kolikor štejemo, enako kot sama obrazložitev v točki 31, da je fair trial iz 6. člena EKČP v naši ustavi zagotovljen delno z 22. in delno s 23. členom Ustave ("Ustava v 22. in 23. členu določa temeljna jamstva poštenega postopka");

2. kolikor točka 31 opredeljuje vsebino 22. člena Ustave kot "zagotavljanje minimalnih procesnih jamstev", čeprav ta točka zagotavlja le "enako varstvo pravic" v vseh postopkih in pomeni torej le lex specialis za procesne pravice nasproti splošni enakosti pred zakonom po drugem odstavku 14. člena Ustave (s to določbo so torej "minimalna procesna jamstva" zagotovljena kvečjemu indirektno, kolikor so v analognih položajih zagotovljena tudi drugim - kolikor sodna in upravna praksa zakonsko določena minimalna procesna jamstva presega, pa 22. člen Ustave torej zagotavlja, da je v analognih primerih treba spoštovati ta v praksi uveljavljena večja in ne le predpisana minimalna procesna jamstva);

3. in razen z zame (že teoretično) nesprejemljivimi stališči v drugem in petem stavku 32. točke:

a) Drugi stavek se glasi: "Upravnemu organu je sicer pri odločanju po prostem preudarku in v nekaterih primerih nedoločenih pravnih pojmov odprt določen prostor presoje." To stališče je po mojem mnenju sporno kar v dveh pogledih: - Prvič: po modernih pojmovanjih, po katerih ni mogoče postaviti povsem ostre meje med "postavljanjem prava" (z abstraktnimi normami) in "uporabo prava" (s konkretnimi normami), ostaja organu, ki pravo uporablja, "določen prostor presoje" vedno - in ne le v gornjih dveh primerih (če nočemo uporabe prava zreducirati na neustvarjalni avtomatizem Montesquieujevega sodnika kot "ust, ki izgovarjajo besede zakona"). Iz istega razloga je tudi v 16. točki uporabljena klasifikacija pravnih pojmov na določene in dve vrsti nedoločenih mnogo preveč toga in nerealna, saj gre v bistvu za kontinuum, na katerem vsi trije pojmi zvezno (brez ostrih mej) prehajajo drug v drugega in že med določenimi in nedoločenimi pojmi nasploh ostre meje ni, še manj pa med tam navedenima domnevnima dvema podvrstama nedoločenih pravnih pojmov. Navajanje tega zadnjega teoretičnega razlikovanja je v obrazložitvi na prvi pogled sploh brez vsakega smisla, saj se obrazložitev v nadaljevanju na to klasifikacijo nikjer več izrecno ne sklicuje - mislim pa, da prav na tem teoretično nesprejemljivem ločevanju omenjenih dveh podvrst nedoločenih pravnih pojmov indirektno oziroma implicitno, brez potrebne artikulacije, slonijo še bolj nesprejemljiva stališča v 21. točki o tem, da za prognostično oceno upravnega organa o tem, da sprejem nekoga v državljanstvo pomeni "nevarnost za javni red, varnost ali obrambo države" (primer iz 16. točke za drugo podvrsto nedoločenih pravnih pojmov) ne veljajo vsaj v načelu enaka dokazna in druga pravila kot pri uporabi drugih določenih ali nedoločenih pravnih pojmov v zakonskih normah, ampak neka povsem izjemna pravila, ki jih - brez vsake zakonske podlage - povsem na novo vzpostavlja ta odločba sama v 21. in 25. točki obrazložitve: da v takem primeru "ni dokaznega bremena", kar naj bi pri obravnavani zakonski določbi 40. člena ZDRS pomenilo, da je upravnemu organu izjemna nepodelitev državljanstva upravičencu iz prvega odstavka dovoljena ne le v primeru, kadar so podani zakonski razlogi za tako izjemno odločitev (torej ugotovljen oziroma lege artis ocenjen obstoj nevarnosti za javni red itd.), ampak celo v primeru, kadar upravni organ zgolj ni prepričan o nasprotnem|

- Drugič: Ne le sporno, ampak povsem nesprejemljivo pa se mi zdi izenačevati "prostor presoje" upravnega organa (obseg oziroma "širino" tega prostora) pri odločanju po prostem preudarku in "prostor presoje", kadar ne gre za to, ampak le za "normalno" upravno odločanje "v nekaterih primerih nedoločenih pravnih pojmov" (dikcija drugega stavka 32. točke). Že točki 21 in 25 sta to dvoje nedopustno in do nerazpoznavnosti pomešali (o tem več kasneje), drugi stavek točke 32 pa iz tega izhaja in to v zgoščeni, čeprav prikriti obliki ponavlja.

b) Peti stavek pa se glasi: "V primerih, ko je upravnemu organu dano pooblastilo za odločanje po prostem preudarku, posameznik nima pravice zahtevati odločitev z določeno vsebino." Zakaj je ne bi imel pravice zahtevati? Tudi upravno odločanje po prostem preudarku (diskrecijsko odločanje) ni pravno nevezano, kot pravilno poudarja tudi ta odločba: odločba mora biti izdana v mejah pooblastila in v skladu z njegovim namenom. Če je stranka prepričana, da ob spoštovanju te pravne vezanosti upravnega odločanja njene vloge ni mogoče zavrniti, ampak da ji je pravno dopustno samo ugoditi, zakaj potem te svoje vloge ne bi smela podati v obliki zahteve (in z vsebino zahteve, ne pa le prošnje za dodelitev nečesa, česar po pravnem redu ne more zahtevati)? Če se stranka v tej svoji pravni presoji moti, bo njena zahteva pač zavrnjena kot neutemeljena, v obrazložitvi pa ji bo pojasnjeno, zakaj je v njenem primeru ob spoštovanju omenjene pravne vezanosti diskrecijskega odločanja možno in po presoji upravnega organa nujno njeno vlogo (npr. za orožni list ali za državljanstvo) zavrniti. Sodna presoja se bo v tem primeru omejila na to, ali je bilo to po zakonu (glede na obseg in namen zakonskega pooblastila) možno - in če je bilo tudi po presoji sodišča to možno (v tem konkretnem primeru, ne abstraktno), se v vprašanje, ali je bila potem taka upravna odločitev tudi res nujna, sodišče ne bo več moglo spuščati - prav to presojo je namreč zakon prepustil upravnemu organu samemu kot njegovo "prosto presojo" oziroma odločitev "po prostem preudarku". Toda, da ne bo nesporazuma (o mojem razumevanju tega problema), ponavljam: sodna presoja, ali je bilo diskrecijsko odločanje sploh možno (dopustno), mora biti konkretna, kar pomeni: v konkretnem primeru je diskrecijsko odločanje možno (dopustno) le v mejah pooblastila in v skladu z njegovim namenom - presoditi je torej treba, ali je v konkretnem primeru zavrnitev vloge "pokrita" z zakonsko določenim namenom diskrecijskega odločanja, in seveda, ali so v obrazložitvi navedeni tudi razlogi za sprejeto odločitev, ki sploh omogočajo presojanje "pokritosti" sprejete odločitve z obsegom in namenom pooblastila. Le znotraj polja možnosti (dopustnosti) diskrecijskega odločanja torej stranka ne more "zahtevati" odločitve z določeno vsebino (vsaj od sodišča ne, saj gre za polje "proste presoje" upravnega organa) - toda do pravno obvezujoče odločitve o tem, ali je bila konkretna upravna odločitev znotraj tega "polja upravne proste presoje" ali zunaj njega, lahko pride v primeru upravnega spora šele naknadno, po odločitvi sodišča. Če upoštevamo še to, da tudi znotraj polja "proste presoje" upravnega organa ta presoja ni povsem prosta, ampak je pravno vezana na spoštovanje "namena, za katerega je bilo pooblastilo dano" (4. člen ZUP), kar prav tako presoja sodišče v upravnem sporu - potem ne vidim razloga, zakaj stranka, ki meni, da zakonsko določeni namen pooblastila v njenem primeru izključuje možnost zakonite zavrnitve njene vloge, ne bi smela zahtevati ugodne rešitve svoje vloge, ampak zanj kvečjemu prositi.

Zanikati stranki pravico, da bi smela s svojo vlogo že od upravnega organa nekaj "zahtevati" (če obstaja možnost, da bo sodišče potrdilo njeno stališče, da ji tega po pravnem redu ni dopustno odreči) in jo že z načinom pravnega izražanja vnaprej siliti v položaj nekoga, ki od države zgolj prosi za dejanje milosti ali dobre volje upravnega organa, bi bilo po mojem mnenju neprimerno in nesprejemljivo - in zato nasprotujem tudi zgoraj citirani dikciji petega stavka 32. točke (že zgolj iz tega razloga - še bolj pa iz razlogov, pojasnenih spodaj pod II). Za navidez nedolžnimi ali malo pomembnimi finesami v tem, kako so neka načela v pravnih odločbah izražena, se lahko skrivajo, kot kaže tudi ta primer, pomembne razlike v pojmovanju temeljnega razmerja človek - država: ali lahko človek tisto, kar mu (po njegovem mnenju) po pravnem redu pripada, od države tudi zahteva, pa tudi če to nima formalnega statusa pravice - ali pa sme za kaj takega le ponižno prositi.

## II.

(ignoriranje pravne specifikke 40. člena ZDRS)

### A. Diskrecija in pravica

1. Še mnogo bolj nesprejemljivo pa je, da Ustavno sodišče s to odločbo potiska v tak položaj celo tiste "prosilce" za državljanstvo, ki pravno sploh niso prosilci, ker jim je 40. člen ZDRS ob osamosvojitvi Slovenije v bistvu dal pravico do pridobitve državljanstva ("pričakovalno pravico" ali Anwartschaftsrecht, kot pravijo Nemci). Po 40. členu ZDRS, kakršen je bil sprejet in uveljavljen ob osamosvojitvi, so namreč ti lahko dobili državljanstvo pod zakonsko vnaprej določenimi pogoji (da so imeli na dan plebiscita stalno prebivališče v Sloveniji, da v njej tudi dejansko živijo in da so vložili vlogo za pridobitev državljanstva v šestih mesecih po osamosvojitvi) - brez vsake možnosti diskrecijske upravne zavrnitve take vloge komurkoli, tudi tistim, ki bi jih v času osamosvajanja lahko šteli za nevarne osamosvojitvenemu interesu Slovenije. Zainteresiranim, ki te pogoje izpolnjujejo, je Slovenija dala torej pravico do pridobitve državljanstva (celo brez zahteve po odpovedi drugemu državljanstvu). Če se je Slovenija v času največje realne nevarnosti za svoj obstoj odločila za tako zakonsko ureditev tega delikatnega vprašanja (in je to zakonsko ureditev indirektno potrdila - oziroma se nanjo direktno sklicevala - celo v hkrati sprejetem predpisu ustavnega ranga, namreč v 13. členu Ustavnega zakona o izvedbi Temeljne ustavne listine), potem pomeni naknaden in v bistvu retroaktiven poseg v to "pričakovalno pravico" - razen zoper tiste, ki so zoper Slovenijo med osamosvajanjem storili kaznivo dejanje (novi drugi odstavek 40. člena ZDRS) - očitno in grobo kršitev načel pravne države, zlasti načela zaupanja v veljavno pravo. Malo pred iztekom šestmesečnega roka za vlaganje zahtev po 40. členu ZDRS je bil v ta člen z novelo namreč poleg že omenjenega in zame ustavno sprejemljivega drugega odstavka vnesen tudi novi tretji odstavek, ki je to pravico do pridobitve državljanstva za eno kategorijo zainteresiranih (za tiste, za katere "so podani razlogi iz 8. točke prvega odstavka 10. člena ZDRS") naknadno ne le razveljavil, ampak kar odpravil (odvzel jo je namreč tudi tistim, ki so vloge vložili že pred uveljavitvijo te spremembe) in s tem upravno odločanje v takih primerih spremenil iz ugotavljanja, ali so izpolnjeni zakonski pogoji, v odločanje po prostem preudarku.

2. Prvi od dveh zame skrajno nesprejemljivih - poleg mnogih "običajno" nesprejemljivih, če si kot "večni oponent" smem dovoliti tako nenavadno stopnjevanje - elementov v tej odločbi je prav to, da gornjega preprostega dejstva (da je tretji odstavek 40. člena ZDRS dotedanje odločanje o pravici naknadno spremenil za eno kategorijo zainteresiranih v diskrecijsko odločanje) noče priznati, vendar pa ga hkrati tudi ne poskuša zanikati, ampak - kar kot metodo najostreje zavračam - skuša v svoji protislovni argumentaciji zabrisati bistveno in očitno razliko med diskrecijskim odločanjem po 10. členu ZDRS (redna naturalizacija) in odločanjem o pravici do pridobitve državljanstva po 40. členu ZDRS. To zabrisovanje se rahlo, skoraj neopazno začne v 16. točki, ki analizo predpostavk za naturalizacijo po 10. členu ZDRS postavi "v sobesedilo predmeta odločanja v obravnavani zadevi" (kjer pa ne gre za naturalizacijo), in preko nadaljnega "pripravljanja terena" v 18. in 19. točki doseže vrh v 20. točki - najbolj očitno v njeni trditvi, da 40. člen ZDRS "pomeni izjemo od redne naturalizacije", namreč izjemo (le) v tem, da je pri redni naturalizaciji državljanstvo možno (diskrecijsko) dati ali odreči le tistemu, ki izpolnjuje osem zakonskih pogojev ("predpostavk"), medtem ko da se po 40. členu ZDRS državljanstvo "lahko zavrne edino v primeru, ko so podani razlogi iz 8. točke"; tu naj bi bilo torej treba ugotavljati le obstoj ene "predpostavke" - "ni pa treba ugotavljati obstoja drugih predpostavk, ki jih ZDRS v prvem odstavku 10. člena določa za pridobitev državljanstva z redno naturalizacijo"

3. Odločba torej povsem obide oziroma zamolči ključno in najbolj relevantno ugotovitev, da je tretji odstavek 40. člena (z njegovim sklicevanjem na "predpostavko" iz 8. točke 10. člena) naknadno vnesena izjema od določbe prvega odstavka 40. člena in ne od 10. člena - oziroma direktno trdi nasprotno, da je to izjema od 10. člena, kar sploh ni res, zlasti ne v zatrjevanem smislu (da je izjema le v tem, da zahteva le ugotavljanje ene "predpostavke" namesto osmih - češ, vse drugo pa je enako oziroma analogno). Člen 40 je "izjema" od naturalizacije po 10. členu kvečjemu v povsem drugem smislu, namreč zato, ker tu sploh ne gre za to, da bi bilo najprej treba ugotoviti obstoj "predpostavk" (vseeno, ali osmih ali samo ene), nakar šele bi upravni organ smel (in moral) po prosti presoji državljanstvo podeliti ali odreči - ampak gre za v bistvu nasprotno situacijo: po ugotovitvi, da so izpolnjeni posebni pogoji iz prvega odstavka 40. člena, ki stranki dajejo pravico do pridobitve državljanstva, mora upravni organ vlogi ugoditi in nima torej nobene diskrecije - razen če ugotovi, da "so podani razlogi iz 8. točke prvega odstavka 10. člena"

4. Prikaz pravnega položaja v 20. točki obrazložitve je torej v bistvu napačen in zavajajoč. Pravilno sicer ugotavlja, da se po 40. členu ZDRS vloga za državljanstvo "lahko zavrne edino v primeru, ko so podani razlogi iz 8. točke" (kar pomeni, da je v vseh drugih primerih treba vlogi ugoditi - brez diskrecijskega odločanja) - kljub temu pa skuša ustvariti vtis, kot da je to le "izjema od redne

naturalizacije" in to le v tem, da ni treba ugotavljati obstoja osmih "predpostavk", ampak le ene. Ta edina "predpostavka" pa tu ni pogoj za to, da bi šele po ugotovitvi o njeni izpolnjenosti upravni organ smel (in moral) pristopiti k diskrecijskemu odločanju o podelitvi ali nepodelitvi državljanstva (kot je to pri diskrecijskem odločanju o naturalizaciji), ampak je, nasprotno, ugotovitev o izpolnjenosti te edine "predpostavke" pogoj za to, da bi upravni organ smel nekemu, ki druge pogoje iz 40. člena izpolnjuje, vlogo zavrniti. "Razlogi iz 8. točke" torej v 10. členu nastopajo kot pozitivni pogoj (le, če ga izpolnjuješ, torej če državi nisi nevaren, boš državljanstvo lahko dobil - a ni nujno), v 40. členu pa nastopajo kot negativni pogoj (če ugotovijo, da si državi nevaren, ti smejo - ni pa to nujno - odreči državljanstvo, ki bi ti ga po 40. členu sicer morali dodeliti). Z drugimi besedami: "podanost razlogov iz 8. točke 10. člena" v 40. členu torej pomeni izjemno možnost diskrecijske nepodelitve državljanstva nekemu, ki bi do tega sicer imel pravico, ne pa možnost diskrecijske podelitve ali nepodelitve državljanstva kot prosilcu po 10. členu (odločba pa neprestano vsiljuje prav to primerjavo), ki do pridobitve državljanstva sploh nima nobene pravice in si dostop do možnosti diskrecijskega odločanja o tem pridobi šele s tem, ko upravni organ ugotovi izpolnjenost vseh osmih "predpostavk" iz 10. člena ZDRS.

5. Skrajno izkrivljanje pravega pomena 40. člena ZDRS je v obrazložitvi še potencirano v 22. točki, ki, govoreč o odločanju po 40. členu, ravnanje pri tem pogojuje s tem, kaj da pri tem terja poprej (torej pri analizi redne naturalizacije po 10. členu) "prikazana narava odločitve o sprejemu v državljanstvo". Ignoriranje bistveno različne pravne narave odločanja po 10. in po 40. členu ZDRS je v tej točki tolikšno, da je to komaj mogoče verjeti. V 40. členu gre namreč za pravico do pridobitve državljanstva (z izjemno možnostjo diskrecijske nepodelitve državljanstva "edino v primeru, ko so podani razlogi iz 8. točke", kot je to pravilno povedano v 20. točki obrazložitve), v 10. členu pa ne gre za nikakršno pravico, ampak za izključno diskrecijsko odločitev o podelitvi ali nepodelitvi državljanstva.

6. Da je novela ZDRS malo pred iztekom šestmesečnega roka za vloge po 40. členu sploh uvedla to izjemno možnost diskrecijske nepodelitve državljanstva nekemu, ki je po prvotnem 40. členu do tega že dobil "pričakovalno pravico" (in tega zaupanja ni naknadno izneveril s kaznivim dejanjem zoper Slovenijo), pomeni, kot sem omenil že prej, po mojem trdnem prepričanju očitno in grobo kršitev načel pravne države. Odločba pa to zakonsko ureditev, ki jo sam štejem za protiustavno, še napačno oziroma izkrivljeno interpretira. Ta izkrivljena interpretacija, kot je bilo podrobneje prikazano zgoraj, sicer zabriše bistveno razliko med 10. in 40. členom, ignorira bistvo pravne specifikke 40. člena in se morda s tem tudi izogne presojanju njegove ustavne dopustnosti, toda po drugi strani vendarle (če ureditev štejem za skladno z Ustavo) v 20. točki pravilno poudari in povsem jasno pove, da je "podanost razlogov iz 8. točke" predpostavka (kar pomeni, da mora biti njen obstoj ugotovljen, da bi nato upravni organ lahko po diskreciji vlogo zavrnil) in da le obstoja drugih predpostavk iz 10. člena tu ni treba ugotavljati.

B. Pogoj (predpostavka) ali okvir za diskrecijsko odločanje?

7. Z gornjim so na prvi pogled sicer v neskladju navedbe v 23. točki, kjer je rečeno, da besedna zveza "če so podani razlogi iz 8. točke" ne pomeni pogoja, ampak "opredelitev okvira odločanja po prostem preudarku". Če to natančneje premislimo, pa vidimo, da je opredelitev okvira (ali meja) za odločanje po prostem preudarku v bistvu nekaj zelo podobnega pogojem ("predpostavkam") za tako odločanje - in nekaj drugega kot opredelitev ali ugotavljanje namena takega pooblastila (po 4. členu ZUP mora biti namreč odločba izdana "v mejah pooblastila in v skladu z namenom, za katerega je bilo pooblastilo dano").

Izdati odločbo zunaj meja (ali okvira) takega pooblastila namreč pomeni, da je zakonsko pooblastilo določilo meje (okvir), znotraj katerih je diskrecijsko odločanje sploh možno - znotraj katerih se torej o zadevi odloča po prostem preudarku (ob dodatni zahtevi, da mora tudi pri odločanju znotraj teh meja biti izkazana skladnost odločitve z namenom pooblastila za tako odločanje). Prekoračitev tako določenih meja (okvira) ni dopustna - kje so te meje, je torej treba v posameznem primeru zanesljivo ugotoviti, saj je od tega odvisna zakonitost odločbe.

8. V našem primeru naj bi bile te meje (okvir) določene z besedno zvezo "če so podani razlogi iz 8. točke": če so podani, je diskrecijska nepodelitev državljanstva dopustna, če niso podani, pa ni. Ali ti razlogi so podani ali ne, je torej treba zanesljivo ugotoviti (v okviru zanesljivosti, ki jo je po naravi stvari mogoče zahtevati od prognostične odločitve o tem, ali je prizadeti državi nevaren ali ne) - in ugotovitev

o tem, kje so te meje (okvir), ali so bile presežene ali ne, je enaka ali vsaj podobna ugotavljanju, ali so bili izpolnjeni neki pogoji ("predpostavke") za diskrecijsko odločanje: brez teh pogojev diskrecijsko odločanje ni dopustno, je nezakonito - in zunaj meja (okvira) prav tako. Zgolj akademsko vprašanje je torej, ali omenjeno besedno zvezo v diktiji tretjega odstavka 40. člena štejemo za pogoj ali za določitev okvira (meja) diskrecijskemu odločanju (ali celo za oboje hkrati, kot v odločbi) - posledice so v obeh primerih iste. 1 - V čem je namen pooblastila za diskrecijsko odločanje po tretjem odstavku 40. člena, pa je v odločbi pojasnjeno v 24. točki obrazložitve.

### C. Okvir ali namen pooblastila?

9. Neskladje med 20. in 23. točko obrazložitve je torej le navidezno oziroma rešljivo z interpretacijo. V hujše protislovje pa se odločba zaplete v 22. točki s trditvijo, da je z "razlogi iz 8. točke prvega odstavka 10. člena ZDRS" zakonodajalec hkrati določil "na eni strani zakonsko dejansko stanje /torej predpostavke za uporabo diskrecijske pravice - op. M. K./, na drugi strani pa ... okvir in namen pooblastila za odločanje po prostem preudarku". Če bi bila v našem pravnem redu pojma "okvir (meje) pooblastila" in "namen pooblastila" istopomenska (sinonimna), potem se 4. člen ZUP ne bi glasil tako, kot se glasi: "V upravnih stvareh, v katerih je organ ... upravičen odločati po prostem preudarku, mora biti odločba izdana v mejah pooblastila in v skladu z namenom, za katerega mu je pooblastilo dano." Tudi analiza v prejšnjem odstavku je pokazala, kaj pomeni pojem "okvir (meje) pooblastila". To, da je včasih že zgolj iz zakonsko določenih meja pooblastila (ali zgolj iz določitve "zakonskega dejanskega stanja", v katerem se to pooblastilo sploh sme uporabiti) vsaj do neke mere razviden ali ugotovljiv tudi namen, s katerim je bilo pooblastilo dano, seveda še ne pomeni, da lahko pojma okvir in namen pooblastila izenačimo. Iz določenega okvira pooblastila (ali iz "predpostavk") lahko včasih sklepamo tudi na njegov namen - to pa še ne pomeni, da je okvir pooblastila isto kot namen pooblastila.

10. Če bi bilo to res, bi to namreč pripeljalo do absurdne posledice: s tem ko bi se upravni organ držal začrtanega okvira in torej s svojim diskrecijskim odločanjem ne bi zašel zunaj dovoljenih meja (ne bi diskrecijsko odločal o nečem, o čemer sploh ne sme tako odločati), bi avtomatično izpolnil že tudi drugo zahtevo za zakonitost svojega odločanja - odločanje v skladu z namenom dobljenega pooblastila. Smisel zakonske zahteve po odločanju ne le znotraj začrtanih meja pooblastila, ampak tudi v skladu z njegovim namenom pa je prav v tem, da nobeno diskrecijsko upravno odločanje ne bi bilo povsem pravno nevezano: najprej se mora dogajati znotraj zakonsko začrtanega okvira v širšem smislu (namreč znotraj okvira pooblastila in pa znotraj "zakonskega dejanskega stanja"), sicer je povsem nedopustno (ne glede na namen) - če se dogaja znotraj tega okvira, pa mora biti še v skladu z namenom dobljenega pooblastila.

11. Če bi določitev okvira sama po sebi pomenila že tudi določitev namena, bi to nujno pomenilo, da je vsaka upravna odločitev znotraj tega okvira že a priori zakonita, saj bi že zgolj ugotovitev, da organ ni prekorajčil meja pooblastila, hkrati pomenila, da tudi ni ravnal v neskladju z namenom dobljenega pooblastila. To pa bi nadalje pomenilo, da v posameznem primeru (če je ta znotraj začrtanih meja diskrecijskega odločanja) ne bi bilo nikakršnega kriterija za presojo zakonitosti različnih možnih odločitev, saj bi bile vse a priori zakonite - to pa spet pomeni, da bi bile različne (za prosilca ugodne in neugodne) upravne odločitve znotraj tega okvira pravno povsem nevezane. Quod erat demonstrandum: taka interpretacija pojmovnega razmerja med pojmom "okvir pooblastila" in "namen pooblastila" je pravno nedopustna (tudi) zato, ker pripelje do protipravnega rezultata, torej do popolne pravne nevezanosti upravnega odločanja v določenih okvirih.

12. Kot nestrokovnjak za upravno pravo dopuščam možnost, da se je kdaj diskrecijsko upravno odločanje razumelo in razlagalo tudi tako - češ, obstaja okvir, znotraj katerega lahko upravni organ odloči povsem poljubno, pozitivno ali negativno, pa so vse te možne odločitve a priori zakonite in nedostopne sodnemu preverjanju njihove zakonitosti. Toda danes gotovo ni več tako.

Deutsches Rechts-Lexikon munchenske založbe Beck iz leta 1992 to pojasnjuje npr. takole (na str. 1293): "Upoštevati pa je treba to, da prosti preudarek nikoli ne pomeni popolne svobode ravnanja, ampak vedno le pravno vezano možnost izbire, katere meje so glede na zakonski okvir lahko potegnjene ožje ali širše. Gre torej za to, da uprava odloča sicer znotraj lastne odgovornosti (eigenverantwortlich), vendar so to zakonsko usmerjane pravne odločitve (gesetzlich gelenkte

Rechtsentscheidungen). Zato praviloma ne gre za to, da bi se izbrala ena od več pravno enakovrednih rešitev, ampak za to, da se najde tista, ki je pravno najustreznejša. To je mišljeno tudi s temeljno določbo o odločanju po prostem preudarku v par. 40 zakona o upravnem postopku, ki se sklicuje na namen pooblastila in na zakonske meje odločanja po prostem preudarku." (Enako kot pri nas.) Pa to še ni - ne v Nemčiji ne pri nas - edina pravna vezanost diskrecijskega upravnega odločanja: vezano je npr. tudi na spoštovanje enakosti pred zakonom v upravnem odločanju, na prepoved kršenja ustavnih pravic, ustavnih načel itd.

13. Naj se vrnem k sporni trditvi v 22. točki obrazložitve, da je zakon z dikcijo "razlogi iz 8. točke prvega odstavka 10. člena" (uporabljeno v tretjem odstavku 40. člena ZDRS) določil zakonsko dejansko stanje, okvir in namen pooblastila - torej vse troje hkrati. Zgoraj sem utemeljil, zakaj zakonska določitev okvira pooblastila sama po sebi še ne more pomeniti hkrati tudi določitve namena pooblastila - kvečjemu je možno (tudi)2 iz zakonske določitve okvira sklepati na namen, kadar ta ni izrecno določen. Toda to sklepanje je treba opraviti (že v upravni odločbi, nato pa seveda tudi pri sodnem preverjanju njene zakonitosti) in ugotoviti, kateri je tisti namen, ki se ga je potem upravni organ pri konkretnem odločanju dolžan držati. Kot že rečeno, je ta odločba Ustavnega sodišča to ugotavljanje namena pooblastila izvedla (korektno) v 24. točki svoje obrazložitve. Če sporno dikcijo 22. točke razumemo ne dobesedno, ampak le kot površnost v izražanju in jo razlagamo v skladu s tem, kako je namen pooblastila razložen v 24. točki, lahko premostimo tudi to oviro.

Č. Ali sta *salus rei publicae* in *rule of law* združljiva?

14. Če bi bila (po razjasnitvi drugih možnih nesporazumov, kot v gornjih odstavkih) v odločbi samo prej opisana prva od dveh "skrajnih nesprejemljivosti" (ignoriranje pravne specifike 40. člena ZDRS), bi bil problem vsaj po obsegu majhen, neustavna rešitev bi grozila zelo majhnemu številu primerov: samo pri odločanju po 40. členu ZDRS in še tam samo pri tistih prosilcih, pri katerih bi bilo z zadostno stopnjo zanesljivosti možno ugotoviti, da so državi nevarni. Kaj pa bi bilo pri tem sploh narobe, če nekaj državi nevarnih ljudi ne bi dobilo njenega državljanstva? Samo to, da je tudi tem ljudem (skupaj z vsemi drugimi, ki izpolnjujejo pogoje iz prvotnega 40. člena) država tik pred osamosvojitvijo, torej takrat, ko so ji bili sovražno razpoloženi ljudje še mnogo bolj nevarni kot sedaj, kljub temu obljubila državljanstvo, vsem brez izjeme - kasneje pa je "požrla besedo" in spremenila zakon: vsi upravičenci po 40. členu lahko dobijo državljanstvo - razen tistih, za katere bomo ugotovili, da so državi nevarni. Toda sebi nevarne ljudi ima vsaka država tudi med svojimi državljani, ne le med tujci - in tako kot prvim kljub ugotovitvi te njihove nevarnosti državljanstva ne more vzeti, tudi tistim svojim stalnim prebivalcem - nekdanjim državljanom SFRJ, ki jim je državljanstvo svečano in z zakonom obljubila, te obljube ne sme prelomiti3. Če hoče biti pravna država, seveda.

15. Prav to je tu namreč bistveno - ali hočemo res dosledno ravnati kot pravna država, tudi takrat, kadar gre za njene sovražnike, prave ali namišljene. Znani izrek Roze Luxemburg "Svoboda je svoboda za tiste, ki mislijo drugače" je tu ena od možnih zgodovinskih aluzij, a morda ni najprimernejša, kolikor gre pri (pravih) sovražnikih države za ljudi, ki državi sovražno ne le mislijo, ampak tudi delujejo. Še mnogo starejši (starorimski) izrek "*Salus rei publicae suprema lex tibi esto*" (blaginja države ti bodi najvišji zakon) tu na prvi pogled sicer govori proti stališču, da bi država morala držati besedo tudi nasproti svojim sovražnikom (namreč takim, ki zoper njo še niso storili kaznivega dejanja, je pa država prepričana, da ga še bodo, če bodo le mogli - da so ji torej nevarni) - toda po natančnejšem razmisleku se pokaže, vsaj meni, da že dolgo res ni "nič novega pod soncem" in da so tudi tu že stari Rimljani našli najprimernejše vodilo za državno ravnanje. Biti kar najstrožji z državnimi sovražniki ni nujno vedno izraz prave skrbi za blaginjo države - še zlasti, odkar v modernih državah veljajo načela pravne države (*rule of law*), kar med drugim pomeni, da tudi zoper sovražnike lahko država stori le tisto, kar ji dopuščajo zakoni in ustava: če misli, da so storili kaznivo dejanje, jih sme in mora preganjati in jih nato, če jim kaznivo dejanje dokaže, tudi kaznovati - če je tik pred osamosvojitvijo vsem svojim stalnim prebivalcem (zavedajoč se, da so med njimi tudi taki, ki ji bodo v naslednjih mesecih in letih lahko nevarni) svečano zagotovila pridobitev državljanstva, potem pa mora besedo držati (kajti ta beseda ni bila le beseda, torej moralna obveza, ampak zakon, torej hkrati tudi pravna obveza).

16. Toliko v pojasnilo, zakaj mislim, da bi prva od dveh velikih napak te odločbe sama po sebi prizadela sicer zelo majhno število ljudi, ki so morda celo resnični sovražniki te države, a da je ta napaka kljub temu zelo velika. Za ugled države namreč.

### III.

(tiho inavguriranje neke nove "teorije")

#### A. Razlika med subsumpcijo in diskrecijo

1. Zdaj pa k drugi veliki napaki te odločbe (zaradi katere pa bo obseg problema, ki ga bo povzročila, tudi po številu prizadetih primerov zelo velik) - k sicer k indirektnemu inavguriranju neke povsem nove "teorije", ki skuša celo na splošno, na vseh upravnih področjih (ne le pri dodeljevanju državljanstva) ob siceršnjem priznavanju razlik med med izjemnim odločanjem po prostem preudarku in "normalnim" odločanjem na podlagi "normalnih" pravnih norm, v katerih pa so uporabljeni nedoločeni pojmi (o tem glej npr. začetek 16. točke obrazložitve), zabrisati eno od teh razlik.

2. Ta razlika je, kratko rečeno, v tem, da je pri "normalnem" upravnem odločanju treba subsumirati ugotovljeno dejansko stanje pod ustrezno pravno normo (ne glede na to, ali so v tej normi pri opisu "zakonskega dejanskega stanja", torej v gornji premisi silogizma, uporabljeni določeni ali nedoločeni - točneje: bolj ali manj natančno določeni pravni pojmi<sup>4</sup>) - pri diskrecijskem odločanju pa gre za povsem nekaj drugega: najprej je sicer tudi tam treba ugotoviti, ali konkretni primer sploh spada v "polje prostega preudarka" upravnega organa, oziroma, ali ga je sploh mogoče subsumirati pod pravno normo, ki dovoljuje diskrecijsko odločanje (do tu je način odločanja enak), nato pa sledi diskrecijsko odločanje, kjer pa zakon več ne predpisuje, da v določenem primeru (ob izpolnjenih določenih predpostavkah) sledi določena (taka in taka) pravna posledica, ampak znotraj "polja prostega preudarka" (torej v primerih, za katere je diskrecijsko odločanje res zakonsko predvideno) prepušča izbiro ustrezne pravne posledice oziroma ustrezne vsebine odločitve upravnemu organu samemu. Tu torej ne gre več za proces subsumiranja konkretnega dejanskega stanja pod zakonski dejanski stan (spodnje premise pod zgornjo), ampak za prosto iskanje najustreznejše pravne rešitve konkretnega vprašanja, pri čemer je upravni organ vezan le na "meje pooblastila"<sup>5</sup>, v katerih se pri izbiri najustreznejše odločitve lahko giblje, znotraj teh meja pa še na spoštovanje "namena pooblastila".

3. To razliko odločba v 16. točki sicer povsem pravilno (čeprav morda ne najbolj nazorno) označi<sup>6</sup>, toda v nadaljevanju na to bistveno razliko "pozabi" oziroma iz nje ne potegne nikakršnih konsekvenc, kar pripelje zlasti v 21. in 25. točki do popolnega pomešanja kriterijev za eno in drugo vrsto upravnega odločanja, oziroma točneje, do popolne nerazvidnosti, po kakšnih (in na kakšnih zakonskih določbah utemeljenih) kriterijih se je Ustavno sodišče tu ravnalo, da je prišlo do takih stališč.

#### B. Pomešanje pravil za dve različni vrsti upravnega odločanja

4. V prvem odstavku tu pod III. sem govoril o inavguriranju nekakšne povsem nove "teorije" upravnega odločanja v takih primerih prav zato, ker je vsebina točk 21 in 25 (povzeta tudi v 1. evidenčnem stavku) v nasprotju z vso veljavno teorijo in sodno prakso upravnega odločanja v takih primerih, pravilno prikazano v nekaterih drugih točkah obrazložitve, in ker je njuno vsebino torej možno na neprotisloven način utemeljiti kvečjemu z domnevo, da temeljita na nekakšni "tih" novi teoriji, ki morda v vseh takih primerih (torej ne samo pri uporabi tretjega odstavka 40. člena ZDRS) odslej zapoveduje upravnim organom tako ravnanje. Tako ravnanje naj bi bilo po tej domnevni "teoriji" (to je seveda zgolj logično sklepanje iz vsebine 21. in 25. točke, kajti "teorija" v eksplicitni obliki v obrazložitvi žal ni razvita) odslej zapovedano vselej takrat, kadar bi (analogno kot v tretjem odstavku 40. člena ZDRS) zakon v domnevno diskrecijski normi, torej taki, ki naj bi pooblaščala upravni organ za diskrecijsko odločanje, v opisu zakonskega dejanskega stanja, v okviru katerega je diskrecijsko odločanje dovoljeno, uporabil tudi nedoločene pravne pojme (ali katerekoli - ali morda samo tisto tretjo kategorijo iz klasifikacije v 16. točki, iz odločbe ni povsem jasno razvidno) - v takih primerih naj bi bilo torej odslej "zapovedano" (namreč po tej odločbi Ustavnega sodišča) naslednje ravnanje:

5. Če je neka "predpostavka" za diskrecijsko odločanje (v tem primeru: "podanost razlogov iz 8. točke 10. člena") opredeljena z nedoločenimi pravnimi pojmi (v tem primeru: "nevarnost za javni red itd."), za

izvedbo diskrecijskega odločanja ni več potrebno poprej ugotoviti obstoja te "predpostavke", kakor to zahtevajo splošna pravila o diskrecijskem odločanju, ampak točki 21. in 25. te odločbe postavljata za take primere novo pravilo: diskrecijsko odločanje je možno že, če obstoja take predpostavke "upravni organ ne more zanesljivo ugotoviti" - če jo lahko zanesljivo ugotovi, pa diskrecijsko odločanje sploh ni možno, kajti takrat vlogo stranke "mora zavrniti". To novo "pravilo" je tako absurdno, da je o njem, ko ga iz protislovne in nejasne argumentacije te odločbe enkrat izpeljemo v eksplicitno obliko, odveč vsako nadaljnje argumentiranje.

6. Kvečjemu je treba dodati še nekaj: tudi morebitna korektura, češ da moja eksplikacija novega "pravila" ni korektna, ker da pravilo ni mišljeno za vse zgoraj navedene primere, ampak le za take, ki izpolnjujejo še en dodaten pogoj (da ima ta nedoločeno opredeljena "predpostavka" v zakonskem tekstu hkrati tudi funkcijo določitve namena diskrecijskega odločanja) - tudi ta morebitna korektura ne rešuje absurdnosti "pravila", ampak jo le še povečuje. Če bi bilo "predpostavko" za dovoljenost diskrecijskega odločanja res dopustno šteti hkrati tudi za (edino) opredelitev namena tega diskrecijskega odločanja, potem bi bila ob izpolnjeni "predpostavki" a priori vsaka diskrecijska odločitev zakonita, brž ko bi ostajala znotraj zakonsko določenih meja pooblastila - kriterij skladnosti z namenom pooblastila kot kriterij za sodno preverjanje zakonitosti upravne odločbe bi torej a priori odpadel. Tak nasledek omenjenega "pravila" je pravno nevzdržen in že zato "pravilo" torej ustavno ni dopustno. Iz gornje analize sledi drugačno pravilo: iz določbe o morebitnih "predpostavkah" za diskrecijsko odločanje je sicer včasih možno sklepati tudi na namen pooblastila za diskrecijsko odločanje, zlasti v povezavi z drugimi določbami istega zakona ali pravnega reda v celoti, toda le sklepati - ne more pa biti omenjena "predpostavka" že sama po sebi identična z namenom pooblastila; to bi namreč pripeljalo do izničenja namena pooblastila kot posebnega kriterija za presojo zakonitosti diskrecijske odločitve.

#### C. Učinek aplikacije "nove teorije" na 40. člen ZDRS

7. "Nova teorija" oziroma "nova pravila" za ravnanje v takih primerih (torej v primerih kombinacije pooblastila za diskrecijsko odločanje z uporabo nedoločenih pravnih pojmov v opisu zakonskega dejanskega stanja) so pri njihovi prvi aplikaciji na tretji odstavek 40. člena ZDRS pripeljala celo do tega, da je bil s tem jasni smisel zakonske določbe obrnjen na glavo, torej povsem izigran: čeprav se po 20. točki te odločbe (pravilno) vloga za državljanstvo po 40. členu ZDRS lahko zavrne "edino v primeru, ko so podani razlogi iz 8. točke", ko je torej podana nevarnost za javni red itd., pa že po 21. točki "podanost razlogov" v tem primeru pomeni le, da upravni organ o tej podanosti razlogov ni prepričan (!) - v 25. točki pa nastopi še en, v kontekstu razlage pravil za diskrecijsko odločanje prav neverjeten preobrat: morebitna prepričanost upravnega organa v podanost teh razlogov pa diskrecijo celo izključi, saj naj bi bila takrat možna oziroma dopustna samo še ena odločitev, namreč negativna - brez vsake diskrecije! To, kar je po 20. točki obrazložitve nujna "predpostavka" za diskrecijsko odločanje, po 25. točki iste obrazložitve diskrecijo izključuje! - Tako daleč je torej pripeljalo nekritično mešanje dveh različnih pravnih institutov oziroma doslej jasnih kriterijev za njuno uporabo.

8. S tem pa nočem reči, da je zgoraj povzeto rezoniranje 25. točke samo po sebi nesmiselno in nepravilno. Tako je zgolj v kontekstu, v kakršnega je tam postavljeno - samo po sebi pa se tudi meni zdi edino smiselno, da v primeru, ko zakon že ukaže ugotavljati, ali so kandidati za državljanstvo po 40. členu ZDRS nevarni za državo, v primeru ugotovitve take nevarnosti že sam odredi kot posledico take ugotovitve nepodelitev državljanstva.

Ponavljam: če zakon v to že gre - če torej sploh sme zakonsko (in celo z ustavnim zakonom) vnaprej zagotovljeno pravico do državljanstva naknadno odvzeti iz tega razloga (namreč ugotovitve, da je prosilec državi nevaren). Če bi bil to zadosten razlog za to, da pravna država sme odstopiti od vnaprej dane obljube za podelitev državljanstva, potem bi v primeru ugotovitve, da je tak primer nastopil oziroma da je tak razlog podan, prišla v poštev samo nediskrecijska nepodelitev državljanstva (kot nujna posledica ugotovitve, da je podan zakonski pogoj za to), nikakor pa ne diskrecijsko odločanje, po katerem bi se nekaterim nevarnim za državo državljanstvo kljub temu podelilo, nekaterim pa ne. Za tako ravnanje namreč v zakonodaji ni najti nikakršnega opravičila - ni mogoče najti "namena pooblastila" za tovrstno diskrecijsko odločanje; tako odločanje bi bilo torej povsem arbitrarno, to pa je v pravni državi nedopustno. - Sam pa, kot sem navedel že prej (in razlogov za to tu ne ponavljam), tako in tako mislim, da je z novelo dodani tretji odstavek 40. člena ZDRS protiustaven.



## IV.

(enačenje pravil za diskrecijo in za nedoločene pravne pojme)

1. Kot tretjo kardinalno napako te odločbe (tesno povezano z drugo) pa bi navedel to, da je iz strokovno vsaj do neke mere sprejemljivega (čeprav npr. v nemški teoriji spornega) stališča, naj bo sodna presoja zakonitosti upravnega presojanja vsebine nedoločenih pravnih pojmov omejena in naj upravnim organom pri tem priznava določen "prostor proste presoje" oziroma nemško Beurteilungsspielraum<sup>8</sup>, izpeljala (čeprav bolj implicitno kot eksplicitno) neutemeljen in strokovno nedopusten sklep, da zato za upravno odločanje v primerih izrecno dovoljenega diskrecijskega odločanja in v primerih, kadar gre zgolj za nedoločene pravne pojme pri sicer običajnem upravnem odločanju, veljajo podobna ali celo enaka pravila. K takemu sklepanju (vsaj delno) napeljuje zlasti premalo jasna vsebina točk 8, 18, 22, 23 in 32 (drugi stavek) - in prav na tej nejasni podlagi lahko potem točki 21 in 25 izvedeta že prej prikazani "dvojni preobrat". Paradoksalni sklepi v teh dveh točkah sploh ne povedo, na kakšni zakonski podlagi temeljijo: katere od njih narekujejo pravila upravnega odločanja na podlagi nedoločenih pravnih pojmov in katere pravila diskrecijskega odločanja - razumeti jih je mogoče, kot sem prikazal že poprej, kvečjemu kot odločanje na podlagi nekkih povsem novih pravil, neke povsem nove "teorije", ki pa je odločba ob tem ni znala ali morda ni hotela eksplicirati. Na tem mestu zoper morebitno tako (neeksplicirano) novo "teorijo" torej dodajam samo še to, da bi bilo enačenje pravil za diskrecijsko odločanje s pravili za uporabo nedoločenih pravnih pojmov nedopustna simplifikacija oziroma še hujše - huda napaka.

2. Tudi če upravnim organom priznamo pri uporabi (bolj ali manj) nedoločenih pravnih pojmov neki lasten prostor (bolj ali manj) proste presoje, kaj v konkretnem primeru spada pod tak pojem in kaj ne, je to še vedno (teoretično in praktično) povsem nekaj drugega kot "odločanje po prostem preudarku" ali diskrecijsko odločanje. Tudi če je prvi "prostor proste presoje" upravnim organom (do neke mere) priznan, iz tega sledi samo to, da v tem primeru sodišče ne bi preverjalo, ali je upravni organ zakonito uvrstil obravnavani konkretni primer pod tak nedoločen pravni pojem v opredelitvi "zakonskega dejanskega stanja", in bi po ugotovitvi, da spada to v upravni "prostor proste presoje", štelo tako subsumpcijo za zakonito - nikakor pa ne more iz tega slediti neverjetna in povsem nelogična konsekvence, izpeljana (brez utemeljitve) v 21. in 25. točki obrazložitve, namreč konsekvence, da v primeru takega "prostora proste presoje" potem upravnemu organu sploh ne bi bilo več treba ugotoviti, ali obravnavani konkretni primer (po njegovi lastni "prosti presoji") spada pod obravnavani nedoločeni pravni pojem ali ne (v našem primeru: ali prosilec je nevaren ali ni), ampak naj bi zadoščala že "ugotovitev", da tega (tudi ob "prosti presoji") ni mogoče zanesljivo ugotoviti - z vsemi nadaljnjimi, tu že večkrat prikazanimi konsekvencami.

3. Krajše povedano: tudi če se upravnemu organu pri uporabi nedoločenih pravnih pojmov prizna lasten, od sodišč nekontroliran "prostor proste presoje", s tem še ni negirano temeljno pravilo upravnega (in vsakega pravnega) odločanja, da morajo biti "predpostavke" za neko odločitev podane (ugotovljene), da bi se taka odločitev lahko sprejela - le pri ugotavljanju podanosti "predpostavke" ima upravni organ nekoliko bolj proste roke ("prostor proste presoje"); toda njeno podanost mora "zanesljivo ugotoviti" in to obrazložiti - ne pa, da mu zaradi nedoločenosti nekega v zakonu uporabljenega pojma naenkrat sploh ne bi bilo več treba ugotoviti podanosti "predpostavke", ampak bi zadoščalo, da bi v odločbi navedel, da tega "ni mogel zanesljivo ugotoviti" in da v tem primeru, sklicujoč se na novo "pravilo" iz te odločbe Ustavnega sodišča, lahko "odloči po prostem preudarku" (glej točko 25)| Quod erat demonstrandum: na ta (sicer povsem nelogični in neutemeljeni) način je ta odločba Ustavnega sodišča dejansko izenačila pravila za odločanje na podlagi nedoločenih pravnih pojmov s pravili za odločanje po prostem preudarku - čeprav tega ni hotela (ali znala) tudi izrecno povedati.

4. V potrditev svojih prej omenjenih navedb (da v Nemčiji tudi priznavanje takega "prostora proste presoje" niti v teoriji in še manj v praksi nikakor ni nesporno) pa naj navedem samo kratek odstavek iz že citiranega Nemškega pravnega leksikona pod geslom Beurteilungsspielraum (poudarki moji):

"Znaki zakonskega dejanskega stanja, ki pomenijo predpostavke za delovanje uprave, so različno precizni. Kolikor so relativno nedoločeni in vsebujejo močne vrednostne elemente ("nedoločeni pravni

pojmi"), del teorije priznava upravi nasproti sodni presoji neki Beurteilungsspielraum pri uporabi takih pojmov. ... V nasprotju s tem pa zvezno upravno sodišče v ustaljeni sodni praksi dopušča tak Beurteilungsspielraum le v nekaterih redkih primerih, zlasti pri vsebinski presoji izpitnih odločitev in službenih ocen uradnikov ... Tudi upravopolitične odločitve, ki niso dostopne pravnemu vrednotenju, naj bi bile podvržene le omejeni presoji - sem spadajo zlasti tudi prognostične odločitve." (Deutsches Rechts-Lexikon, Beck, Munchen 1992, Band 1, str. 729)

Z važno dopolnitvijo teh misli pod geslom Unbestimmter Rechtsbegriff: "Tak Beurteilungsspielraum ... pride v poštev le takrat, kadar zakonodajalec uvrstitev posamičnega primera pod tak nedoločen pravni pojem izrecno prepusti upravnemu organu." (Op. cit., Band 3, str. 763). - V našem primeru torej po teh nemških kriterijih sedanja zakonska dikcija ("če so podani razlogi iz 8. točke ...") ne bi zadoščala - potrebna bi bila npr. dikcija "če so po presoji upravnega organa podani razlogi iz 8. točke ...".

V.

(pretekla in sedanja nevarnost)

1. Končno naj opozorim še na nesprejemljivost in deplasiranost 28. točke obrazložitve. Izredna pooblastila Varnostne službe JA (KOS-a), o katerih na dolgo govori 28. točka (vključno s poudarjanjem, kakšno vlogo je pri tem imela v današnji Sloveniji neobstoječa organizacija Zveze komunistov), je že pred osamosvojitvijo Slovenije, torej v SFRJ, KOS imel samo nasproti vojaškim osebam. Kako naj bi nevarno oziroma nezakonito delovanje iz 28. točke bodisi KOS bodisi vlagatelj te ustavne pritožbe kot domnevni "kosovec" razvijal v današnji Sloveniji, sploh ni jasno. Zadnji stavek 28. točke pa pravi (poudarek moj): "Ugotovitev ravnanja pripadnikov takih organizacij lahko služi tudi kot podlaga za oceno o nevarnosti podelitve državljanstva za javni red države." Kakšnega ravnanja? Ni namreč rečeno "na opisani način nezakonitega ravnanja" ali kaj podobnega, ampak so z nejasno formulacijo (namenoma?) puščena odprta vrata za argumentacijo: ravnal si kot pripadnik KOS - KOS je bil zločinska organizacija - torej si nevaren (ne glede na to, kako si ravnal konkretno ti).

2. A tudi, če bi bilo ugotovljeno prosilčevo sodelovanje v (nekdanjih) nezakonitih ravnanjih KOS-a, zgolj to, da je nekdo nekoč bil nevaren, še ne pomeni avtomatično, da je nevaren tudi še sedaj, v spremenjenih okoliščinah (ni več stare države, ni več KOS-a, on je v pokoju itd.). Obstoj sedanje nevarnosti mora biti izkazan s kakšnimi konkretnimi dejstvi (npr. s prosilčevim nadaljevanjem stikov z bivšimi "kosovci" ipd.), ne pa kar predpostavljan. In ta konkretna dejstva morajo biti navedena že v upravni odločbi, da jih prizadeti v pravnem sredstvu lahko izpodbija, drugače so kršene njegove pravice do enakega in poštenega sodnega varstva (iz 22. in 23. člena Ustave) in do učinkovitega pravnega sredstva (iz 25. člena Ustave).

Sodnik  
Matevž Krivic

Opombe:

1Več o razliki med pojmom "meje pooblastila" in "zakonski dejanski stan" glej spodaj pod III.2.

2Že citirani nemški pravni leksikon npr. pravi takole (na str. 1295): "Namen pooblastila je treba povzeti (ist zu entnehmen) ne le iz tega predpisa, ampak iz vseh relevantnih pravnih norm pisanega in nepisanega prava."

3Pri tistih, ki so po tej dani obljubi, torej med osamosvajanjem Slovenije, zagrešili proti njej kaznivo dejanje, je seveda drugače: tudi po civilnem pravu se darilo lahko prekliče zaradi "velike nehvaležnosti", za kar se šteje npr. hudo kaznivo dejanje zoper daritelja - in tu je podobno.

4In bolj ko so ti pojmi nedoločeni, v večji meri lahko sodstvo priznava upravnim organom določen "prostor proste presoje" (Beurteilungsspielraum), ali neki konkreten dejanski stan spada pod "zakonski dejanski stan", opredeljen s takimi nedoločenimi pravnimi pojmi, ali ne - toda ta "prosta presoja", ali neka življenjska situacija spada v zakonski "nedoločeni pravni pojem" ali ne, je povsem nekaj drugega kot "prosti predarek", ali bo upravni organ, potem ko je obravnavani primer že uvrstil pod zakonski "nedoločeni pravni pojem", zanj izbral to ali ono od več možnih pravnih posledic (čeprav v konkretnem primeru tudi tu lahko pride do tega, da ob upoštevanju zakonsko določenih meja in namena tega

diskrecijskega odločanja upravnemu organu ostane na voljo ena sama možnost - Nemci temu rečejo "redukcija diskrecije na nič" - Ermessensredizierung auf Null). 5Ker je z izrazom "meje pooblastila" mišljeno le to, v katerem okviru se organ lahko giblje pri izbiri najustreznejše pravne posledice (recimo, določitev dopustnih meja denarne kazni v razponu), potem seveda to ni istopomenski pojem s pojmom "zakonski dejanski stan" (ali pogoji oz. predpostavke za diskrecijsko odločanje). Toliko kot dopolnitev k navedbam zgoraj pod II.

6"Za razliko od prostega preudarka, kjer zakonodajalec zamenjuje okvir dopustnih pravnih posledic, nedoločeni pravni pojmi opredeljujejo zakonski dejanski stan."

7Da ne bo nesporazuma: pri pravem diskrecijskem podeljevanju državljanstva bi zakon morda celo lahko dal upravi tako ohlapno pooblastilo - toda ne le, da ga tu vsekakor ni dal (ker gre tu namreč za omejevanje pravice, ne za diskrecijsko podeljevanje državljanstva): predvsem je nevzdržno ignoriranje dejstva, da ZDRS tako ohlapnega pooblastila celo pri 10. členu, torej pri pravem diskrecijskem podeljevanju državljanstva, upravi ni dal, ampak je ugotovitev, da prosilec ne predstavlja nevarnosti ..., izrecno postavil kot enega od osmih pogojev, katerih izpolnjenost mora biti ugotovljena - potem šele nastopi diskrecijska pravica dati ali ne dati.

8Kar v dobesednem prevodu pomeni zgolj (lasten, upravi pridržan) "prostor presoje", brez poudarka na prosti presoji.