Slobodna (diskrecijska) ocjena

Horvat Sovilj, Paola

Undergraduate thesis / Završni rad

2018

Degree Grantor / Ustanova koja je dodijelila akademski / stručni stupanj: **Polytechnic Nikola Tesla in Gospić / Veleučilište Nikola Tesla u Gospiću**

Permanent link / Trajna poveznica: https://urn.nsk.hr/urn:nbn:hr:107:836129

Rights / Prava: In copyright / Zaštićeno autorskim pravom.

Download date / Datum preuzimanja: **2024-03-28**

Repository / Repozitorij:

Polytechnic Nikola Tesla in Gospić - Undergraduate thesis repository

zir.nsk.hr

Image not found or type unknown

VELEUČILIŠE „NIKOLA TESLA“ U GOSPIĆU

Paola Horvat Sovilj

SLOBODNA (DISKRECIJSKA) OCJENA
DISCRETIONARY DECISION

Završni rad

Gospić, 2018.

VELEUČILIŠTE "NIKOLA TESLA" U GOSPIĆU

Upravni odjel

Stručni upravni studij

SLOBODNA (DISKRECIJSKA) OCJENA
DISCRETIONARY DECISION

Završni rad

MENTOR:

doc. dr. sc. Goran Vojković

STUDENT:

Paola Horvat Sovilj

MBS: 0296016598

Gospić, rujan 2018.

Veleučilište „Nikola Tesla“ u Gospiću

Upravni odjel

Gospić, 20. srpnja 2018.

ZADATAK

za završni rad

Pristupnici ***Paola Horvat Sovilj*** MBS: 0296016598

Studentu stručnog studija upravnog prava izdaje se tema završnog rada pod nazivom

Slobodna (diskrecijska) ocjena (*Discretionary Decision)*

Sadržaj zadatka :

Analizirati povijest razvoja slobodne (diskrecijske) ocjene u Hrvatskom pravu, sadašnji pravni okvir, postojeće mogućnosti sudske zaštite, te odnos slobodne (diskrecijske) ocjene prema temeljnim načelima zaštite ljudskih prava i temeljnim slobodama sukladno Ustavu Republike Hrvatske i međunarodnim konvencijama.

Završni rad izraditi sukladno odredbama Pravilnika o završnom radu Veleučilišta „Nikola Tesla“ u Gospiću.

Mentor: doc. dr. sc. Goran Vojković, zadano: 20. srpnja 2018. godine ,
(ime i prezime) (nadnevak) potpis

Pročelnik odjela: Tomislav Lopac, prof., predavač predati do: 30.09.2018 ,
(ime i prezime) (nadnevak) potpis

Student: Paola Horvat Sovilj primio zadatak: 20.07.2018. ,
(ime i prezime) (nadnevak) potpis

Dostavlja se:

- mentoru
- pristupniku

IZJAVA

Izjavljujem da sam završni rad pod naslovom "Diskrecijska (slobodna) ocjena" izradila samostalno, pod nadzorom i uz stručnu pomoć mentora doc.dr.sc. Gorana Vojkovića.

Paola Horvat Sovilj

(potpis studenta)

SAŽETAK

Završnim se radom istražuje institut diskrecijske ocjene kroz prizmu teorijskih razmatranja hrvatskog i usporednog prava, ujedno prateći povijesni razvoj pojma te njegovu primjenu u praksi. Razrađuju se pojavni oblici slobodne ocjene u komparativnom pravu drugih europskih država, Europske unije i angloameričkom pravu te se uspoređuju s ostalim oblicima slabije vezanosti pravnom normom. Rad obuhvaća i pregled kontrole akata koji sadržavaju takvu ocjenu kroz upravni postupak i upravni spor te sudsku zaštitu u okvirima prava Europske unije. Također se razmatra odnos slobodne ocjene prema temeljnim načelima zaštite ljudskih prava i temeljnim slobodama sukladno Ustavu Republike Hrvatske i međunarodnih konvencija kroz postojeću sudsku praksu. Zaključno se analiziraju rezultati provedenog istraživanja o stupnju upoznatosti građana s institutom diskrecijske ocjene.

ključne riječi: diskrecijska (slobodna) ocjena, komparativno pravo, zaštita prava pojedinaca, sudska praksa

ABSTRACT

The final paper explores the institute of discretionary decision observing it through the prism of theoretical contemplations in Croatian and comparative law, simultaneously following it's historic evolvent and practical application. The institute is elaborated on it's variable forms in legislations of other European countries, the law of the Europen Union and Angloamerican law. The paper also overviews the legal control of administrative acts based on discretionary decision as in administrative procedure so in administrative dispute, as well as the legal protection of individuals in such cases, as presented in European and national law. It is relating discretionary decision to the Constitutional and International Agreements' principles of human rights protection using the examples of available case laws. At last, in order to estimate citizens' comprehention of the institute in question, the results of conducted research are analyzed.

key words: discretionary decision, comparative law, legal protection of the individuals, case law

SADRŽAJ

1. UVOD……1

2. DEFINIRANJE POJMA DISKRECIJSKE (SLOBODNE) OCJENE……2

2.1. Etimologija……...2

2.2. Teorijsko pojmovno određenje……3

2.2.1. Diskrecijska ocjena u odnosu na druge oblike slabije vezanosti pravnom normom……5

2.2.2. Objekti diskrecijske ocjene……7

2.2.3. Objekti izuzeti iz dosega diskrecijske ocjene……8

2.2.4. Slobodna ocjena vs. slobodna ocjena dokaza…..…….……..10

3. EVOLUCIJA INSTITUTA DISKRECIJSKE OCJENE……..12

3.1. Slobodna ocjena u francuskom pravu……....13

3.2. Slobodna ocjena u njemačkom pravu……....16

3.3. Slobodna ocjena u pravu Ujedinjenog Kraljevstva……....19

3.4. Diskrecija u teoriji angloameričkog prava……22

3.5. Diskrecijska ocjena u pravu Europsk unije……..……..25

4. DISKRECIJSKA (SLOBODNA) OCJENA U HRVATSKOM PRAVU……30

4.1. Stari ZUP i ustavnosudska intervencija……30

4.1.1. Razlike Starog i Novog ZUP-a……...30

4.1.2. Ustavnosudska intervencija u slovo zakona……...32

4.2. Diskrecijska ocjena *de lege lata*……33

5. KONTROLA AKATA KOJI SADRŽAVAJU DISKRECIJSKU OCJENU……...36

5.1. Kontrola akata u upravnom postupku……36

5.2. Kontrola akata u upravnom sporu……..37

5.2.1. Upravno sudovanje prije reforme 2012……..….37

5.2.2. Upravno sudovanje nakon reforme 2012……..……..39

5.3. Diskrecijska ocjena i sudski praxis……..……..40

5.3.1. Odluka Ustavnog suda RH broj: U-III-1862/2000…….……40
5.3.2. Odluka Ustavnog suda RH broj: U-III-281/2018…....……42
5.3.3. Slučaj 352/98 Bergaderm protiv Komisije…….……..44
5.3.4. Slučaj C-491/01 British American Tobacco…….……45
5.3.5. Visoki upravni sud o pojedinačnoj odluci donesenoj primjenom diskrecijske ocjene…….……46

6. ISTRAŽIVANJE JAVNOG MNIJENJA…….……47
6.1. Rezultati provedenog istraživanja…….47
6.2. Analiza prikupljenih podataka……..50

7. ZAKLJUČAK……...……51

8. POPIS LITERATURE……..……52

9. POPIS SLIKA……..……..55

1. UVOD

Diskrecijska ili slobodna ocjena predstavlja ovlast odlučivanja o pravima i dužnostima pojedinaca i drugih pravnih subjekata, pri čemu se u konkretnom slučaju bira ona alternativa za koju donositelj odluke, unutar granica danog ovlaštenja, procijeni da je najprimjerenija svrsi. Zakonsko normiranje, granice i svrha diskrecijske ovlasti glavni su elementi slobodne ocjene. Rješavanje temeljem takve ocjene, u teoriji ponekad nazivano i upravnom diskrecijom, nalazi se u domeni složenijih konstrukcija upravnog prava, a kompleksnost materije izaziva određenu problematiku kako u smislu jednoznačnog definiranja, tako i opravdanosti propisivanja diskrecijskih ovlaštenja u pojedinim slučajevima. Diskrecijsko odlučivanje podrazumijeva pronalaženje kompromisa između dva oprečna cilja pravnog poretka - pri korištenju slobodne ocjene javnopravno tijelo mora izbalansirati zaštitu javnog interesa s jedne, a učinkovitu zaštitu prava pojedinaca s druge strane.

Iako diskrecijska ovlast nije isključivo ograničena na upravnu sferu, svakako je svojstvena upravnom djelovanju, poglavito iz razloga što je sam institut zapravo rezultat faze u razvoju modernih država nakon podvođenja uprave pod pravo te uspostavljanja načela zakonitosti. Diskrecijskom se, tako, ocjenom odlučuje o pravima pojedinaca, slijedom čega se oko takvog djelovanja očekivano javljaju brojni prijepori i reperkusije. Prema važećem Zakonu o općem upravnom postupku (NN 47/09), u upravnim stvarima u kojima je javnopravno tijelo zakonom ovlašteno rješavati po slobodnoj ocjeni, odluka mora biti donesena u granicama dane ovlasti i sukladno svrsi radi koje je dana. Komplementarna norma Zakona o upravnim sporovima (NN 20/10, 143/12, 152/14, 94/16, 29/17) postulira kako se upravni spor ne može voditi o pravilnosti pojedinačne odluke donesene primjenom slobodne ocjene javnopravnog tijela, ali se može voditi o zakonitosti takve odluke, granicama ovlasti i svrsi radi koje je ovlast dana. Takvo zakonsko normiranje podrazumijeva ograničen opseg pravne zaštite u sporu o zakonitosti rješenja donesenog primjenom diskrecijske ocjene. U novijoj upravnosudskoj praksi, u osporavanju odluka koje sadrže slobodnu ocjenu, kao dobra se osnova profiliralo preispitivanje svrhovitosti, čime se približava samom preispitivanju (makar elementarnog oblika) pravilnosti takve odluke, a čime se ipak širi obuhvat sudske zaštite prava pojedinaca.

2. DEFINIRANJE POJMA DISKRECIJSKE (SLOBODNE) OCJENE

Da bismo detaljno istražili pojam, posegnut ćemo *ab ovo* za lingvističkom determinacijom koja je dobra podloga za razumijevanje kompleksnosti ovog instituta.

2.1. ETIMOLOGIJA

• *diskrecija* – lat. (discretus, part. pas. od discernere – razlučiti razlikovati, razaznati); 1. razum, razbor; 2. obzirnost u govoru; 3. vođenje računa o osjetljivosti drugoga; 4. šutljivost u pogledu tuđih tajni; 5. velikodušnost ili uviđavnost (pobjednika); predati se na diskreciju – predati se na milost i nemilost; diskrecijski – koji postupa po vlastitom nahođenju; diskrecijsko pravo – pravo rukovoditelja da po vlastitom nahođenju, unutar zakonskog okvira, donosi neka rješenja (KLAIĆ, 1990.)

Lingvistički izvor zadanog pojma očekivano nalazimo u latinskom, kao integralnom stručnom jeziku. Tako se i u Rječniku latinskih pravnih izraza (ROMAC, 1992.) navodi slijedeće: *"Discretio - slobodno odlučivanje; područje slobodnoga, (zakonom) nevezanog djelovanja državnog tijela; pažnja, uzdržljivost, čuvanje tajne"*. U hrvatskoj teoriji prava termin "diskrecijska ocjena" nastao je stapanjem stručnih izraza preuzetih iz stranih jezika. Njemački *"das freie Ermessen*" u doslovnom prijevodu glasi "slobodna ocjena", a budući da se ocjena sama po sebi donosi slobodno, time izraz predstavlja pleonazam te je preuzeta samo 'ocjena'. U francuskom jeziku nalazimo izraz *"pouvoir discrétionnaire",* prevedeno kao diskrecijsko ovlaštenje[1], iz čega je zatim odstranjeno 'ovlaštenje', a zadržana riječ 'diskrecijsko'. U starijoj domaćoj literaturi pojavljuje se i jezična konstrukcija *slobodna rasudba*. Zakon o općem upravnom postupku (dalje: ZUP), kao temeljni pozitivni upravnopostupovni zakon koristi se terminom *slobodna ocjena*, no njime se neupitno podrazumijeva teorijski termin *diskrecijska ocjena*[2]. (IVANČEVIĆ, 1983.)

[1] također, slično u engleskom: *discretionary power*

[2] U hrvatskoj se pravnoj teoriji naročito Krbek zalagao za uporabu termina diskrecijska ocjena, a ne diskrecijska ovlast, jer je držao da je izraz "ocjena" zgodniji od izraza "vlast" ako se želi naglasiti moment dužnosti i pravnih ograničenja u slobodi postupanja.

2.2. TEORIJSKO POJMOVNO ODREĐENJE

Rješavanje temeljem slobodne ocjene predstavlja pomalo kontroverzno područje upravnog prava, o čemu su pisali brojni pravni teoretičari u Hrvatskoj[3]. Naime, oko instituta diskrecijske ocjene otvaraju se neka osjetljiva pitanja obzirom da se takvim rješavanjem ima pomiriti javni interes i pravo pojedinaca, što bez iznimke redovito izaziva polemike. Tako ćemo u ovom dijelu rada pregledno iznijeti mišljenja struke u pogledu definiranja zadanog pojma, njegovog obuhvata te odnosa prema drugim oblicima slabije vezanosti pravnom normom.

Diskrecijska ili slobodna ocjena u teoriji je pretpostavljena kao ovlast odlučivanja o pravima i dužnostima pojedinaca i drugih pravnih subjekata, u konkretnom slučaju i u granicama danog ovlaštenja, birajući onu alternativu za koju donositelj odluke procijeni da je najprimjerenija potrebama tog slučaja. (AVIANI, 1998.) Svaki pravni postupak vodi se prema unaprijed zakonom utvrđenim načelima, uključujući kapitalno načelo zakonitosti (legaliteta)[4]. No u naravi je upravne funkcije da joj zakonodavac često mora povjeriti određenu elastičnost u postupku (PERIĆ, 1994.) pa tako diskrecijiski propisi ostavljaju državnom tijelu na ocjenu hoće li određeni propis primijeniti ili ne, odnosno u kolikoj mjeri će ga primijeniti. (VUKOVIĆ, VUKOVIĆ, 1997.)

Prema Borkoviću, osnovica za razumijevanje diskrecijske ocjene leži na razlikovanju *kategoričke* od *disjunktivne* pravne norme. Kategorička pravna norma propisuje točan način ponašanja te njenom interpretacijom primjenjivač ima jasnu sliku kako da postupi, zato što je propisano jedino moguće ponašanje - da uz određene pretpostavke nešto učini ili da se od činjenja uzdrži. To se može ilustrirati na slijedeći način - kategorička pravna norma zahtijeva da subjekt A treba izvršiti radnju X. S druge strane, kod alternativne (disjunktivne) pravne

[3] u starijoj literaturi npr. Krbek, Ivančević, Borković; u novije vrijeme Aviani, Rajko, Đerđa i brojni drugi, a što je razvidno iz korištenih izvora za potrebe pisanja ovog rada

[4] načelo zakonitosti temeljni je zahtjev prava uopće; ono traži da djelovanje svih subjekata društva bude usklađeno s odredbama normi pozitivnog prava, pri čemu odstupanja izazivaju različite pojave nezakonitosti. U suvremenom demokratskom društvu upravo ono u središte pažnje postavlja čovjeka - građanina, kojemu se poštivanjem tog načela osigurava ostvarenje širokog spektra zakonom zajamčenih prava.

norme zakonodavac nije potpuno regulirao način ponašanja te je time primjenjivaču pravnog pravila ostavio mogućnost da u rješavanju konkretnog slučaja postupi po vlastitom nahođenju, birajući onu od alternativa ponuđenih zakonom koja prema njegovu shavćanju najbolje odgovara potrebama predmetnog slučaja (ilustrirano - subjekt A *treba* učiniti radnju X, Y ili subjekt A *može* učiniti X, Y)[5]. Stoga se slobodna ocjena javlja u području primjene disjunktivne pravne norme iz razloga što jedino ona ostavlja slobodu odlučivanja u smislu mogućeg opredjeljenja za jednu od ponuđenih alternativa. Pritom se upravno tijelo, kao primjenjivač, treba voditi općim interesom, ali ne zanemarujući potrebe odnosnog slučaja. (BORKOVIĆ, 1997.)

Mogućnost slobodnog ocjenjivanja također pretpostavlja određene elemente. Naime, primarno je da tijelo bude posebno ovlašteno za takvo ocjenjivanje jer načelo zakonitosti traži da mogućnost slobodnog ocjenjivanja proizlazi iz zakona. Zato je pravna norma okosnica diskrecijskog postupanja te ujedno donosi dvostruko ograničenje: prvo, nema slobodnog odlučivanja ako ga pravna norma posebno ne predviđa i drugo, primjenjivač pravnog pravila može slobodno birati samo u okviru alternativa koje disjunktivna pravna norma nudi za rješenje konkretne stvari. Međutim, u praksi se pojavljuje problem pri zakonskom propisivanju diskrecijskih ovlasti u smislu neujednačenosti upotrijebljenih pojmova iz kojih one moraju proizići. Primjenjivač pravne norme ima jasnu situaciju jedino ako pravna norrna izrijekom propisuje da određenu upravnu stvar valja riješiti po slobodnoj ocjeni. Samo takva formulacija otklanja dileme o kakvoj je vrsti pravne norme riječ. Kada zakonodavac upotrebljava različite izraze (npr. *"po nahođenju", "prema potrebi", "tijelo će voditi računa o svrsishodnosti")* dolazi do pojave tzv. neodređenih pojmova[6], a koji time otežavaju izvođenje zaključka je li zaista riječ o mogućnosti diskrecijske ocjene. Tako Vuković i Vuković zaključuju kako se izražava potreba da redaktori propisa dobro poznaju teoriju prava i smjernice nomotehnike[7]. Prema pravilima nomotehnike, nazivlje ili terminologija u propisima podliježe općim načelima jasnoće, dosljednosti, preciznosti i potrebe. Dosljednost izričaja podrazumijeva da cijeli tekst propisa upotrebljava jedan izraz, vodeći računa o

[5] podudarajuća mišljenja nalazimo i kod Krbeka, Ivančevića i dr.

[6] u njemačkoj pravnoj teoriji upravo se oko toga povela vrlo opsežna i zanimljiva rasprava, na što ćemo se osvrnuti kasnije u radu

[7] pravna znanost o izradi pravnih propisa; prema grčkom: *nomos* (νόμος = zakon) i *tehne* (τέχνη = vještina)

propisima koji su na snazi u pravnom sustavu, dok upotreba terminologije treba biti jedinstvena s već utvrđenim pravnim značenjem. (GRŽANIĆ, 2017.) Pridržavanjem ovih pravila umanjuje se mogućnost pogrešnog zaključivanja.

2.2.1. Diskrecijska ocjena u odnosu na druge oblike slabije vezanosti pravnom normom

Slobodna se ocjena, uz tumačenje prava i pronalaženje pravne norme, u teoriji smatra jednim od klasičnih oblika slabije vezanosti pravnom normom, koje pojmove su jasno razgraničili ponajprije Krbek, a zatim i Ivančević.

Razlikovanje *tumačenja prava* i diskrecijske ocjene leži na trojakoj osnovi:

1) primjenjivač pravne norme se jednom protumačivši njezin smisao, drži tog tumačenja i u kasnijima jednakim slučajevima, za razliku od diskrecijske ocjene koja se u svakome novom slučaju iznova obavlja
2) interpretator norme ne bira slobodno između alternativa, već mora uzeti onu koja je u intenciji zakona, odnosno zakonodavca, što znači da je rješenje kod tumačenja dano unaprijed, a interpretator ga samo treba utvrditi
3) onaj tko obavlja diskrecijsku ocjenu ostvaruje vlastite nazore, dok interpretator pokušava utvrditi smisao pravne norme *in abstracto*

Ako su za rješavanje određenog slučaja odlučne intencije vlasti, riječ je o diskrecijskoj ocjeni. Ako je, pak, odlučna intencija pravne norme, riječ je o tumačenju. U prvom stadiju obavljanja diskrecijske ocjene (određivanju mogućih alternativa) na djelu je tumačenje, dok u drugom stadiju dolazi do pravog obavljanja diskrecijske ocjene, izborom određene alternative između više apstraktno određenih alternativa. (KRBEK, 1937.; IVANČEVIĆ, 1988.)

Usporedbom diskrecijske ocjene i *pronalaženja pravnih pravila* uočavaju se slijedeće razlike:

a) kod pronalaženja pravnog pravila, kao i kod tumačenja, primjenjivač pronalazi pravnu normu apstraktno za sve jednake slučajeve;
b) kod diskrecijske se ocjene bira između unaprijed pravno utvrđenih alternativa, dok pronalazač pravnog pravila sam konstruira ta pravila;
c) diskrecijska ocjena je svjesno podijeljena od strane zakonodavca.

Rajko zaključuje da postoje dva glavna elementa koji razlikuju tri izložena oblika nevezanosti:

- izbor između više alternativa
- apstraktno ili strogo konkretno postupanje

Po oba je elementa diskrecijska ocjena u opreci s tumačenjem, dok s pronalaženjem pravnog pravila ima zajednički element izbora između više alternativa. Tumačenje i pronalaženje pravnog pravila podudaraju se prema elementu apstraktnog postupanja. Praktična važnost razlikovanja dolazi do izražaja kod sudske kontrole nad upravom: kod diskrecijske je ocjene ona uglavnom isključena, dok tumačenje ulazi u okvir ispitivanja zakonitosti. Za pravnu narav diskrecijske ocjene bitno je: da je riječ o ovlaštenom izboru između više alternativa koje su generalno i apstraktno unaprijed određene kao jednako vrijedne, te da se biranje obavlja strogo konkretno i individualno od slučaja do slučaja, prema shvaćanju tijela koje obavlja diskrecijsku ocjenu.

Prema Rajku, diskrecija se ponekad pogrešno poistovjećuje i s nekim drugim pojavama: arbitrarnošću; situacijom u kojoj se zakonodavac ustegne od postavljanja apstraktnog pravila za sve jednake slučajeve, ali se pritom obraća nekome trećem čimbeniku, po čijem pravilu se uprava treba voditi; popunjavanjem pravnih praznina; tehničkom ocjenom; slobodnom ocjenom dokaza; subjektivnim djelovanjem uopće i/ili s faktičnom nemogućnošću zakonske kontrole takvog djelovanja. Iističe da je nekadašnje široko shvaćanje diskrecijske ocjene u starijoj teoriji pogrešno jer se temelji na dvjema bitnim greškama - pogrešnom shvaćanju uprave kao načelno pravom nevezane ili vrlo slabo vezane djelatnosti te na poistovjećivanju diskrecijske ocjene sa slabijom normnom vezanošću uopće. (RAJKO, 2007.)

U pogledu arbitrarnosti, nailazimo na razliku u teorijskim razmišljanjima starijeg i novijeg vremena. Tako Krbek kod oblika slabije vezanosti pravnom normom navodi i četvrti oblik - arbitrarnu odluku, kao najjači tip pravne nevezanosti te smatra da ona nema svoje mjesto u modrenoj pravnoj državi, dok Ivančević arbitrarnu odluku naziva legaliziranom samovoljom te ju obrazlaže kao *"područje slobodnog djelovanja na temelju zakonskog ovlaštenja kod kojeg se donositelju odluke u konkretnom slučaju ostavlja da određenu svrhu ostvari sredstvima koja su stvar njegove osobne volje (arbitrarno određivanje tijeka usmene rasprave, a osobito redoslijeda izvođenja dokaza u upravnom postupku, primjerice)".*

2.2.2. Objekti diskrecijske ocjene

Upotrebom diskrecijske ocjene pri izboru danih mogućnosti, nadležno tijelo odlučuje o pravima i obvezama stranaka. U upravnoj stvari[8] slobodna ocjena ulazi u sadržaj upravnog akta - nalazi se u dispozitivu kao njegovu najvažnijem dijelu. Objekti diskrecijskog odlučivanja su *materijalnopravna pitanja* u aktu[9]. Tijelu tako može biti ostavljeno da prema slobodnoj ocjeni odluči *hoće li* stranci dodijeliti neko pravo ili ga oduzeti, hoće li naložiti neku obvezu ili osloboditi stranku od obveze. Također može diskrecijski odlučiti *kako* će definirati prava odnosno obveze. Pravna norma može i za određenu upravnu stvar kumulirati *obje* ove diskrecijske ovlasti, pa će u tom slučaju tijelo koje odlučuje istovremeno odlučivati npr. da li će uvažiti zahtjev stranke i na koji način.

U prvom slučaju pravna norma ovlašćuje donosioca upravnog akta da slobodno odluči hoće li podijeliti određene ovlasti ili ne, a kad već odluči kako postupiti, onda mu glede sadržaja akta koji donosi norma propisuje kako treba postupiti.

---

[8] ZUP člankom 2. definira upravnu stvar kao *„svaku stvar u kojoj javnopravno tijelo u upravnom postupku rješava o pravima, obvezama ili pravnim interesima fizičke ili pravne osobe ili drugih stranaka, neposredno primjenjujući zakone, druge propise i opće akte kojima se uređuje odgovarajuće upravno područje. Upravnom stvari smatra se i svaka stvar koja je zakonom određena kao upravna stvar."*

[9] iako postoje izvjesne situacije u kojima se diskrecijski odlučuje i o pitanjima procesnopravne prirode - o tome više dalje u radu

U drugom slučaju pravna norma ostavlja slobodu sadržaju akta (koji odgovara na pitanje "kako"), ali njegovog donosioca veže u pitanju "da li" (npr. kad je inspekcijsko tijelo dužno pokrenuti postupak i izdati rješenje, ali može slobodno birati mjere koje će primijeniti radi zaštite javnog interesa).

U trećem se slučaju oba pitanja rješavaju slobodnom ocjenom. Opseg diskrecijskih ovlasti najširi je u ovoj trećoj varijanti, iako se ona rijetko susreće. Pri uspoređivanju prvih dviju uzima se da je ovlast *„da li"* za vršitelja diskrecijske ocjene šire od ovlasti *„kako"*. (BORKOVIĆ, 1997.)

Kada tijelo odlučuje diskrecijskom ocjenom između pravno jednako vrijednih ponuđenih mogućnosti, ono mora procijeniti koju će normu prava primijeniti - prema načelu svrsishodnosti (oportuniteta). To podrazumijeva vaganje javnih interesa s jedne i prava pojedinaca s druge strane, obzirom da uprava djeluje u javnom interesu, a mora povesti brigu i o zaštiti prava stranke.

2.2.3. Objekti izuzeti iz dosega diskrecijske ocjene

Prema ustaljenom pravnom shvaćanju u pravnoj znanosti, predmet slobodne ocjene ne može biti: nadležnost, ostvarenje zakonske svrhe, pravila postupka, način utvrđivanja činjeničnog stanja i oblik upravnog akta. Objekte izuzete iz dosega instituta diskrecijske ocjene promotrit ćemo na primjeru primjene Općeg poreznog zakona (NN 115/16, dalje: OPZ), s aspekta posebnog upravnog postupka. (prema KRILETIĆ, 2012.)

a) nadležnost

Odredbe sadržane u OPZ-u, među ostalim, uređuju i nadležnost poreznih tijela (stvarnu i mjesnu) u postupku ubiranja poreza, na način da lokalni porezi (koje ubire Porezna uprava) predstavljaju prenošenje nadležnosti temeljem ugovora kojeg ne sklapaju porezni obveznici već lokalne/područne vlasti (glede određenog poreznog oblika), što znači da se odnosi na neodređeni broj poreznih obveznika. Ako je u pitanju istovremena nadležnost više poreznih tijela, porez utvrđuje ono porezno tijelo koje je prvo pokrenulo postupak i ovdje

nema slobode izbora. U slučaju promjene mjesne nadležnosti obvezatan je ustup predmeta ako će se time bitno olakšati položaj poreznog obveznika u postupku. Prema tome, pitanje nadležnosti uređeno je na način da nema mjesta slobodnom odlučivanju u pojedinačnom slučaju.

b) ostvarenje zakonske svrhe

Kako je još davne 1955. godine zapisao Krbek *"pravo je sredstvo, a za svakim sredstvom stoji svrha. Uprava koja primjenjuje pravo i zbog toga tumači pravne propise, mora u prvom redu da utvrdi smisao i cilj ili svrhu tih pravnih propisa. Neki je pravni propis tek onda pravilno primijenjen, ako primjena odgovara njegovoj svrsi ili cilju. Zato može nezakonitost postojati u samom cilju ili svrsi, jer je uprava donijela odnosni akt s drugim ciljem ili s drugom svrhom, nego što je ima sam zakon.*" Tako je Krbek opisao ono što nazivamo zloupotrebom ovlasti ili greškom u cilju/svrsi akta. Na primjeru poreznog tijela, pri odlučivanju prema slobodnoj ocjeni, ono mora uzeti u obzir i socijalne, gospodarske i druge prilike poreznog obveznika (koje su mu poznate), pa se odluka donosi u pomirbi javnog i privatnog interesa. Pri tomu ne smije doći do zloupotrebe ovlasti u smislu motiva koje zakonodavac nije imao na umu kad je dao ovlast. Svrha sadržana u zakonskoj normi može biti izričito navedena ili se do nje dolazi tumačenjem pravne norme. Nedostaje li pravna norma, donositelj upravnog akta ne smije popuniti pravnu prazninu na način da izmisli svrhu koja bi prema njegovom shvaćanju odgovarala javnom interesu, jer se greška u svrsi smatra materijalnom povredom zakona. (KRILETIĆ, 2012.) U teoriji se uvijek iznova ponavlja ista konstanta - treba postojati ovlast za vršenje slobodne ocjene, ona mora biti u granicama dane ovlasti i u skladu sa svrhom u kojoj je ovlast podijeljena.

c) pravila postupka i utvrđivanje činjeničnog stanja

Procesna pravila nisu u domeni slobodne ocjene u poreznim stvarima, te je prije donošenja rješenja potrebno pravilno provesti postupak, kao i ovršni postupak u slučaju da porezna obveza ne bude dobrovoljno izvršena. Međutim, postoje i slučajevi gdje porezno tijelo može odlučiti primjenom slobodne ocjene i u primjeni pravila postupka. Naime, članak 92. OPZ-a sadrži odredbe o procjeni porezne osnovice, te stavkom 5. izričito stipulira

"porezno tijelo po slobodnoj ocjeni odlučuje koje će mjerilo ili više njih, iz stavka 3. i 4. ovoga članka, koristiti za procjenu porezne osnovice." [10] Odluka se može donijeti nakon što se u postupku točno i potpuno utvrdi činjenično stanje, a sam način utvrđivanja činjeničnog stanja stvar je slobodne ocjene dokaza. (Ibid.)

d) oblik upravnog akta

OPZ propisuje oblik i sadržaj svakoga poreznog akta, pa i onog kojim se odlučuje o pojedinačnim pravima i obvezama iz poreznopravnog odnosa, te određuje da se donosi u pisanom ili usmenom obliku, ali i nakon usmenog akta mora slijediti pisana odluka. Također je propisan obvezatni sadržaj poreznog akta, iz čega nužno slijedi isključenje diskrecije.

2.2.4. Slobodna ocjena vs. slobodna ocjena dokaza

Istraživanjem provedenim za potrebe pisanja ovog rada[11], profilirala se bitna pogreška[12] u poistovjećivanju dva sasvim različita instituta sličnog naziva - slobodne ocjene s

[10] Čl. 92. st. 3. OPZ-a glasi: *"Pri utvrđivanju porezne osnovice procjenom, porezno tijelo polazit će od: 1. raspoložive uredne poslovne dokumentacije, ako ona postoji a nije proknjižena, 2. raspoložive uredne poslovne dokumentacije o poslovanju u određenom razdoblju kraćem od razdoblja oporezivanja (dnevnim, tjednim ili mjesečnim primicima), tako da se na temelju podataka o tom dijelu poslovanja procijeni porezna osnovica određenog razdoblja, 3. podataka i činjenica o ostvarenim primicima (dnevnim, tjednim ili mjesečnim) utvrđenih očevidom ili poreznim nadzorom, tako da se na temelju tih podataka procijeni porezna osnovica određenog razdoblja, 4. usporedbe iskazanih primitaka s primicima drugih poreznih obveznika koji obavljaju istu djelatnost na istoj ili sličnoj lokaciji ili usporedbe s prosječnim primitkom više poreznih obveznika iste djelatnosti na istoj ili sličnoj lokaciji, 5. podataka o mogućnostima isporuka dobara ili obavljanja usluga (instaliranog kapaciteta), utvrđenih očevidom ili inspekcijskim nadzorom."* , a stavak 4. istog članka: *"Ako Porezna uprava na temelju prikupljenih podataka utvrdi da fizička osoba raspolaže imovinom ili sredstvima za privatnu potrošnju koja višestruko premašuje primitke što ih je fizička osoba ostvarila tijekom godine, Porezna uprava pozvat će fizičku osobu da dostavi dokaze o izvorima stjecanja imovine. Ako se fizička osoba ne odazove pozivu Porezne uprave ili ne dostavi vjerodostojne dokaze o izvorima stjecanja imovine, Porezna uprava procjenom će utvrditi osnovicu poreza na dohodak fizičke osobe."* - tako je zakonodavac izložio mjerila koja tijelo *može* koristiti za procjenu porezne osnovice

[11] obrazloženo u 6. poglavlju

jedne, i slobodne ocjene dokaza s druge strane. Time se postavlja važnim prikazati pravilno poimanje oba instituta.

U upravnom postupku, *slobodna ocjena dokaza* je pravilo, a diskrecijska ocjena iznimka temeljena posebnim propisom. Slobodna (diskrecijska) ocjena primjenjuje se kod rješavanja pravne stvari (najčešće upravne), tj. odlučivanja o meritumu odnosne stvari, na način dosad podrobno opisan ovim radom. S druge strane, *slobodna ocjena dokaza* načelo je općega upravnog postupka, primjenjivo prilikom utvrđivanja odlučnih činjenica. Ono predstavlja instrument utvrđivanja odlučnih činjenica te prethodi supsumiranju tih činjenica pod mjerodavne odredbe materijalnog prava (pod zakonski predviđeno činjenično stanje), kao podloge za rješavanje upravne stvari. Koje će činjenice i okolnosti uzeti kao dokazane utvrđuje službena osoba slobodnom ocjenom, na temelju savjesne i brižljive ocjene svakog dokaza posebno i svih dokaza zajedno, te na temelju rezultata cjelokupnog postupka (kako propisuje članak 9. stavak 2. ZUP-a – načelo slobodne ocjene dokaza). Slobodna ocjena dokaza podrazumijeva primjenu *slobodne dokazne maksime*[13], a ne arbitrarnu, neograničenu slobodu pri selekciji i ocjeni dokaza (dok primjena *formalne dokazne maksime*[14] mora biti izrijekom propisana specijalnim zakonom). Kada službena osoba slobodno ocjenjuje dokaze raspoložive u spisu predmeta upravnog postupka, pri tome ne provodi slobodnu (diskrecijsku) ocjenu. (RAJKO, 2016.)

[12] pogreška time dobiva na težini što je primijećena čak i kod osoba formalnog pravnog obrazovanja

[13] u teoriji prava podrazumijeva da službena osoba samostalno odlučuje koje će činjenice utvrđivati kojim dokaznim sredstvima i koje će činjenice uzeti kao dokazane, a sukladno načelima samostalnosti i slobodne ocjene dokaza

[14] karakteristična je za starije posupke; pritom je zakonom propisano koja dokazna sredstva valja koristiti za utvrđivanje određene činjenice. Takvo djelovanje izuzima subjektivnost na način da je osobno uvjerenje službene osobe nebitno te se samo konstatira postojanje određenih dokaznih sredstava.

3. EVOLUCIJA INSTITUTA DISKRECIJSKE OCJENE

Razvoj diskrecijske (slobodne) ocjene najprije ćemo sagledati kroz povijesnu prizmu razvoja uprave, što će doprinijeti razumijevanju kompleksnosti ovog instituta. Pitanje do koje granice treba ići pravno normiranje djelatnosti državne uprave, odnosno gdje treba primjenjivaču pravne norme ostaviti određenu slobodu pri odlučivanju, postaje aktualno tek nakon raspada feudalnog sustava, od vremena razvoja modernih država te uspostavljanja građanskih demokracija.

Međutim, o samoj upravi i problemima koji iz njezine složenosti izviru, govorilo se i pisalo još od vremena starogrčkih filozofa. Tako već kod Platona nailazimo na promišljanja o upravljanju državom - u početnim razmatranjima smatra kako je bolje za državu da načela razbora oživotvoruju državnici koji su slobodni od zakona, nego da to čine posredstvom pisanih zakona. No, zreliji i stariji Platon mijenja iz temelja ovo svoje ranije stajalište, i, obzirom da nema takvih apsolutno idealnih ljudi, smatra da je za ljudsku zajednicu potreban izgrađen sustav zakona. Aristotel u dilemi je li bolje da vlada najbolji čovjek ili najbolji zakon, s najvećom odlučnošću bira zakon. (KRBEK, 1937.)

Policijsko-apsolutističke države kasnog feudalizma oblikuju čvrst upravni aparat, čime se javljaju i određena pravila koja okvirno reguliraju opća načela njegova djelovanja. Ta su pravila ograničenog karaktera jer ne predstavljaju obvezatne pravne norme već djeluju instrukcijski, a građani se na njih ne mogu pozivati jer ona primarno niti ne uređuju odnos uprave i građana. Opća karakteristika države tog tipa jest odsustvo načela zakonitosti u području upravne djelatnosti, koja time sama pronalazi razloge za opravdanje vlastite funkcije. U odnosu prema građanima uprava djeluje *via gratia*, putem slobodnog (diskrecijskog) postupanja, te osnovnu polugu u autoritativnom istupanju uprave pri odlučivanju o pravima i obvezama pojedinaca čine slobodni, diskrecijski, pravno nevezani upravni akti. No, kako bi ovako ustrojena uprava mogla najbolje ostvarivati svoju funkciju, uskoro su se formirale posebne kameralne ili policijske nauke, a koje su utvrdile opća načela za djelovanje uprave[15]. Postupnim razvojem takvih propisa postavlja se temelj ideji pravne

[15] u to vrijeme nastaju i prve knjige o državnoj upravi; kameralisti su tako prvi specijalisti teoretičari uprave

države vezane *načelom zakonitosti*, a što će u području državne uprave imati dalekosežne posljedice i pokazati se kao ključni momentum u podvođenju uprave pod pravo. Upravo se provođenjem načela legaliteta ograničava diskrecija upravnog aparata, čime jača zaštita prava i interesa građana, prema kojima uprava gubi samovoljnu primjenu monopola prinude. Nakon francuske revolucije 1789. dolazi do formiranja tzv. pravne države buržoaskog tipa koju karakterizira prihvaćanje načela zakonitosti i podvođenje uprave pod pravo. Značajne pomake postiže se u 19. stoljeću dolaskom kapitalističke klase na vlast i uspostavom ustavnih monarhija. Ovdje je važno istaknuti da ideja vezanja uprave ustavom i zakonima kao normama nametnutim izvana, odražava progresivni politički karakter. Preuzimajući političku vlast, građanska klasa nastoji izaziti primat zakonodavnog tijela u odnosu na upravu kako bi ju također podvrgla vlastitoj volji. (BORKOVIĆ, 1997.) Do polovine 19. stoljeća došlo je i do drugih važnih institucionalnih inovacija: ostvarena je trodioba vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku te se uspostavlja međusobna kontrola triju vlasti. Time dolazi do ustrojavanja i učvršćivanja sudske kontrole nad upravom, posebno kontrole nad njenim pojedinačnim aktima, a pravna se teorija od tada zalagala za to da se sudska kontrola protegne i na akte upravnih tijela donijetih prema diskrecijskoj ocjeni. Ipak, najosjetljivije područje primjene načela zakonitosti u odlučivanju uprave o pojedinačnim obvezama i pravima građana, zakonska je regulacija u to vrijeme zahvatila tek djelomično. Prvi su zakoni o općem upravnom postupku koji reguliraju razne postupovne korake i radnje u upravnim predmetima doneseni tek nakon I. svjetskog rata (KOPRIĆ et al, 2014.)

Kako bismo dobili bolji uvid u konkretni razvoj instituta diskrecijske (slobodne) ocjene, u nastavku ćemo analizirati pojavne oblike na primjeru Francuske, Njemačke i Velike Britanije zbog specifičnosti pravnih sustava svake države, te teorijska razmatranja o zadanom pojmu u sustavu angloameričkog prava, kao i prava Europske unije.

3.1. SLOBODNA OCJENA U FRANCUSKOM PRAVU

U Francuskoj su nastali prvi oblici upravnih sudova (*tribunaux administratives*) i upravnog spora (*le contentieux administratif*), postavljajući primjer koji su kasnije slijedile i druge zemlje europskog kontinenta, a praksa Državnog savjeta (*Conseil d'Etat*) imala je

stvaralačku ulogu u razvoju cjelokupnog upravnog prava, pa tako i instituta diskrecijske ocjene. Francuska teorija upravnog prava odigrala je značajnu ulogu u razvoju tog instituta u pravcu usklađivanja potreba uprave sa zahtjevima pojedinaca za pravnom zaštitom.

U francuskom upravnom pravu, pod diskrecijskom ovlašću označava se sloboda odluke i akcije koju uživa egzekutiva u skladu s pravom; ona postoji uvijek kad nosilac vlasti djeluje slobodno, a da pritom ne vlada, uz utemeljenost takvog djelovanja na prethodno postojećoj pravnoj normi. Bit diskrecijske ocjene i važan element slobode odlučivanja koju uživa uprava jest njena ovlast procjenjivanja svrsishodnosti (*opportunité*) pojedine odluke. Postoje pokušaji određivanja pojma i biti instituta diskrecijske ovlasti kroz problem tzv. vezane vlasti (*pouvoir lié*). Naime, vezana vlast postoji kad god pravna norma propisuje koja odluka, u zadanim okolnostima, mora biti donijeta.[16] Dakle, u slučaju potpuno vezane vlasti nema diskrecijskih ovlasti. (AVIANI, 1998.)

U francuskoj teoriji diskrecijska ovlast predstavlja jedan od oblika ublažavanja prisile pravne norme kojom se regulira djelovanje uprave. Dva su najznačajnija slučaja slabije pravne vezanosti uprave: prvi, slučaj "iznimnih stanja" (*circosances exceptionnelles*), i drugi, kad su u pitanju tzv. "akti vlade" (*actes de gouvernement*). U slučaju iznimnih stanja tijelo uprave može, radi zaštite javnog interesa odnosno radi otklanjanja uzroka i umanjenja štetnih posljedica takvog stanja, odstupiti od primjene prava koje vrijedi za redovne situacije i poduzimati one mjere za koje drži da su primjerene datoj situaciji. U drugom slučaju, kada se ne radi o upravnim aktima nego o tzv. aktima vlade[17], stajalište je francuske teorije i sudske prakse, osobito prakse Državnog savjeta, da vladine mjere nisu predmet sudske kontrole, pa ne mogu biti ni obuhvaćene tužbom, čime se ublažava pravna vezanost egzekutive. (Ibid.)

Obzirom da su upravni sudovi u francuskom pravu ovlašteni povodom tužbe u upravnom sporu ocjenjivati zakonitost upravnog akta, a tako mogu ocjenjivati i zakonitost

[16] to je obveza uprave da u određenim činjeničnim okolnostima donese točno određenu odluku ili poduzme točno određenu mjeru, bez mogućnosti vršenja izbora takvih odluka i mjera između više alternativa, a sve to uz utemeljenost takvog djelovanja na prethodno postojećoj pravnoj normi.

[17] francuski slučajevi "akata vlade" ne predstavljaju jedinstveni pojam, već slučajeve koji su iz raznih političkih razloga izuzeti od upravnosudske kontrole

akta u kojem je odlučeno o nečijim pravima i dužnostima vršenjem diskrecijske ocjene. Institut upravnosudske tužbe (*recours pour excès de pouvoir*) nastao je iz sudske prakse Državnog savjeta, a zakonodavac je taj institut naknadno jednostavno priznao bez njegovog detaljnijeg normiranja. Slijedom toga, ostavljena je i široka mogućnost za njegovu daljnju evoluciju putem sudske prakse. Povodom upravnosudske tužbe sud može stavljati izvan snage akt iz četiri razloga:

- nenadležnosti (i*ncompetence*)
- formalne greške (*vices de formes*)
- povrede "stečenog prava" (*la violation de la loi*)
- nezakonitosti u cilju (*détournement de pouvoir*)

Kad sud povodom tužbe ustanovi da jedan akt nije zakonit (iz bilo kojeg od navedenih razloga), bez obzira što takav akt može sadržavati diskrecijsku ocjenu - stavit će ga izvan snage. Izvan tih razloga, sud ne može upravni akt stavljati izvan snage. Dakle, predmet upravnosudske kontrole ne može biti svrhovitost odnosno primjerenost izabrane alternative prilikom vršenja diskrecijske ocjene.

Za sudsko ocjenjivanje zakonitosti upravnog akta koji sadrži diskrecijsku ocjenu, najinteresantnija je nezakonitost u cilju - *détournement de pouvoir* (u prijevodu: "izigravanje ovlasti", "iskrivljavanje cilja"). Nezakonitost se ne sastoji u tome što je akt donesen u drugom cilju ili s drugom svrhom, nego što je imao biti donijet prema objektivnom pravnom poretku. Francuska teorija upravnog prava u razmatranju takve nezakonitosti kreće od postavke da javni službenik obavlja svoje ovlasti u interesu valjanog funkcioniranja javne službe. Motiv kojim se javni službenik treba rukovoditi kad u okviru svojih ovlasti obavlja diskrecijsku ocjenu, jest valjano funkcioniranje javne službe, dok službenik koji ide za drugim ciljem prekoračuje svoju ovlast, tako da akt postaje nezakonit zbog nezakonitog motiva njegovog donošenja. No, postavlja se pitanje smiju li sudovi ispitivati unutarnje, subjektivne motive donosioca onog akta koji je po svojim vanjskim obilježjima zakonit. Većina francuskih pravnih teoretičara (npr. Rivero, Waline i dr.) ispitujući u čemu leži specifičnost nezakonitosti u cilju prema ostala tri razloga kasacije povodom upravnosudske tužbe, nalazi razliku u tome što je ostale greške moguće lakše utvrditi analizom samog zakonskog teksta, dok se u ovom

slučaju treba mnogo dublje zahvatiti u sam *ratio legis* propisa koji se neposredno primjenjuje putem upravnog akta. Za razumijevanje instituta *détournement de pouvoir* iznimno je važna okolnost da sudovi prilikom ispitivanja motiva donošenja akta obavljaju čistu kontrolu legaliteta. Obzirom da ciljevi nisu uvijek jasno određeni pravnom normom, bilo je nužno putem pravne prakse iznaći korektiv koji bi onemogućio prekoračenje sudske ovlasti kontrole legaliteta. Državni savjet utvrđuje ovu nezakonitost na osnovi samog akta koji se pobija: *détournement de pouvoir* treba proizlaziti iz samog akta ili iz spisa predmeta, a može se i indirektno zaključiti o njegovom postojanju iz sveukupnih okolnosti u kojima se osporavani akt donosio. Stoga nije dopušteno saslušavanje javnog službenika koji je donio akt, kao niti svjedoka. Tako je Državni savjet sebi dredio sebi granice ispitivanja upravnog akta koji sadrži diskrecijsku ocjenu. (AVIANI, 1998.)

3.2. SLOBODNA OCJENA U NJEMAČKOM PRAVU

U njemačkoj pravnoj teoriji značajna se pažnja posvećuje problemima ustavnog i zakonskog ograničavanja slobode djelovanja izvršne vlasti. Stoga je prisutno i veliko zanimanje njemačkih teoretičara za problem diskrecijske ili slobodne ocjene *(das frei Ermessen*), iz razloga što ovlast uprave na vršenje takve ocjene zadire u sam bit odnosa izvršne, zakonodavne i sudbene vlasti. Na teorijski pristup institutu diskrecijske ocjene utjecao je specifični ustavnopravni razvoj Njemačke. U starijoj njemačkoj pravnoj teoriji institut diskrecijske ocjene se promatrao se s aspekta djelotvornosti uprave, pa se općenito smatralo da je određena (relativno velika) sloboda u djelovanju uprave neophodna za uspješno i djelotvorno ostvarenje njezine uloge u državi. Nadležnost upravnih sudova u starijem njemačkom pravnom sustavu bila je uža u usporedbi s npr. nadležnošću francuskog *Conseil d'Etat*. Raniji južnonjemački zakoni određivali su nadležnost upravnog suda u pravilu enumerativno[18], posljedično čemu znatan broj upravnih akata kojima se odlučivalo prema diskrecijskoj ocjeni nije mogao biti podvrgnut upravnosudskoj kontroli. Širenje ideje pravne države i njezin razvoj utjecali su na pristup institutu diskrecijske ocjene. Pravni se razvoj tog instituta neminovno kretao u pravcu širenja sudske kontrole nad aktima uprave i pravnog ograničavanja slobode uprave. Time je i šire podijeljivanje ovlasti uprave na odlučivanje

[18] iscrpnim nabrajanjem; oprečni pojam je generalna klauzula

prema diskrecijskoj ocjeni dobivalo u teoriji određeni negativan prizvuk. Političko stanje Trećeg Reicha, sa svojim stalnim naglašavanjem potrebe jake i djelotvorne uprave, nije više bilo plodno tlo za daljnji razvoj dotadašnje koncepcije diskrecijske ocjene. U tom periodu državna je uprava uživala prekomjernu moć, dok su upravni sudovi imali samo simboličnu ulogu. Dakle, s Trećim Reichom došlo je do svojevrsnog diskontinuiteta u teorijskom razvoju instituta diskrecijske ocjene. Napori u poslijeratnom periodu da se izgradi ustavna država i težnja da se uprava što potpunije ograniči pravom, rezultirali su stajalištem da je ovlast uprave na diskrecijsku ocjenu element stran ustavnom sustavu i da je takva ocjena nepotrebno sredstvo za postizanje fleksibilnosti uprave. Rezerviranost prema mogućnosti slobodnijeg djelovanja uprave posljedično donosi sužavanje kruga pitanja u kojima uprava može odlučivati vršeći diskrecijsku ocjenu u njemačkom upravnom pravu. (AVIANI, 1998.)

Prema Temeljnom zakonu Savezne Republičke Njemačke iz 1949. godine, (koji zapravo predstavlja njezin Ustav) svatko ima pravo podnijeti tužbu redovnom ili drugom nadležnom sudu zbog povrede svojih prava od strane javne vlasti. Za način vršenja diskrecijske ocjene i za ovlasti suda u kontroli akata koji su donijeti prema diskrecijskoj ocjeni od velikog su značenja određene odredbe Zakona o upravnom postupku i Pravilima postupanja upravnih sudova. Prema Zakonu o upravnom postupku, tijela javne vlasti moraju obavljati diskrecijsku ocjenu u skladu sa svrhom u kojoj im je takva ovlast povjerena i u skladu sa pravnim normama. Granice sudskog ispitivanja upravnih akata donijetih prema diskrecijskoj ocjeni određene su Pravilima postupanja upravnih sudova, prema kojima upravni sud ispituje zakonitost vršenja diskrecijske ocjene u oba njena aspekta: sukladnost sa svrhom u kojoj je ovlaštenje dano i sukladnost s pravnim normama.

Posebna je pažnja u njemačkoj pravnoj teoriji posvećena raspravi o "neodređenim pojmovima" (*unbestimmte, dehnbare Begriffe*) kojima se služi zakonodavac, a koji se odlikuju izvjesnom neodređenošću i rastezljivošću (npr. "opća korist", "javni interes", "vrijeđanje ćudorednog ili religioznog odnosa", "opasnost po javnu sigurnost" i dr.). Norma koja sadrži "neodređeni pojam" ostavlja primjenjivaču određenu slobodu subjektivne procjene o tome može li se utvrđeno činjenično stanje podvesti pod takav pojam. Postavlja se pitanje, daje li zakonodavac "neodređenim pojmom" dao ovlast upravi da odlučuje prema diskrecijskoj ocjeni. Tako se u teoriji povela burna rasprava na tu temu. Prema jednom

stajalištu, "neodređeni pojam" sam po sebi daje ovlast na vršenje diskrecijske ocjene, zbog čega nije moguća njegova upravnosudska kontrola. Prema suprotnom stajalištu, pravi se smisao "neodređenog pojma" treba utvrditi interpretacijom pravne norme, pa je odluka koja se donosi u potpunosti pravno vezana, što ima za posljedicu da "neodređeni pojam" podliježe upravnosudskoj kontroli. Opreka između ta dva ekstremna stajališta najjasnije je došla do izražaja u austrijskoj teoriji i to osobito u polemici Bernatzik - Tezner. Bernatzik je branio tezu o nemogućnosti upravnosudske kontrole, smatrajući da bi upravni sud u slučaju ispitivanja "neodređenog pojma" izašao iz okvira pravne kontrole (*revisio in iure*) i preuzeo ulogu svojevrsnog najvišeg upravnog organa. Tezner je, naprotiv, smatrao da je utvrđivanje "neodređenog pojma" pravno, a ne činjenično pitanje (*revisio in facto*), te primjenjivač pravne norme koja sadrži "neodređeni pojam" treba interpretacijom utvrditi volju zakonodavca, što znači da pogrešna interpretacija takvog pojma za sobom povlači i nezakoniti pojedinačni akt, pa upravni sud može u ocjenjivanju zakonitosti tog akta ispitivati i "neodređeni pojam". Dakle, prema stajalištu Teznera,"neodređeni pojam" ne daje ovlast na odlučivanje prema diskrecijskoj ocjeni već predstavlja pravno vezani dio upravnog akta. Između ta dva oprečna stajališta našli su se i kompromisi. Tako je npr. Walter Jellinek smatrao da značajka diskrecijske ocjene leži u "neodreenom pojmu", ali da svaki "neodređeni pojam" u pravnoj normi ne znači još pravo primjenjivača te pravne norme na diskrecijsku ocjenu. Bühler smatra da kod "neodređenih pojmova" upravna vlast u pravilu nema slobodnu ocjenu, već su takvi pojmovi prinudna pravna pravila. (KRBEK, 1937.)

U najnovijoj njemačkoj pravnoj teoriji, sužavanje područja diskrecijske ocjene u korist pravne vezanosti dovelo je do svojevrsne protureakcije. Izvode se zaključci da sve detaljnije zakonodavstvo u sve više područja društvenog života ne mora samo po sebi garantirati građanima veći stupanj zakonske zaštite i pravde. Isprovocirana maksimalnim vezivanjem uprave pravnim normama pojavila su se i shvaćanja da prekomjernost zakonskih i drugih pravnih normi zapravo smanjuje mogućnost da uprava osigura ispravnu ravnotežu interesa u pojedinačnim slučajevima. (AVIANI, 1998.)

3.3. SLOBODNA OCJENA U PRAVU UJEDINJENOG KRALJEVSTVA

U britanskoj pravnoj teoriji nailazimo na dugotrajni rezervirani pritup prema davanju diskrecijskih ovlasti *("discretionary power")* javnoj upravi. Klasična teorija ustavnog prava smatrala je da šire podijeljivanje diskrecijskih ovlasti nije spojivo s načelom vladavine prava *("rule of law").* Danas se diskrecijska ocjena prihvaća kao neophodan instrument javne uprave u obavljanju svojih poslova. Stoga teorija ističe zahtjev da područje diskrecijske ocjene treba biti pravom regulirano, odnosno ograničeno. Sudska praksa zadržava mišljenje da načelo vladavine prava vrijedi i kad je u pitanju institut diskrecijske ocjene[19]. Obavljajući kontrolu akata koje donosi javna uprava, tijekom dugogodišnje prakse izgrađeni su određeni standardi kojih se uprava mora pridržavati kad vrši diskrecijsku ocjenu, pa je tako sudska praksa odigrala stvaralačku ulogu u razvoju instituta diskrecijske ocjene[20]. Postoje dva temeljna ograničenja slobode prilikom vršenja diskrecijske ocjene. Prvo, vršenje diskrecijske ocjene treba biti *"intra vires",* u okvirima pravnih ovlasti subjekta koji vrši diskrecijsku ocjenu (ograničenje se odnosi na materijalni sadržaj odluke diskrecijske ocjene). Drugo, diskrecijska se ocjena treba vršiti sukladno načelu *"natural justice",* dakle pravično, što podrazumijeva ograničenje procesne prirode i odnosi se na postupak koji prethodi donošenju takve odluke. Kada utvrđuju da li je vršenje diskrecijske ocjene *"intra"* ili *"ultra vires",* odnosno da li je povrijeđeno načelo *"natural justice",* sudovi provode kontrolu legaliteta vršenja diskrecijske ocjene, a ne oportuniteta izabrane alternative, dakle je akt *"ultra vires"* nezakoniti akt.

a) slučajevi *"ultra vires"*

Ovi se slučajevi određuju putem sudske prakse - sudovi, vršeći kontrolu zakonitosti pojedinačnih akata uprave za svaki pojedini slučaj utvrđuju da li se može podvesti pod sličan slučaj o kojem je već ranije odlučeno ili predstavlja sasvim novi slučaj - presedan *("case law").* Britansko precedentno pravo stoga rezultira teškoćama ili čak nemogućnošću

[19] načelo vladavine prava ne zahtjeva eliminiranje ovlasti javne uprave na diskrecijsku ocjenu, već samo zahtjeva da se vršenje diskrecijske ocjene može podvrći sudskoj kontroli

[20] u britanskoj se teoriji ističe da sudovi trebaju primjeniti takve pravne standarde na način kojim se najbolje ostvaruje ravnoteža između efikasnosti uprave i pravne zaštite građana

odgovarajućeg teorijskog uopćavanja slučajeva, stoga britanska teorija upravnog prava ove slučajeve razmatra pojedinačno. Sudska je praksa izgradila brojna ograničenja u vršenju diskrecijskih ovlasti, a da pritom sudovi ne ulaze u pitanje oportuniteta već se ograničavaju na kontrolu legaliteta vršenja diskrecije. Nekoliko je glavnih slučajeva za koje se općenito drži da su "*ultra vires"*.

Prvi slučaj jest vršenje diskrecijske ocjene bez dovoljnog stupnja samostalnosti. Diskrecijska ocjena pretpostavlja slobodu izbora izmeu određenih alternativa. U slučaju da taj izbor ne bude slobodan, već na svojevrstan način iznuđen, smatra se da je doneseni pravni akt "ultra vires". Primjer takve situacije slučaj je vršenja diskrecijske ocjene "po diktatu" *(acting under dictation).*

Drugi slučaj podrazumijeva povredu pravila "*delegatus non potest delegare*"[21], a povreda tog pravila u uskoj je vezi s djelovanjem uprave "po diktatu". Svrha obaju pravila jest osigurati da diskrecijsku ocjenu obavlja onaj subjekt kojem je takva ovlast povjerena. Onaj kome je pravnom normom povjerena ovlast da odlučuje vršeći diskrecijsku ocjenu, nema ovlast daljnje delegacije tog prava ni višem niti nižem tijelu, pa čak niti tijelu iste hijerarhijske razine.

Treći i najčešći jest slučaj tzv. nerazborite odluke *(unreasonable).* Sudovi zauzimaju stajalište da parlament nije ovlastio upravu na nerazborito djelovanje. U tom je smislu svako nerazborito vršenje diskrecijske ocjene izvan povjerenih ovlasti nezakonito. Procjena djelovanja uprave kao nerazboritog ovisi od sudske interpretacije zakonskih normi koje daju ovlast na diskrecijsku ocjenu te uvjeta u kojima se takva ocjena vrši. Interpretiranje prilično neodređenog pojma *"unreasonable"* omogućava sudu određeni stupanj slobode u ocjenjivanju zakonitosti. No sudovi su tijekom svoje dugogodišnje prakse kontinuirano pokazivali visok stupanj opreza u procjeni nerazboritosti određene odluke upravne vlasti, iz razloga da kontrola zakonitosti ne bi *de facto* pretvorila u kontrolu svrhovitosti, čime bi došlo do prekoračenja granica svojih ovlasti.

[21] "delegirani ne može dalje delegirati" - jednom preneseno ovlaštenje ne može se dalje prenositi

Četvrti se slučaj javlja kad je akt donesen iz neprihvatljivih motiva *(''improper purposes''),* a to su slučajevi vrlo slični francuskom *détournement de pouvoir*.

Peti oblik pojavljuje se u smislu svakog zlonamjernog postupanja službenika izvan njegovih ovlasti, pa je i akt, koji je rezultat takvog postupanja nezakonit. Naime, akt kojim odlučuje o pravima i dužnostima određenog subjekta javni službenik mora donositi u dobroj vjeri ("*in good faith*"), postupajući dakle *in bona fidaem*.

Kao šesti slučaj ističe se neispravno utvrđenje činjenica - akt je "ultra vires" ukoliko nisu utvrđene sve relevantne činjenice i okolnosti. Ovoj kategoriji slučajeva pripadaju i oni koje britanska sudska praksa naziva *''irelevant consideration''* odnosno razmatranje nevažnih činjenica umjesto relevantnih.

b) načela *''natural justice''*

Kako su se razvijala načela "natural justice", sudovi su ustanovili određeni kodeks za pravični upravni postupak. Poštovanjem ovog načela zapravo se obavljaja kontrola zakonitosti postupka donošenja odluke, pa i onda kada javna uprava odlučuje primjenom diskrecijske ocjene. Kontrola poštovanja procesnih pravila dijeli primarni značaj s kontrolom sadržaja akta. "Natural justice" se može objasniti kao "prirodni osjećaj za pravo i krivo", a u tehničkom se smislu može izjednačiti s pravednošću i nepristranošću. U upravnom pravu pojam "natural justice" predstavljaju dva temeljna načela poštenog postupka:

- prvo - nitko ne može odlučivati u vlastitoj stvari *(nemo iudex in propria causa),*
- drugo - pravo saslušanja svake osobe o čijim se pravima odlučuje *(audi altera partem)*

Ona su afirmirana još u srednjevjekovnom *common law*-u, kada su se odnosila samo na rad sudova. Od 17. stoljeća sudovi su i od javne uprave također počeli zahtjevati da primjenjuje navedena načela - uvijek kada odlučuje o nečijim pravima i dužnostima, uključujući kada ima ovlast na diskrecijsku ocjenu. (AVIANI, 1998.; OSREČAK, 2010.)

3.4. DISKRECIJA U TEORIJI ANGLOAMERIČKOG PRAVA

Iz perspektive *američkog common law-a* svaka diskrecijska odluka mora odgovorati na dva pitanja. Prvo (nazvano "starim problemom diskrecije"), traži objašnjenje kako sudac može primjereno djelovati unutar pravnog sustava, ako je slobodan dati mnoge različite, pa čak izravno kontradiktorne odgovore. To je problem razgraničenja: kada je odluka unutar granica diskrecije, a kada se radi o arbitrarnosti (odnosno zlorabi diskrecije). Drugo pitanje ("novi problem diskrecije"), glasi: ako su sva pravna pravila barem formalno neodređena i suci uvijek moraju koristiti svoj "naslut", u čemu je razlika između doktrinarno priznate diskrecije (npr. odluke o kazni) od ostalih sudskih aktivnosti? Teorija diskrecijskog odlučivanja mora razlikovati diskreciju ne samo od arbitrarnih i slučajnih odluka, nego i od "normalnih" oblika odluka. (YABLON, 1988. interpretacija citata prema: RAJKO, 2007.)

Diskrecijsko je odlučivanje svakako nužno iz više razloga. Naime, da bi zakonodavstvo bilo toliko precizno da ubuduće predvidi sve slučajeve i detalje u primjeni određenog propisa - jednostavno nije moguće. Čak i kada bi bilo izvedivo sastaviti iznimno precizne propise, bilo bi vrlo teško postići sporazum unutar zakonodavnog tijela o svim detaljima takvog propisa. Potpuna eliminacija diskrecijskog odlučivanja donošenjem krutih propisa ignorirala bi temeljnu činjenicu da je uprava prije svega ljudska djelatnost. Suvremena regulacija traži specijalizaciju, stručnost, trajnost službe i fleksibilnost u uporabi različitih vještina koje se ne bi mogle primjenjivati unutar strogih okvira propisa. Diskrecijsko odlučivanje je nužno zbog činjenice da se tehnička stručnost neprekidno mijenja i razvija. Ono je također poželjno jer omogućuje individualizaciju u postupanju prema onima koji se obraćaju državnim tijelima, čime se izbjegava nepoželjna standardizacija. No, diskrecija donosi i svojevrsne opasnosti. Nema niti apsolutno pozitivne, niti apsolutno negativne korelacije između diskrecije i pravilnog odlučivanja. Potrebno je pronaći optimalnu točku u kojoj se susreću odgovarajuća i primjerena diskrecija s jedne strane, te propisi i standardi s druge. Rezultati provedene studije o Službi za imigraciju i naturalizaciju SAD-a[22], ukazuju na slijedeću problematiku: relativno nedefinirani temelji odlučivanja češće dovode do nekonzistentnih rezultata negoli kod potpuno definiranih temelja; stajalište Službe prema diskreciji periodično se mijenja; ekstenzivnost i uspješnost političkih intervencija izrazito

[22] a koja ima iznimno velika diskrecijska ovlaštenja

korelira s prisutnošću diskrecijskih ovlasti; službeno stajalište tijela o značenju diskrecije dopušta nekonzistentne rezultate; razlozi odbijanja zahtjeva diskrecijske naravi mnogo su češći od propisom potpuno određenih razloga; opovrgnuta je hipoteza da diskrecija rezultira jeftinijom i bržom upravom; postojanje diskrecijskih ovlasti nerazmjerno privlači političke intervencije; široko polje diskrecije u djelovanju službe uzrokuje nekonzistentnost, arbitrarnost i neefikasnost. (COOPER, 1988.; interpretacija citata prema RAJKO, 2007.)

U angloameričkoj pravnoj teoriji izvori diskrecije su sistematizirani na slijedeći način:

a) široka delegacija ovlasti

Zakonodavac često donosi propise jezičnog sadržaja pogodnog širokom tumačenju, pa se upravu time može ovlastiti da slobodno bira mjere na određenom području djelovanja. Zakonodavac također može donijeti propise o kontroli izbora koje obavlja uprava, ali takvi propisi su prilično općeniti te ne određuju jasno izbor u svakome pojedinom slučaju.

b) stručnost

području faktične (a neformalne moći) predstavlja edan od najvažnijih izvora upravne diskrecije. Radi se o stručnosti koju upravni službenici imaju na određenom području djelovanja. Znanstveno i tehnološko znanje daje određenu vlast onome tko ga posjeduje. Državna tijela sa sposobnim istraživačkim osobljem, koja znaju kako pribaviti tehničke informacije i koje koriste vanjske konzultante, imaju pri donošenju odluka na raspolaganju više opcija i fleksibilnosti.

c) iskustvo

Iskusni upravni službenik obično ima osjećaj kontinuiteta tijela u kojem radi. Poput tehničkestručnosti, iskustvo neizravno olakšava diskreciju, ono dopušta fleksibilnost, jer omogućava službeniku da zna što je izvedivo ili što može biti ispravljeno.

d) politička potpora

Kada državna tijela poduzimaju važne mjere koje široko utječu na interese u društvu, nužno privlače političku potporu ili otpor od skupina ili organizacija, koje se tim mjerama smatraju pogodovanima ili oštećenima.

Diskrecija u okvirima angloameričkog prava također poznaje tri teorijska modela donošenja odluka:

a) diskrecija kao vještina

Sasvim je razumljivo pitanje postoji li "ispravan odgovor" u diskrecijskim odlukama. Međutim, i potvrdan i negativan odgovor problematične su naravi. Ako *postoji ispravan odgovor*, kako je moguće da na isto pitanje bude opravdano više od jednog odgovora? Ako *nema ispravnog odgovora*, u čemu se diskrecijska ocjena razlikuje od nasumičnog odabira? Ovaj model tvrdi da postoji ispravan odgovor na razini prakse, mada je nemoguće izraziti bilo koji ključ ili pravilo po kojem se taj odgovor može odrediti. Dakle, neki oblici odlučivanja uključuju obavljanje prakse, prije negoli primjenu pravila. Je li takva ocjena loša ili neprimjerena, pokazat će se promatranjem rezultata odluke, iz čega će se zatim uočiti jesu li oni u skladu s društvenim očekivanjima kakva bi trebala biti primjerena odluka.

b) diskrecija kao ekspeditivnost

U ovom modelu postoji ispravan odgovor u teoriji, ali ne i u praksi - npr. donošenje odluka u vremenskim ograničenjima bez adekvatnih elemenata, najčešće kod privremenih odluka prije potpunog ispitivanja činjenica.Takve su diskrecijske ocjene opravdane ne zato što su konkretne, već zato što su dovoljno blizu preciznom određenju, razumne u tim okolnostima

c) diskrecija kao kreativnost

Model pretpostavlja da nema nikakvoga ispravnog odgovora koji prethodi donošenju diskrecijske ocjene, ali da se na takvu odluku ipak može gledati kao na korektnu ili

primjerenu. Koncept je inspiriran Kantovim zaključkom da je lijepo ono što bez pojma izaziva opće sviđanje, pa takve odluke kod kompetentnih pravnika izazivaju "opće sviđanje" bez da im je potreban pojam ili prethodno postojeći ispravni odgovor.

U angloameričkom pravu, na području diskrecijskog odlučivanja prisutna su razmatranja i o *negativnoj diskreciji*. U suvremenome upravnom okružju pozornost se premješta na situacije u kojima upravnici odbijaju djelovati, pa tako prevladava mišljenje da službenik treba odgovarati za nedjelovanje kao i za pogrešno djelovanje. Teorija navodi četiri temeljna oblika u kojima se pojavljuje negativna diskrecija (RAJKO, 2007.):

- odbijanje provođenja postupka utvrđivanja dokaza/donošenja odluka
- odbijanje donošenja pravila
- namjerno odgađanje djelovanja upravnog tijela
- stavljanje izvan snage postojećih uređenja

3.5. DISKRECIJSKA OCJENA U PRAVU EUROPSKE UNIJE

Već je prvim osnivačkim ugovorima[23] ostavljena ovlast pojedinim tijelima Zajednice, osobito Komisiji i Vijeću, da u određenim situacijama donose odluke prema diskrecijskoj ocjeni. Tako npr. Sporazumom o osnivanju Europske zajednice *(Treaty Establishing European Community; Oficial Journal C 325, 24/12/2002 P.0033-0184, Official Journal C 340, 10/11/1997 P.0173 - consolidated version)* Europska je Komisija ovlaštena u određenim slučajevima donijeti odluku kojom se pojedini ugovor među poduzećima ili njihovim udrugama, koji je inače nespojiv sa zajedničkim tržištem, izuzima od primjene odredbi o zabrani takvih ugovora. Odluka Komisije o tome hoće li se takav ugovor izuzeti od primjene odredba o zabrani takvih ugovora (čime bi ugovor bio pravovaljan) ili se to neće učiniti (čime bi takav ugovor bio ništav) ovisit će samo o procjeni Komisije o svrsishodnosti takve odluke. Prema navedenom sporazumu, zajednička organizacija tržišta poljoprivrednih proizvoda također može poduzeti sve mjere koje su potrebne za ostvarivanje ciljeva zajedničke politike

[23] Ugovor o osnivanju Europske zajednice za ugljen i čelik (1951.), Ugovor o osnivanju Europske zajednice za atomsku energiju (1957.), Ugovor o osnivanju Europske ekonomske zajednice (1957.) - tekstovi međunarodnih sporazuma i ugovora dostupni su u bazi podataka EUR-Lex, u odjeljku International Agreements

u području poljoprivrede. Odluke koje donosi moraju biti u skladu sa propisanim ciljevima, a koje će mjere poduzimati i kakve odluke donositi unutar propisanih ograničenja (ostvarivanje ciljeva i zabrana diskriminacije) ostavljene su samoj organizaciji i njezinoj procjeni svrhovitosti pojedine odluke u konkretnoj situaciji. Vijeće EU glavna je institucija u kojoj se neposredno izražavaju interesi država članica. Tako je Sporazumom o osnivanju EZ tome tijelu također dana opća ovlast da poduzima »određene mjere« kako bi se ostvarili ciljevi Zajednice kada samim sporazumom nisu potrebne posebne ovlasti. U takvim slučajevima Vijeće je ipak ograničeno na slijedeći način: potrebno je da odluku predloži Komisija, da je Vijeće donese jednoglasno, i to uz prethodno pribavljeno mišljenje Europskog parlamenta. (AVIANI, 1998.; OSREČAK, 2010.) Ovlast na donošenje odluke prema diskrecijskoj ocjeni sadrže i drugi opći akti zajednice, npr. Protokol (br.5) o Statutu Europske investicijske banke (Službeni list Europske unije C 202/251; 2016.).[24]

Europska unija je zajednica utemeljena na pravu i koja funkcionira temeljem prava. U pravnom sustavu Europske unije mogućnost obavljanja slobodne ocjene pretpostavlja prethodnu ovlast na donošenje odluke prema diskrecijskoj ocjeni, kao i u većini euroskih pravnih sistema. No, kardinalno načelo zakonitosti ne dozvoljava *svojevoljno* donošenje odluka, pa ni onda kada postoji ovlast na diskrecijsku ocjenu. Uspoređujući institut diskrecijske ocjene u pravu Europske unije s istim institutom u pravnim sustavima članica Europske unije, uočava se da u nacionalnim pravnim sustavima ovlast na vršenje diskrecijske ocjene proizlazi iz *zakona*, dok u pravnom sustavu Europske unije takva ovlast proizlazi u prvom redu iz *osnivačkih sporazuma* (kao najviših akata te zajednice) te drugih akata kojima se nadopunjavaju ili mijenjaju takvi sporazumi (npr. iz protokola). (AVIANI, 1998.)

Pravo Europske unije također regulira i sudsku zaštitu protiv diskrecijske ocjene. Naime, Europski sud ima zadaću osigurati poštivanje prava koje proizlazi i iz osnivačkih ugovora i drugih propisa i akata koji se donose radi njihove provedbe. Ugovor iz Nice (potpisan 2000.) izmijenio je članak 230. Ugovora iz Amsterdama (potpisanog 1997.) u pogledu nadležnosti Suda, no Europski je sud i dalje ovlašten nadzirati zakonitost pravnih akata, čime se također postavljaju smjernice za ispitivanje akata koji sadrže diskrecijsku

[24] u članku 9. (bivši članak 11.) dana je ovlast upravnom odboru navedene Banke na isključivo pravo odlučivanja o odobravanju kredita i garancija, o uzimanju zajmova, te o drugim taksativno navedenim pitanjima

ocjenu. Tako je propisano tko može pokrenuti postupak pred Sudom i razlozi zbog kojih se može tražiti nadzor zakonitosti akta. Također se određuje tko uvijek ima *locus standi* (postupovnu legitimaciju), a to su: države članice, Europski parlament, Vijeće i Komisija. Za razliku od njih, fizička ili pravna osoba imat će postupovnu legitimaciju samo u određenim slučajevima.[25]

Osnove za nadzor jesu:

- nenadležnost,
- bitne povrede postupka,
- povreda Ugovora (sam ugovor u kojem je sadržana odredba) ili bilo kojeg pravnog pravila koje se odnosi na provedbu Ugovora,
- zlouporaba ovlasti

Europski sud u svom odlučivanju uzima u obzir pravnu tradiciju svih država članica[26], ali i posebne okolnosti u kojima Zajednica djeluje. Kad se govori o nenadležnosti, ona se u ovom slučaju odnosi na pravnu ovlast da se donese akt. Osnivački ugovori donose načelo da institucije nemaju ovlast donijeti akt, osim ako ih na to ne ovlašćuje odredba Osnivačkog ugovora ili odredba drugog pravnog akta koja se temelji na odredbi samoga Osnivačkog ugovora. Ako ne postoji navedena pravna osnova, akt će biti poništen zbog nenadležnosti.[27] U praksi se pokazalo da Sud dosta široko tumači takve odredbe Osnivačkih ugovora, te je time ovo zapravo rijetko pojavljujući razlog za poništenje akta. Češći razlog je pritužba da je akt usvojen temeljem pogrešne ovlašćujuće odredbe. Tada će Sud poništiti akt samo ako nije donesen propisanom većinom[28] ali u tom se slučaju ne radi o nenadležnosti, već o povredi nekog bitnoga postupovnog zahtjeva.

---

[25] prema članku 230. stavku 4. Ugovora iz Nice: *"Svaka fizička ili pravna osoba može (...) pokrenuti postupak protiv odluke koja se odnosi na tu osobu ili protiv odluke koja, premda postoji u obliku propisa ili odluke upućene drugoj osobi, predstavlja predmet koji je od neposredne i pojedinačne važnosti za prvu osobu."*

[26] tako je ovdje vidljivo da navedene osnove proizlaze iz francuskoga upravnog prava, što naravno ne znači da se one na isti način primjenjuju u europskom pravu

[27] što odgovara "ultra vires" doktrini u engleskom pravu

[28] Komisija ili Vijeće ponekad moraju donijeti akt jednoglasno, a ponekad kvalificiranom većinom

Jedno od bitnih postupovnih pravila pretpostavlja *načelo saslušanja stranaka*, bez obzira je li ono navedeno u samom Osnivačkom ugovoru, uredbi, smjernici ili odluci, te se ima smatrati jednim od osnovnih načela prava uopće. Ono ne može biti isključeno ili ograničeno ni jednom odredbom te se štiti bez obzira ima li u pravu EU o njemu odredbi ili nema. Slijedeći važan postupovni zahtjev postavljen od strane Suda EU traži da se *obrati pažnja na prirodu slučaja* te da se *pojedincu omogući da odgovori*, a što podrazumijeva uvid pojedinca u spis predmeta u velikom broju slučajeva. Bitna povreda postupka kao osnova za nadzor uključuje i zahtjev za savjetovanjem s drugom europskom institucijom ili zahtjev za obrazloženjem.

Prema Europskom sudu *najznačajniji je postupovni zahtjev navođenja obrazloženja* jer se time omogućuje zainteresiranim osobama braniti svoja prava; Europskom se sudu time pomaže u obavljanju njegove zadaće nadzora i određivanja je li odluka bila neproporcionalna; trećima se omogućuje da se upoznaju s načinom na koji institucije koje donose akte izvršavaju svoje ovlasti. Navođenjem obrazloženja ujedno se objašnjavaju i ciljevi koje je institucija imala na umu pri usvajanju tog akta. Ugovor iz Amsterdama u članku 253. stavku 10. predviđa da uredbe, direktive i odluke koje donese Komisija, Vijece ili Europski parlament, moraju sadržavati i obrazloženje na kojim se činjenicama temelje, uključujući i pravnu osnovu za donošenje. Povreda te odredbe predstavlja bitnu povredu postupka. Važnost ove odredbe leži u činjenici što mnogi nacionalni pravni poretci ne nameću obvezu obrazloženja kada je riječ o pravnim aktima, a čak i kada je nametnu radi se o izoliranim slučajevima[29]. Što ce biti zadovoljavajuće obrazloženje, ovisit će o prirodi odluke. Kad je riječ o zakonodavnoj funkciji, nije potrebno ulaziti u svaku činjenicu i pravni pojam akta, već tijelo koje je donijelo akt mora u obrazloženju prikazati razloge zašto je usvojilo akt, međutim Europski sud zahtijeva detaljnije obrazloženje kad akt osporava pojedinac. (HARTLEY, 2004.; interpretacija citata prema OSREČAK, 2010.)

Diskrecijska ocjena u pravu EU najbitnije se teoretski definira kroz razlog zlouporabe ovlasti koji, a se rijetko utvrđuje u praksi. Pojam zlouporabe ovlasti potječe iz francuskoga upravnog prava (*détournement de pouvoir*, nezakonitost u cilju), ali se nalazi u raznim pojavnim oblicima u većini pravnih sustava zapadnih zemalja. Taj je razlog nevaljanosti

[29] iznimnu relevantnost ovog zahtjeva detaljno ćemo adresirati u nastavku rada, u okviru hrvatskog prava

subjektivne naravi[30] i usko je povezan sa zahtjevom razmjernosti. *Načelo razmjernosti* jedno je od osnovnih načela Europske unije, a ono podrazumijeva da tereti koji se nameću građanima budu razmjerni cilju koji se njima ostvaruje. Razlika između povrede načela razmjernosti i zlouporabe ovlasti leži na činjenici što je za povredu načela razmjernosti bitna objektivna, a u slučaju zlouporabe ovlasti subjektivna namjera. Obzirom da je kriterij za zlouporabu ovlasti subjektivne naravi, njime se rijetko koristi u praksi jer ga je puno teže dokazati, za razliku od ostalih slučajeva nezakonitosti (objektivne naravi). Osnivački su ugovori postavili uske granice postupanja Europskom sudu odredivši mu da može staviti izvan snage akt koji sadržava diskrecijsku ocjenu *samo ako je on nezakonit*, a da ne ulazi u pitanje svrsishodnosti tog akta. Za ocjenjivanje zakonitosti akta od neprijeporne je važnosti obveza donosioca akta da navede razloge kojima se rukovodio pri njegovom donošenju, čime se umanjuje samovolja i arbitrarnost donositelja kroz pridržavanje načela zakonitosti. (AVIANI, 1998.)

[30] za razliku od ostalih razloga koji su objektivne naravi, time lakše dokazivi

4. DISKRECIJSKA (SLOBODNA) OCJENA U HRVATSKOM PRAVU

U dosad iscrpno analiziranoj kontinentalnoj pravnoj tradiciji, bitni elementi instituta diskrecijske ocjene su zakonska ovlast te individualizirani i konkretizirani odabir između dopuštenih alternativa, u skladu sa svrhom dane ovlasti. Diskrecijska ocjena jedan je od oblika slabije vezanosti pravnom normom, svojstven prije svega upravnom djelovanju. Hrvatsko zakonodavstvo slijedi klasičnu kontinentalnu konstrukciju u pitanju diskrecije: ovlast za rješavanje po slobodnoj ocjeni mora biti određena zakonom ili na zakonu utemeljenom propisu; spomenuta ovlast određuje granice i cilj ovlaštenja; opći upravni postupak primjenjuje se i u stvarima u kojima se može rješavati po slobodnoj ocjeni; rješavanje po slobodnoj ocjeni potrebno je registrirati u obrazloženju rješenja, kako u pogledu temelja za diskreciju, tako i razloga kojima se primjenjivač prava rukovodio pri donošenju rješenja. (RAJKO, 2007.)

4.1. STARI ZUP I USTAVNOSUDSKA INTERVENCIJA

4.1.1. Razlike Starog i Novog ZUP-a

Stari je ZUP (NN 53/91. i 103/96.) preuzet 1991. propisivao da kad je na temelju zakona ili na zakonu utemeljenoga propisa organ ovlašten u upravnim stvarima rješavati po slobodnoj ocjeni, rješenje mora donijeti u granicama ovlasti te u skladu s ciljem kojim je ovlast dana. Novi je ZUP redefinirao načelo zakonitosti pa, kako je već navedeno, ostavlja mogućnost javnopravnom tijelu na rješavanje slobodnom ocjenom ako ga na to ovlašćuje zakon, prema svrsi i granicama danih ovlasti.

Stari je ZUP, međutim sadržavao veći broj odredbi koje su se odnosile na pitanje diskrecijske ocjene. Tako je člankom 4. u ono vrijeme načelo zakonitosti definirano slijedećom formulacijom*: "(1) Tijela, ustanove i druge pravne osobe, koji postupaju u upravnim stvarima, rješavaju na temelju zakona, drugih propisa državnih tijela i na temelju*

općih akata ustanova i drugih pravnih osoba koje one donose na temelju javnih ovlasti. (2) U upravnim stvarima u kojima je tijelo zakonom ili na zakonu utemeljenim propisom ovlašteno da rješava po slobodnoj ocjeni, rješenje mora biti doneseno u granicama ovlaštenja i u skladu s ciljem u kojem je ovlaštenje dano. (3) Odredbe ovog zakona važe i za slučajeve u kojima je tijelo ovlašteno da u upravnim stvarima rješava po slobodnoj ocjeni."

.

Odredbama članka 209. (ovdje naročito bitan stavak 3.) starog ZUP-a, uređuju se pitanja obrazloženja rješenja, a koja su od iznimne važnosti pri ostvarenju prava na žalbu i naknadu štete jer bi u obrazloženju trebali biti sadržani razlozi za donošenje akta. Tako se propisuje: *(1)"U jednostavnim stvarima u kojima sudjeluje samo jedna stranka, a i u jednostavnim stvarima u kojima u postupku sudjeluju dvije stranke ili više stranaka ali nijedna ne prigovara postavljenom zahtjevu, a zahtjev se uvažava, obrazloženje rješenja može sadržavati samo kratko izlaganje zahtjeva stranke i pozivanje na pravne propise na temelju kojih je stvar riješena. U takvim stvarima rješenje se može izdati i na propisanom obrascu. (2) U ostalim stvarima obrazloženje rješenja sadrži: kratko izlaganje zahtjeva stranaka, utvrđeno činjenično stanje, prema potrebi i razloge koji su bili odlučni pri ocjeni dokaza, razloge zbog kojih nije uvažen koji od zahtjeva stranaka, pravne propise i razloge koji s obzirom na utvrđeno činjenično stanje upućuju na onakvo rješenje kakvo je dano u dispozitivu. Ako žalba ne odgađa izvršenje rješenja, obrazloženje sadrži i pozivanje na propis koji to predviđa. U obrazloženju rješenja moraju biti obrazloženi i oni zaključci protiv kojih nije dopuštena posebna žalba. (3) Kad je nadležno tijelo zakonom ili drugim propisom utemeljenim na zakonu ovlašteno riješiti stvar po slobodnoj ocjeni, dužno je u obrazloženju, pored podataka iz stavka 2. ovog članka, navesti taj propis i izložiti razloge kojima se pri donošenju rješenja rukovodilo."*

Člankom 243. starog ZUP-a propisano je: *"(1) Ako drugostupanjsko tijelo utvrdi da su u prvostupanjskom rješenju pogrešno ocijenjeni dokazi, da je iz utvrđenih činjenica izveden pogrešan zaključak u pogledu činjeničnog stanja, da je pogrešno primijenjen pravni propis na temelju kojega se rješava stvar, ili ako nađe da je na temelju slobodne ocjene trebalo donijeti drugačije rješenje, ono će svojim rješenjem poništiti prvostupanjsko rješenje i samo riješiti stvar. (2) Ako drugostupanjsko tijelo utvrdi da je rješenje pravilno u pogledu utvrđenih činjenica i u pogledu primjene zakona, ali da se svrha zbog koje je rješenje*

doneseno može postići i drugim sredstvima povoljnijima za stranku, izmijenit će se prvostupanjsko rješenje u tom smislu."

4.1.2. Ustavnosudska intervencija u slovo zakona

Ustavni je sud u svojoj odluci U-I-248/1994 od 13. studenoga 1996. zahvatio u članak 209. starog ZUP-a na način da je ukinuo drugu rečenicu iz stavka 3. i cijeli stavak 4. Ukinuta druga rečenica stavka 3. glasila je*: "Ti se razlozi ne moraju navesti kad je to u javnom interesu zakonom ili uredbom izričito predviđeno*." Ukinuti stavak 4. propisivao je sljedeće: *"Ako je zakonom ili uredbom posebno predviđeno da se u rješenju donesenome po slobodnoj ocjeni ne moraju navesti razlozi kojima se organ pri donošenju rješenja rukovodio, u obrazloženju rješenja navode se podaci iz stavka 2. ovog članka, propis kojim je organ ovlašten da riješi stvar po slobodnoj ocjeni i propis kojim je ovlašten da ne mora navesti razloge kojim se pri donošenju rješenja rukovodio."*

Iz obrazloženja Odluke Ustavnog suda donosimo slijedeće*: "Odredbama članka 18. Ustava jamči se pravo na žalbu protiv pojedinačnih pravnih akata donesenih u postupku prvog stupnja pred sudom ili drugim ovlaštenim tijelom, s tim da pravo na žalbu može biti iznimno isključeno u slučajevima određenim zakonom ako je osigurana druga pravna zaštita. Prema odredbama članka 19. Ustava pojedinačni akti državne uprave i tijela koja imaju javne ovlasti moraju biti utemeljeni na zakonu, i zajamčuje se sudska kontrola zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti i tijela koja imaju javne ovlasti. Iz ovih ustavnih odredaba slijedi da se pravo na žalbu, odnosno drugu pravnu zaštitu, može učinkovito ostvarivati samo ako tijelo koje je donijelo rješenje navede razloge za to rješenje, koji se onda mogu pobijati u obrani žaliteljevih prava i na zakonu zasnovanih interesa. Bez upućenosti u te razloge onemogućeno je ili bitno otežano učinkovito korištenje ustavnim pravom na žalbu odnosno drugu pravnu zaštitu. Samo građanin kojemu su razlozi rješenja poznati može ga uspješno pobijati, a isto tako i doći do uvjerenja o bezizglednosti žalbe protiv tog rješenja, čime se pridonosi načelima efikasnosti i ekonomičnosti postupka.*

Obrazloženje određenog rješenja učvršćuje načelo zakonitosti, te djeluje protiv eventualne samovolje i proizvoljnosti. Preko obrazloženja najlakše se utvrđuje da li se je upravno tijelo vodilo načelom zakonitosti i postupalo tako da u vođenju postupka i u odlučivanju strankama omogućuje da što lakše zaštite svoja prava, vodeći računa i o tome da ostvarenje njihovih prava ne bude u suprotnosti sa zakonom utvrđenim javnim interesom.

Prema odredbi članka 26. Ustava svi su građani i stranci jednaki pred sudovima i drugim državama i inim tijelima koja imaju javne ovlasti, a prema odredbi članka 16. Ustava slobode i prava mogu se ograničiti samo zakonom da bi se zaštitila sloboda i prava drugih ljudi, te pravni poredak, javni moral i zdravlje. Stajalište je ovog Suda da se nenavođenjem razloga za određeno rješenje vrijeđa navedena ustavna odredba članka 26. jer su u povoljnijem položaju pred sudovima i drugim državnim i inim tijelima, koja imaju javne ovlasti, osobe koje se žale protiv pojedinačnih akata što sadrže i razloge na kojima se zasnivaju, od onih osoba koje su prisiljene štititi svoja prava pravnim sredstvima protiv pojedinačnih akata što ne sadrže obrazloženje. I dalje, zakonom se - i to samo zakonom - mogu ograničiti ustavna prava pod uvjetima sadržanim u članku 16. Ustava.

U svezi s ovim ograničenjem pred Sud se je postavilo pitanje da li se nenavođenje razloga u pojedinačnim aktima može opravdati zaštitom pravnog poretka o kojem je riječ u odredbi članka 16. Ustava. Stajalište je Suda niječno; pravni poredak upravo se narušava propisivanjem ovakvih ograničenja".

4.2. DISKRECIJSKA OCJENA *DE LEGE LATA*

Relevantne odredbe pozitivnih pravnih propisa koje adresiraju institut diskrecijske ocjene sadržane su ponajprije u **Zakonu o općem upravnom postupku** (dalje u tekstu: ZUP) i **Zakonu o upravnim sporovima** (dalje u tekstu: ZUS). Tako ZUP člankom 5. stavak 2. stipulira slijedeće*: "u upravnim stvarima u kojima je javnopravno tijelo zakonom ovlašteno rješavati po slobodnoj ocjeni, odluka mora biti donesena u granicama dane ovlasti i sukladno svrsi radi koje je ta ovlast dana."* Komplementarna norma sadržana je u ZUS-u, u članku 4. stavku 2. *"upravni spor ne može se voditi o pravilnosti pojedinačne odluke donesene*

primjenom slobodne ocjene javnopravnog tijela, ali se može voditi o zakonitosti takve odluke, granicama ovlasti i svrsi radi koje je ovlast dana." Odredbama ZUS-a diskrecijska se odluka dodatno afirmira člankom 58. stavcima 1. *"Ako sud utvrdi da je pojedinačna odluka javnopravnog tijela nezakonita, presudom će usvojiti tužbeni zahtjev, poništiti pobijanu odluku i sam riješiti stvar, osim kada to ne može učiniti s obzirom na prirodu stvari ili je tuženik rješavao po slobodnoj ocjeni"* i 3. *"Ako sud utvrdi da javnopravno tijelo nije u propisanom roku donijelo pojedinačnu odluku koju je prema propisima trebalo donijeti, presudom će usvojiti tužbeni zahtjev i sam riješiti stvar, osim kada to ne može učiniti s obzirom na prirodu stvari ili je tuženik rješavao po slobodnoj ocjeni. Tada će tuženiku narediti donošenje odluke i za to mu odrediti primjereni rok."* S druge strane, ZUP člankom 107. stavkom 2. dodatno propisuje: "*Kad je rješenje doneseno po slobodnoj ocjeni, u žalbenom postupku ocjenjuje se i svrhovitost rješenja."* Institut diskrecijske ocjene nalazimo i u odredbama drugih propisa. Tako u već spominjanom **OPZ**-u članak 92. stavak 5. donosi slijedeću formulaciju: *"porezno tijelo po slobodnoj ocjeni odlučuje koje će mjerilo ili više njih, iz stavka 3. i 4. ovoga članka, koristiti za procjenu porezne osnovice."* **Zakonom o kaznenom postupku** (ZKP), člankom 559. proisano je: *"Sud će visinu iznosa imovinske koristi odmjeriti po slobodnoj ocjeni ako bi njezino utvrđivanje bilo povezano s nerazmjernim teškoćama ili sa znatnim odugovlačenjem postupka".* Dalje, **Zakon o obveznim odnosima** (ZOO) u članku 585. stavku 4. navodi: *"Sud će ovu naknadu* (koju bračni drug i potomci davatelja imaju pravo zahtijevati od primatelja uzdržavanja) *odrediti po slobodnoj ocjeni, uzimajući pri tome u obzir imovinske prilike primatelja uzdržavanja i osoba koje su bile ovlaštene na produženje ugovora o doživotnom uzdržavanju."* **Pomorski zakonik** također poznaje institut diskrecijske ocjene, koji se nalazi u odredbama članka 868. stavka 4. *"U zaključku o prodaji sud će utvrditi vrijednost broda po slobodnoj ocjeni, uzimajući u obzir nalaz i mišljenje vještaka i ostale podatke iznesene tijekom postupka".*

No, diskrecijsko ovlaštenje ne mora izrijekom sadržavati sintagmu „slobodna ocjena" kao u gorenavedenim propisima. Tako primjerice u **Zakonu o hrvatskom državljanstvu** članak 8. sadržava formulaciju: *„Prirođenjem MOŽE steći hrvatsko državljanstvo..."*, za razliku od formulacije iz članaka 4. i 5. istog Zakona, a koja glasi: *„Podrijetlom stječe hrvatsko državljanstvo..."* **Zakon o strancima** u članku 47. stavaku 4. tako navodi *"...državljaninu treće zemlje se MOŽE odobriti privremeni boravak i u druge svrhe do godine*

dana.“ Važno je istaknuti kako se upravo na potonjem primjeru može popratiti razvoj diskrecijskih ovlasti u navedenom području upravnog djelovanja.

Naime, usporedbom Zakona o strancima iz 2004. i trenutno važećeg (na snazi od 26. svibnja 2018.), primijetno se povećao opseg odredbi koje sadržavaju takve formulacije diskrecijskih ovlaštenja po pitanju *privremenog boravka*. Razlog tome nalazimo u povećanim migracijama koje su zahvatile i našu zemlju u okviru tzv. Europske migracijske krize, počev od 2015. godine.[31] Međutim, u rješavanju predmeta *protjerivanja* stranaca iz države, Upravni je sud zauzeo gledište kako je u rješavanju svakoga pojedinoga predmeta razvidno da se u ovim slučajevima ne radi o odluci donesenoj slobodnom ocjenom javnopravnog tijela, već je u svrhu donošenja zakonite odluke potrebno pravilno kvalificirati pojedine činjenice konkretnoga slučaja, a koje ukazuju na postojanje neke osnove koja isključuje progon stranca iz Republike Hrvatske. Takvo je stajalište zauzeo i u predmetima koji se odnose na *dodjelu državljanstva* strancu. Pozivajući se na načelo razmjernosti, istaknuo je kako je u tim predmetima važno da javnopravno tijelo cjelovito sagleda sve pravno odlučne aspekte, što u pojedinim slučajevima uključuje uzimanje u obzir zaštitu pojedinih ustavnih prava, ali i ispitivanje pretpostavki propisanih za njihovo ograničavanje. (ĐERĐA, 2016.)

Uloga upravnih tijela u pravilu nije samo rješavanje sporova primjenom prava na utvrđene činjenice, već i provedba posebne javne politike, često radi zadovoljenja potreba stanovništva, ponekad korištenjem posebnoga tehničkog ekspertnog znanja. Veliki broj predmeta, njihova vrlo različita pravna narav te potreba unapređenja dostupnosti upravnopravne zaštite, ukazuje na potrebu fleksibilnijega, manje formaliziranog procesa, koji se može prilagoditi raznim postupovnim situacijama što trebaju biti razriješene. (RAJKO, 2007.) U svijetlu toga, diskrecijska se ocjena pokazala prikladnim alatom za donošenje nekih *ad hoc* odluka, posebice u uvjetima spomenute krize. Koliko su te konkretne odluke ispoštovale načelo zakonitosti i u kojoj su mjeri svrsishodne, nažalost izlazi iz dosega sadržaja ovog rada.

[31] radi se o migraciji stanovnika afričkih i azijskih zemalja prema državama EU. Migranti su prvotno dolazili iz država pogođenih ratnim uvjetima nastalim stvaranjem Islamske Države Iraka i Levanta (Iraka i Sirije), ali su im se vremenom iz nužde priključili i ekonomski migranti iz ostalih slabo razvijenih zemalja, čime je kriza poprimila dotad neviđene razmjere

5. KONTROLA AKATA KOJI SADRŽAVAJU DISKRECIJSKU OCJENU

Iako je donositelju upravnoga akta zakonom propisana obveza da poštuje obvezu davanja obrazloženja, u praksi je primijećeno da se upravni akti često donose bez potpunog obrazloženja, čime se strankama nanosi šteta i vrijeđa ustavno pravo na žalbu, obzirom da nepotpuno obrazloženje ne daje potpun uvid u razloge zbog kojih je odlučeno kao u izreci akta. U navedenu problematiku naravno ulaze i akti koji sadržavaju diskrecijsku ocjenu. Zašto su krnja obrazloženja učestala pojava svakako predstavlja kompleksno pitanje, međutim jedan od relevantnih razloga nalazimo u slijedećem - uz opći upravni postupak[32] postoji povelik broj specijalnih upravnih postupaka koji su regulirani posebnim zakonima i koji rad uprave čine netransparentnim te onemogućavaju postizanje svrhe ujednačenog postupanja svih dijelova javne uprave i drugih javnopravnih tijela na jedinstven način. Svi ti posebni postupci ustanovljeni su za vrijeme važenja starog ZUP-a[33], a njihov broj dovodi u pitanje upravo *opći* karakter općeg upravnog postupka, što *in ultima linea* rezultira onemogućavanjem pravne sigurnosti stranaka u upravnom postupku. Neophodno je omogućiti realizaciju namjere iz članka 3. stavka 1. da se ZUP *"primjenjuje u postupanju u svim upravnim stvarima"*, što se može postići afirmacijom ZUP-a kao organskog zakona. (ĐERĐA 2009., LJUBANOVIĆ 2010., ŠPRAJC 2011.)

5.1 KONTROLA AKATA U UPRAVNOM POSTUPKU

Stari je ZUP, regulirajući postupanje drugostupanjskog tijela u upravnom postupku po žalbi, propisivao da će drugostupanjski organ (između ostalog) svojim rješenjem poništiti prvostupanjsko rješenje i sam riješiti stvar ako nađe da je na temelju slobodne ocjene trebalo

[32] upravni postupak podrazumijeva procesna pravila o redu i obliku radnji kojima se određuje način djelovanja javne uprave kada ona odlučuje o pravima, obvezama ili pravnim interesima stranaka u upravnim stvarima. Procesna pravila osiguravaju jedinstvenu primjenu materijalnog prava, a upravni postupak ima najširu primjenu u odnosu na sve druge pravne postupke.

[33] koji je izrijekom definiran supsidijarnim, za razliku od važećeg ZUP-a čije se odredbe neprijeporno imaju smatrati obligatornim u svim upravnim stvarima

donijeti drugačije rješenje. To podrazumijeva da rješenje nije bilo doneseno u granicama ovlasti ili u skladu s ciljem s kojim je ovlast dana. Drugostupanjsko je tijelo tako kontroliralo i zakonitost i svrsishodnost donesenoga rješenja.

Novi ZUP člankom 107. regulira predmet žalbenoga postupka[34] te u stavku 2. posebno propisuje da se, "*kad je ono doneseno po slobodnoj ocjeni, u žalbenom postupku ocjenjuje svrhovitost rješenja"*. Propisujući postupanje i ovlasti prvostupanjskoga tijela u povodu žalbe, u članku 113. stavak 2. navodi se da e prvostupanjsko tijelo, kad utvrdi da je žalba dopuštena, pravodobna i izjavljena od ovlaštene osobe, razmotriti navode žalbe te ispitati zakonitost odnosno ocijeniti svrhovitost rješenja koje se žalbom osporava. Prema članku 115. drugostupanjsko tijelo u povodu žalbe ispituje zakonitost i ocjenjuje svrhovitost pobijanog rješenja u granicama zahtjeva iz žalbe, ali pri tome nije vezano žalbenim razlozima. U šestom dijelu ZUP-a ugrađene su odredbe o upravnom ugovoru, u kojima također nailazimo na diskrecijsko ovlaštenje. Naime, prema članku 153., javnopravno tijelo može jednostrano raskinuti upravni ugovor ako stranka ne ispunjava obveze iz upravnog ugovora te potraživati naknadu štete ako mu je nastala šteta zbog neispunjavanja obveza iz ugovora. Javnopravno tijelo upravni ugovor raskida rješenjem u kojem određuje iznos štete ako je ona nastala, a protiv tog se rješenja može pokrenuti upravni spor. Kad stranka smatra da javnopravno tijelo ne izvršava svoje obveze iz upravnog ugovora, može izjaviti prigovor u kojem može tražiti i naknadu štete nastale neispunjavanjem ugovora. (OSREČAK, 2010.)

5.2. KONTROLA AKATA U UPRAVNOM SPORU

5.2.1. Upravno sudovanje prije reforme 2012.

Do stupanja na snagu novog ZUS-a, dakle do 1. siječnja 2012. godine, Upravni je sud imao vrlo ograničene ovlasti. Ako bi sud utvrdio nezakonitost upravnog akta, imao je obvezu usvojiti upravnu tužbu i poništiti osporeni akt kasacijskom presudom. Upravni je spor bio primarno postavljen kao spor o zakonitosti upravnoga akta. Iznimno, Sud je mogao (kada je

[34] članak 107. stavak 1. *„U žalbenom postupku ispituje se zakonitost rješenja koje se pobija"*

utvrdio da se osporeni upravni akt treba poništiti) presudom sam riješiti upravnu stvar, ako mu je to dopuštala priroda stvari i ako su podatci postupka za to davali pouzdanu osnovu. Takva presuda u svemu je zamjenjivala poništeni upravni akt. Međutim, u 35 godina djelovanja ovog suda, ovlast riješavanja upravnog spora meritorno sudskom (reformacijskom) presudom primijenjena je svega nekoliko puta. Hrvatska se suočila s nizom problema vezanih uz vođenje upravnog spora na način reguliran tadašnjim Zakonom o upravnim sporovima te s problemom Upravnog suda kao suda pune jurisdikcije posebno u kontekstu članka 6. **Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava**. (BRITVIĆ VETMA, 2008.)

Odredbom članka 6. stavka 1. navedene Konvencije propisano je da radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. Iz navedene odredbe proizlazi da za osobu o čijem se građanskom pravu ili obvezi odlučuje postoje četiri postupovna jamstva odnosno prava:

1. o građanskom pravu ili obvezi odlučuje zakonom ustanovljen, neovisan i nepristrani sud
2. postupak u kojem se odlučuje o građanskom pravu treba biti pravičan
3. postupak u pravilu treba biti javan, a odluka obvezatno javno objavljena
4. pravo na donošenje odluke u razumnom roku

Prema praksi Europskog suda, ovdje se ne radi isključivo o odlučivanju o građanskim pravima i obvezama, već se navedeni pojam shvaća široko te se područje primjene spomenute odredbe odnosi ne samo na klasične građansko pravne postupke, nego i na sve one čiji se ishod izravno odnosi na neko građansko pravo ili obvezu u smislu ustaljenog kontinentalno europskog shvaćanja. Pri tome je potpuno nebitno primjenjuju li se propisi privatno pravne naravi ili javno pravne naravi, sudjeluju li u postupku fizičke osobe ili pravne osobe privatnog ili javnog prava (npr. država) kao ni to u čijoj je nadležnosti prema unutarnjem pravu odlučivanje o pojedinom pravu. (KARLOVČAN ĐUROVIĆ, 2008.)

Temeljem strategije reforme pravosuđa koja je donijeta 2005. godine zaključeno je da je potrebno pristupiti izmjeni Zakona o upravnim sporovima koji će biti logičan nastavak

novog Zakona o općem upravnom postupku, a što će podrazumijevati promjenu nadležnosti Upravnog suda, odnosno potrebu uvođenja dvostupanjskog upravnog sudovanja.

5.2.2. Upravno sudovanje nakon 2012.

Nakon opsežne reforme, uvedena su dva stupnja upravnog sudovanja, pa tako postoje četiri Upravna suda prvog stupnja na području RH (Zagreb, Split, Rijeka, Osijek) te Visoki upravni sud RH, kao sud drugog stupnja. Od 2012. godine, upravni je spor postavljen u pravilu kao spor pune jurisdikcije, u kojem je upravni sud obvezan sam utvrditi činjenično stanje, održati usmenu raspravu te svojom presudom riješiti upravnu stvar. No, sudovi u brojnim slučajevima nisu slobodni primijeniti nadzornu ovlast koja im se u konkretnome slučaju čini najprikladnija, jer im zakoni koji uređuju upravne sporove kategoričkim pravnim normama često pripisuju obvezu donošenja odluke specifične pravne naravi. Hrvatska je Zakonom o upravnim sporovima vrlo detaljno propisala ovlasti suda pri donošenju sudske odluke, određujući u kojem slučaju sud treba donijeti koju vrstu odluke te koje radnje pritom još treba poduzeti. Tako je kao pravilo utvrđena obveza upravnoga suda riješiti upravni spor kao spor pune jurisdikcije. Kasatorna ovlast zadržana je u dva slučaja - kada sud utvrdi da je osporena pojedinačna odluka javnopravnog tijela ništava (tada presudom treba usvojiti tužbeni zahtjev i oglasiti takvu odluku ništavom), te kada utvrdi kako je pojedinačna odluka oboriva, ali sam ne može donijeti odluku s obzirom na *prirodu takve stvari*[35] ili jer je tuženik rješavao primjenom slobodne ocjene. (D. ĐERĐA, D. KRYSKA; 2018.)

Kako je slobodna ocjena u upravnim stvarima prerogativa isključivo upravnih tijela, a ne sudova, upravni sud ne može sam riješiti upravnu stvar niti kada se odluka o takvoj stvari treba donijeti temeljem slobodne ocjene. Ovlast rješavanja upravne stvari slobodnom ocjenom priječi sud da sam odluči o pravu, obvezi i pravnom interesu stranke u sporu te presudom u potpunosti zamijeni pojedinačnu odluku. Stoga je i u tom slučaju, radi rješavanja upravne

[35] priroda stvari koja onemogućuje sudu samostalno riješiti upravnu stvar nije determinirana Zakonom o upravnim sporovima, već je uvjetovana pravnim ili tehničkim razlozima. U čemu se ona sastoji i kakvo je njezino pravno djelovanje, može se utvrditi samo razmatranjem svake pojedine upravne stvari o kojoj se odlučuje u sporu. Stoga sud u svakom pojedinom slučaju ocjenjuje dopušta li u konkretnom slučaju priroda stvari donošenje odluke o toj upravnoj stvari.

stvari, sud ovlašten tuženom javnopravnom tijelu jedino narediti donošenje pojedinačne odluke i u tu mu svrhu odrediti primjereni rok. (BRITVIĆ VETMA, LJUBANOVIĆ; 2013.)

5.3. DISKRECIJSKA OCJENA I SUDSKI PRAXIS

5.3.1. Odluka Ustavnog suda RH Broj: U-III-1862/2000 od 10. listopada 2001.

Ovom se odlukom ukinula presuda Upravnog suda RH, br.: Us-649/2000-4 od 21. rujna 2000. i rješenje Ministarstva unutarnjih poslova RH, br.: 511-01-62-79319/1-99 od 1. prosinca 1999., te se predmet vratio MUP-u na ponovni postupak. Ustavna je tužba podnesena protiv presude Upravnog suda Republike Hrvatske, a kojom je u upravnom sporu odbijena tužba podnositelja protiv rješenja Ministarstva unutarnjih poslova Republike Hrvatske. Tim se rješenjem utvrdilo da podnositelju (ovlaštenoj službenoj osobi Ministarstva unutarnjih poslova Republike Hrvatske) prestaje služba dana 6. prosinca 1999. godine, s pravom na mirovinu. Navedeno rješenje, temeljem ovlaštenja iz odredbe članka 68. tada važećeg Zakona o unutarnjim poslovima, donio je ministar unutarnjih poslova.

Iz Odluke izdvajamo slijedeće: *"Navodi podnositelja u ustavnoj tužbi dadu se svesti na tvrdnju da osporeno rješenje ministra nema valjano obrazloženje, čime je podnositelj stavljen u neravnopravan položaj pred zakonom te je onemogućen u ostvarivanju prava na učinkovitu žalbu, kao i prava na rad i slobodu rada jer se o prestanku radnog odnosa podnositelja odlučivalo bez njegove volje da stekne pravo na mirovinu.*

Na temelju analize razloga ustavne tužbe, osporenih odluka i relevantnih propisa, Ustavni sud je utvrdio da osporeno rješenje Ministarstva unutarnjih poslova Republike Hrvatske nije doneseno u postupku propisanom odredbama ZUP-a, čime su povrijeđena ustavna prava podnositelja iz članaka 14. stavka 2., 18. stavka 1. i 54. stavka 1. Ustava Republike Hrvatske.

Naime, osporeno prvostupanjsko rješenje ministar unutarnjih poslova donio je na temelju ovlaštenja datog odredbom članka 68. Zakona o unutarnjim poslovima i ono po svom sadržaju predstavlja akt koji je donesen na temelju pravila o slobodnoj ocjeni. Međutim, pravila upravnog postupka u svezi s donošenjem rješenja vrijede i za akte koji se donose prema slobodnoj ocjeni. Tako je odredbom članka 4. stavka 2. ZUP-a propisano da u upravnim stvarima u kojima je organ zakonom ili na zakonu utemeljenim propisom ovlašten da rješava po slobodnoj ocjeni, rješenje mora biti doneseno u granicama ovlaštenja i u skladu s ciljem u kojem je ovlaštenje dano, dok je stavkom 3. istog članka propisano da odredbe tog Zakona važe i za slučajeve u kojima je organ ovlašten da u upravnim stvarima rješava po slobodnoj ocjeni.

Nadalje, prema odredbi članka 209. stavka 3. ZUP-a, kad je nadležni organ zakonom ili drugim propisom utemeljenim na zakonu ovlašten riješiti stvar po slobodnoj ocjeni, dužan je u obrazloženju, pored podataka iz stavka 2. tog članka, navesti taj propis i izložiti razloge kojima se pri donošenju rješenja rukovodio. Dakle, kako bi se moglo utvrditi je li nadležno tijelo prilikom rješavanja, prema pravilima o slobodnoj ocjeni, ostalo u granicama ovlaštenja datog temeljem zakona i je li to ovlaštenje koristilo u skladu s ciljem zbog kojeg je takvo ovlaštenje dano, tijelo je dužno u obrazloženju rješenja izložiti činjenično stanje, navesti propis koji daje ovlaštenje za rješavanje prema slobodnoj ocjeni i razloge kojima se rukovodilo pri donošenju rješenja. Kako u konkretnom slučaju osporeno rješenje ne sadrži razloge zbog kojih je doneseno, odnosno kojim se razlozima ministar rukovodio prilikom donošenja rješenja, to je ono doneseno suprotno odredbama ZUP-a, a koju nezakonitost Upravni sud Republike Hrvatske u postupku sudske kontrole zakonitosti konačnog upravnog akta nije uočio.

Slijedom navedenog, postupajući suprotno Zakonu, upravno tijelo i sud povrijedili su podnositelju ustavna prava iz članka 14. stavka 2. Ustava, kojim je propisano da su svi pred zakonom jednaki, iz članka 18. stavka 2. Ustava, kojim se jamči pravo na žalbu i članka 54. stavka 1. Ustava, kojim se jamči pravo na rad i slobodu rada."

5.3.2. Odluka Ustavnog suda RH Broj: U-III-281/2018 od 22. svibnja 2018.

Ovom odlukom Ustavni sud usvaja ustavnu tužbu, ukida odluku Državnog sudbenog vijeća (dalje u tekstu: DSV), te nalaže istom da ponovno odluči o imenovanju tri sudca Županijskog suda u Zagrebu. Naime, tužiteljica je konkurirala u tom postupku te, iako je ostvarila veći broj bodova, ipak nije izabrana. DSV svoju odluku brani stavom da raspolaže širokim diskrecijskim ovlastima.

Međutim, Ustavni sud donosi slijedeću ocjenu: *"U konkretnom slučaju u ustavnoj tužbi istaknuti prigovori podnositeljice otvaraju pitanje povrede postupovnog aspekta prava na dostupnost pod jednakim uvjetima svakog radnog mjesta i dužnosti zajamčenog člankom 54. stavkom 2. Ustava u vezi s pravom na pravično suđenje zajamčenim člankom 29. stavkom 1. Ustava. Pravo na pravično suđenje uključuje načelo učinkovite pravne zaštite, minimalni uvjet ostvarenja kojeg je iznošenje dostatnih i pravno relevantnih razloga za donesenu odluku. Ono jamči zaštitu od arbitrarnosti u odlučivanju sudova i drugih tijela javne vlasti. Stoga, obrazloženja sudskih odluka odnosno odluka drugih nadležnih tijela koja ne sadrže ozbiljne, relevantne i dostatne razloge za ocjenu kakva je odlukom dana, upućuju na zaključak o arbitrarnosti u postupovnom i/ili materijalnopravnom smislu.*

U smislu drugog dijela stavka 2. članka 54. Ustava svakome pripada pravo da se pod jednakim uvjetima natječe za svako radno mjesto ili dužnost i da nadležno izborno tijelo u propisanom postupku odluči o njezinoj/njegovoj prijavi (to se jamstvo po naravi stvari ne odnosi na imenovanja isključivo političke naravi). Ustavna odredba o dostupnosti svakog radnog mjesta i dužnosti "pod jednakim uvjetima" implicira načelo jednakosti odnosno jednakog postupanja prema svim osobama u ostvarivanju njihova prava na zapošljavanje na odgovarajućim radnim mjestima i dužnostima. Težište je jamstva iz drugog dijela članka 54. stavka 2. Ustava na načelu jednakosti prilika odnosno jednakom postupanju koje se osigurava objektivnim i unaprijed znanim kriterijima, dakle, na jednakim uvjetima koji se moraju osigurati svima za određeno radno mjesto ili dužnost. Stoga, to jamstvo u prvom redu treba razmatrati zajedno s odredbama Ustava koje jamče jednakost svih pred zakonom i zabranjuju diskriminaciju po bilo kojoj osnovi (članak 14. stavci 1. i 2. Ustava). Navedeno ustavno jamstvo ima i svoj postupovni aspekt. Ono je povezano i s onim odredbama Ustava

koje u svojoj ukupnosti jamče "pravnu zaštitu". To su u prvom redu ustavne odredbe u kojima je sadržano pravo na žalbu (članak 18. stavak 1. Ustava), te pravo pristupa sudu i druga ustavna prava koja proizlaze iz temeljnog ljudskog prava na pravično suđenje (članak 29. stavak 1. Ustava).

Ustavni sud ističe kako su granice diskrecijskih ovlasti DSV-a određene člankom 121. stavcima 2. i 3. Ustava, kojim je propisano da ono samostalno odlučuje u skladu s Ustavom i zakonom i na temelju kriterija propisanih zakonom. Odluke koje DSV donosi koristeći ovlasti povjerene mu Ustavom i zakonom ne smiju biti nerazumne ili samovoljne, odnosno u nesuglasju s vladavinom prava. Nadalje, Ustavni sud ponavlja kako odluke DSV-a potpadaju pod doseg prava na obrazloženu odluku, koje je sastavni dio prava na pravično suđenje zajamčenog člankom 29. stavkom 1. Ustava. Odlučivanje u skladu s Ustavom pretpostavlja da DSV ovlasti povjerene mu Ustavom za odlučivanje o imenovanju, napredovanju, premještaju, razrješenju i stegovnoj odgovornosti sudaca, izvršava uz poštovanje Ustavom zajamčenih prava i temeljnih sloboda - među kojima i prava na obrazloženu odluku, kao sastavnog dijela prava na pravično suđenje zajamčenog člankom 29. stavkom 1. Ustava. Obveza obrazlaganja odluka DSV-a dodatno je naglašena člankom 56.a ZoDSV-a:116/10-82/15, kojim je propisana obveza DSV-a da obrazloži odluku o imenovanju sudaca. Ona također određuje granice diskrecijskih ovlasti DSV-a. Nadalje, obrazloženost odluka DSV-a omogućuje transparentnost postupka imenovanja sudaca i pridonosi povjerenju javnosti u pravosudni sustav.

Ustavni sud utvrđuje da obrazloženje odluke DSV-a ne zadovoljava standarde prava na obrazloženu odluku kao sastavnog dijela prava na pravično suđenje zajamčenog člankom 29. stavkom 1. Ustava. Slijedom svega navedenog, Ustavni sud utvrđuje da je u osporenom dijelu odlukom DSV-a podnositeljici povrijeđeno pravo na dostupnost pod jednakim uvjetima svakog radnog mjesta i dužnosti zajamčenog člankom 54. stavkom 2. Ustava u njegovom postupovnom aspektu, u vezi s pravom na pravično suđenje zajamčenim člankom 29. stavkom 1. Ustava."

5.3.3. Slučaj 352/98 Bergaderm protiv Komisije

Okolnosti slučaja bile su slijedeće: tvrtka Laboratoires Pharmaceutiques Bergaderm žalila se Europskom sudu da joj je Republika Francuska usvajanjem i implementacijom Komisijine direktive 95/34/EC (koja se odnosila na utvrđivanje dozvoljenih spojeva u kozmetičkim preparatima) nanijela znatnu financijsku štetu, a za koju se potražuje naknada. Sud je žalbu odbacio, navodeći u svojoj odluci slijedeće: *"Kada je riječ o odgovornosti države članice za štetu nanesenu pojedincima, Sud je zauzeo stav da pravo Zajednice dodjeljuje pravo na odštetu kada su ispunjena tri uvjeta:*

1. povrijeđeno pravno pravilo mora biti takvo da pojedincima dodjeljuje prava
2. povreda mora biti dostatno ozbiljna,
3. mora postojati neposredna uzročna veza između povrede obveze koju ima država i štete koju su pretrpjele oštećene stranke"

Odluka je donesena 2000. i njome sud zauzima stav da nije važna narav mjere, već stupanj diskrecije koju je njezin donositelj imao. Naime, ako je imao mali stupanj diskrecije ili nije imao diskrecijsku ovlast, svaka povreda prava Zajednice može biti dovoljna za odgovornost. Narav mjere može biti važna samo kao pokazatelj stupnja diskrecije koju njezin donositelj ima jer u slučaju zakonodavnih akata donositelj uvijek uživa velik stupanj diskrecije, dok u slučaju upravnih akata to može biti tako, ali je moguće i da nije tako. Kriterij za utvrđivanje postoji li diskrecija kao ključno uzima pitanje uključuje li usvajanje akta političke odabire. Europski je sud ovom presudom zaključio da će *biti riječ o dostatno ozbiljnoj povredi prava Zajednice ako je institucija Zajednice očito i teško zanemarila granice diskrecije koje su joj postavljene*[36].

[36] odluka suda dostupna na: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1535544871572&uri=CELEX:62013TJO114 (pristupljeno 9/6/2018/23:46)

5.3.4. Slučaj C-491/01 British American Tobacco

U ovom se slučaju[37] pred Europskim sudom ocjenjivala valjanost Direktive 2001/37/EZ odnosno zabrana prometa cigaretama u kojima su prekoračene dopuštene granice određenih štetnih sastojaka; obveza proizvođača duhanskih proizvoda da na pakiranjima navedu količine štetnih sastojaka. Sud je uzeo u obzir da donositelj akta uživa široku mjeru diskrecije u odabiru mjera kojima je cilj sprječavanje deformacija na unutarnjem tržištu, sprječavanje razvoja ilegalnog tržišta te očuvanje javnog zdravlja i nije našao povredu načela razmjernosti. Proizvođači koji su osporavali navedena ograničenja upozoravali su na neprimjerenost mjera prema proizvođačima duhanskih proizvoda čiji proizvodi zakonito cirkuliraju na tržištu, kako se cilj mogao postići i blažom mjerom. Ti su prigovori bili usmjereni na dokazivanje da su propisane mjere neprimjerene cilju jer ako se cilj mogao postići i blaže restriktivnim mjerama, ova mjera nije bila neophodna. Sud je naglasio da osporene mjere same po sebi možda ne postižu željene ciljeve, ali učinkovito doprinose njihovom postizanju te zaključio kako granice diskrecije Direktivom nisu prekoračene niti je povrijeđeno načelo razmjernosti. Drugim riječima, do primjene načela razmjernosti dolazi samo unutar granica diskrecijskog odlučivanja. (VEZMAR BARLEK, 2017.)

Ova stajališta su iznimno važna za hrvatski upravni spor, pogotovo u ocjeni zakonitosti odluka koje se donose primjenom slobodne ocjene u odnosu na druge predmete upravnog spora. Važno je prepoznati radi li se o diskrecijskom odlučivanju javnopravnog tijela te u vezi s primjenom načela razmjernosti, pravilno odrediti granice diskrecije, budući da je navedeno načelo moguće primijeniti tek ako je javnopravno tijelo postupalo unutar granica diskrecije.

[37] http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62001CJ0491&lang1=en&lang2=HR&type=TXT&ancre= (pristupljeno 10/6/2018/01:03)

5.3.5. Visoki upravni sud o pojedinačnoj odluci donesenoj primjenom slobodne ocjene

Prema pregledu sudske i upravne prakse, objavljene u Hrvatskoj komparativnoj i javnoj upravi, Visoki je upravni sud 13. kolovoza 2015. donio presudu kojom odbija žalbu tužitelja, a usvaja žalbu tuženika; presuda je zanimljiva jer se odnosi na pitanje pravilnosti pojedinačne odluke donensene primjenom slobodne ocjene javnopravnog tijela. Okolnosti slučaja su slijedeće: prvostupanjski disciplinski sud Ministarstva unutarnjih poslova (MUP) u Splitu, rješenjem od 8. srpnja 2014., nakon provedenog disciplinskog postupka, proglasio je prijavljenog policijskog službenika odgovornim daje počinio težu povredu službene dužnosti i izrekao mu novčanu kaznu u visini 5% plaće u trajanju od jednog mjeseca. Drugostupanjski disciplinski sud MUP-a, odlučujući o žalbama stranaka, rješenjem od 25. rujna 2014. potvrdio je prvostupanjsku odluku u pitanju disciplinske odgovornosti, ali je preinačio prvostupanjsku odluku u pitanju kazne i prijavljenom policijskom službeniku izrekao novčanu kaznu u iznosu 20% plaće u trajanju od četiri mjeseca.

Odlučujući u upravnom sporu, koji je pokrenuo policijski službenik koji je kažnjen u disciplinskom postupku (dalje: tužitelj), Upravni sud u Splitu djelomično je usvojio tužbeni zahtjev, poništio rješenje Drugostupanjskog disciplinskog suda MUP-a (dalje: tuženik) i potvrdio rješenje Prvostupanjskog disciplinskog suda MUP-a u Splitu.

Tužitelj i tuženik su podnijeli žalbe protiv prvostupanjske presude. Visoki upravni sud je odbio žalbu tužitelja, a usvojio je žalbu tuženika. Iz obrazložnja izdvajamo: *"Po ocjeni Visokog upravnog suda, odluka tuženika donesena je u skladu sa zakonom i u granicama ovlasti kojima tuženik raspolaže. Tuženik u žalbi pravilno tvrdi da je prvostupanjski sud počinio bitnu povredu pravila sudskog postupka jer u tijeku spora nije primijenio odredbu čl. 4/2. ZUS-a, a to je utjecalo na donošenje zakonite i pravilne presude (čl. 66/2. ZUS-a). Naime, navedena zakonska odredba ne dopušta vođenje upravnog spora o pravilnosti pojedinačne odluke donesene primjenom slobodne ocjene javnopravnog tijela. U upravnom sporu dopušteno je samo osporavanje zakonitosti takve odluke, granica ovlasti koje je javnopravno tijelo prilikom donošenja odluke koristilo te svrhe radi koje takvom ovlašću raspolaže."*

6. ISTRAŽIVANJE JAVNOG MNIJENJA

6.1. REZULTATI PROVEDENOG ISTRAŽIVANJA

Za potrebe izvođenja zaključka ovog rada proveli smo online istraživanje u vidu kratkog upitnika s ponuđenim odgovorima. Cilj provedenog anketiranja bio je prikupiti informacije o tome u kolikoj su mjeri građani upoznati sa samim institutom slobodne ocjene te načinima pravne zaštite pojedinca u slučajevima kada javnopravno tijelo rješava primjenom istog. Upitnik je izrađen u GoogleForms obrascu, anonimnog je tipa, a dostupan na: https:/docs.google.com/forms/d/1xscoaDCSD145ZBcXVKNVec6Z5SH_2wjKjhDhUbQZzAs/edit#responses

Prikupljeni su rezultati kako slijedi:

1. pitanje



Slika 1. Upućenost ispitanika u pravila upravnog postupka

• ovo je pitanje poslužilo u svrhu izvođenja zaključka u kojoj su mjeri ispitanici upoznati s pravilima upravnog postupka, odnosno odredbama ZUP-a kao temeljnog upravnopostupovnog zakona kojim se uređuje pitanje odlučivanja javnopravnih tijela primjenom diskrecijske ocjene

• od ukupno prikupljenih 106 odgovora, 71,7% ispitanika izjasnilo se da posjeduje neki oblik formalnopravnog obrazovanja ili je zaposleno u upravi, dok je preostalih 28,3% odgovorilo negativno

2. pitanje:



Slika 2. Definicija slobodne ocjene

- čak 53,8% ispitanika smatra da je slobodna ocjena isto što i slobodna ocjena dokaza
- 17% smatra da se radi o načelu upravnog postupka, što je zapravo varijacija prethodno ponuđenog odgovora

• da je riječ o obliku odlučivanja javnopravnih tijela o pravima i obvezama pojedinaca, ispravno je zaključilo tek 29,2% ispitanika

3. pitanje:



Slika 3. Osnove za osporavanje akta

• po pitanju osporavanja akta koji sadrži diskrecijsku ocjenu, u smislu zaštite prava pojedinaca, čak 46,2% ispitanika smatra da takav akt uopće nije moguće osporavati
• 37,7% ispitanika drži da se takav akt može osporavati po načinu donošenja odluke
• tek 16% ispitanika ispravno je odgovorilo da se akt može osporavati po pitanju zakonitosti

6.2. ANALIZA PRIKUPLJENIH REZULTATA

Analizirajući dosad prikupljene rezultate, dolazimo do zaključka da velik broj ispitanika posjeduje prilično oskudno znanje o institutu diskrecijske ocjene. Istaknula se iznimno velika pogreška u identifikaciji samog pojma slobodne ocjene, gdje je zamjetno poistovjećivanje slobodne (diskrecijske) ocjene sa slobodnom ocjenom dokaza, kao načelom upravnog postupka. Također velik broj ispitanika smatra kako akt koji sadrži diskrecijsku ocjenu jednostavno nije moguće osporavati. Slijedom navedenog, institut slobodne ocjene u svijesti građana nije na odgovarajućoj razini, obzirom da je prevladavajuće potpuno krivo shvaćanje. Zaključak je tim više poražavajući naročito ako razmotrimo dio ispitanika koji se izjasnio kao formalnopravnog obrazovanja i/ili zaposlenim u javnoj upravi - nameću se pitanja gdje je zakazao sustav obrazovanja, i koliko su uopće zaposlenici uprave upoznati s odredbama temeljnog upravnopostupovnog zakona.

7. ZAKLJUČAK

Diskrecijska je ocjena bila i ostala vrlo kompleksan institut upravnog prava. Tako je Krbek još 1937. jezgovito zaključio *" ali ja još i sada ostajem pri tvrđenju da je jedva koji termin unio u upravno pravo toliku konfuziju kao slobodna ocjena, i da bi moglo i vrlo lijepo i bez nje biti"*. U pitanjima odluka koje sadrže diskrecijsku ocjenu, opseg upravnosudske zaštite ograničen je na zakonitost odluke, granice ovlasti te svrhu radi koje je dana konkretna diskrecijska ovlast. Također, sud ne može sam riješiti stvar, odnosno nije ovlašten donijeti reformacijsku (meritornu) presudu kada je tuženik rješavao po slobodnoj ocjeni. Stoga je i opseg pravne zaštite tužitelja u slučaju uspjeha u sporu o zakonitosti rješenja donesenog primjenom slobodne ocjene vrlo ograničen. Međutim, pod utjecajem prava Europske unije u hrvatski je pravni sustav uvedeno načelo razmjernosti, prvenstveno kao ustavno načelo 2000, godine, a od 2010. afirmiralo se i kao važno načelo općeg upravnopostupovnog zakona. Primjena načela razmjernosti u donošenju upravnih odluka posebno dolazi do izražaja u predmetima u kojima se odluka donosi slobodnom ocjenom javnopravnih tijela. Iako je njegova primjena propisana u više posebnih upravnih područja, značenje i sadržaj ovoga načela, a posebno oblici njegova testiranja nisu detaljnije određeni, te je daljnje oblikovanje na upravnosudskoj i upravnoj praksi. Obzirom da nema ujednačenh i standardiziranih kriterija za njegovu primjenu, ono izaziva brojne dvojbe te može biti dobra osnova za osporavanje odluka pravnim sredstvima. Osim toga, preispitivanjem svrhovitosti pojedine odluke sud će se pomalo približiti preispitivanju same pravilnosti, a što će u konačnici pružiti bolju provedbu zaštite prava pojedinaca, čak i kada osporavani akt sadrži diskrecijsku ocjenu.

Obzirom na rezultate provedenog istraživanja, razvidno je da su građani nedovoljno upoznati sa samim pojmom diskrecijske ocjene, kao i o načinima pravne zaštite u slučaju osporavanja akta donijetog takvim rješavanjem. Kako je u težištu upravo diskrecijska ovlast javnopravnih tijela, time su pojedinci u nepovoljnijem položaju prema mogućoj samovolji uprave, što je u budućnosti potrebno adresirati odgovarajućim sredstvima.

8. POPIS LITERATURE

• BORKOVIĆ, I., "Upravno pravo", Informator, Zagreb, 1997., str. 73. i 74.

• GRŽANIĆ, Ž.; "Jedinstvena metodološko-nomotehnička pravila za izradu akata koje donosi Hrvatski sabor (NN 74/2015.) - teks s praktičnim primjerima", Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 2017. str 19-20

• IVANČEVIĆ, V., "Institucije upravnog prava", Pravni fakultet, Centar za stručno usavršavanje i suradnju s udruženim radom, Zagreb, 1983., 197. str.

• KLAIĆ, B.; "Rječnik stranih riječi", Nakladni zavod MH, 1990. str. 307.

• KOPRIĆ, I. et al; "Upravna znanost - javna uprava u suvremenom europskom kontekstu"; Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2014.

• KRBEK, I., "Diskreciona ocjena", JAZU, Zagreb, 1937., 26. str. i dalje

• KRBEK, I., "Upravni akt", JAZU, Zagreb, 1937, str. 2.

• KRBEK, I., "Upravno pravo FNRJ", knjiga I., Beograd, 1955.

• PERIĆ, B., "Država i pravni sustav", 6. izd., Informator, Zagreb, 1994., str.61.

• ROMAC, A.; "Vademecum iuridicum", 2. dop. i prer. izd., Informator, Zagreb, 1992., str. 154.

• VUKOVIĆ, M. - VUKOVIĆ, Đ., "Znanost o izradi pravnih propisa – nomotehnika", Informator, 1997., Zagreb, str. 110.

• AVIANI, D., "Diskrecijska ocjena u upravnom pravu nekih europskih država i Europske unije", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 35 (1998), str. 177.

• BRITVIĆ VETMA, B; "Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (čl. 6) i upravni spor", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 45, 1/2008., str. 129.-148.

• BRITVIĆ VETMA, B; LJUBANOVIĆ, B; "Ovlasti upravnog suca u sporu pune jurisdikcije", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 50., br. 2., 2013., str. 436

• ĐERĐA, D; "Načelo razmjernosti u donošenju upravnih odluka"; Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991) v. 37, br. 1, 175-200 (2016)

• ĐERĐA, D; KRYSKA, D; "Neka rješenja upravnog spora u usporednom pravu"; Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 39, br. 1, 91-126 (2018)

• ĐERĐA, D; PIČULJAN, Z; "Novo hrvatsko opće upravnopostupovno pravo" Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991) v. 30, br. 1, 245-290 (2009)
• JURAS, D. "Sudska i upravna praksa" Hrvatska komparativna i javna uprava (HKJU – CCPA 15(4): 963–971)
• KARLOVČAN ĐUROVIĆ, LJ; "Upravni spor u praksi Upravnog suda Republike Hrvatske" Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 45, 1/2008., str. 95.-100. 98
• KRILETIĆ, M.; Slobodna ocjena u poreznim stvarima; Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci; (1991) v. 33, br. 1; 2012.; str. 257.-260.
• LJUBANOVIĆ, B; "Novi Zakon o općem upravnom postupku i posebni upravni postupci"
• RAJKO, A., "Zaštita prava službenika pred upravnim sudovima, Aktualnosti upravne prakse i upravnog sudovanja", Inženjerski biro, Zagreb, 2015., str. 215.–216.
• RAJKO, A.; "Diskrecijska ocjena", Pravo i porezi, veljača 2007.br. 2., str. 69-80.
• ŠPRAJC, I; "Uvjeti propisivanja posebnog upravnog postupka; usporedba starog I novog ZUP-a" Hrvatska pravna revija, siječanj 2011., str. 65.
• VEZMAR BARLEK, I; " Primjena načela razmjernosti u praksi Suda Europske unije" Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991) v. 38, br. 1, 673-688 (2017)
Hrvatska javna uprava, 2010., br. 2., str. 319–329

pravni izvori

Europska Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda; NN-MU br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10
Treaty Establishing European Community; Oficial Journal C 325, 24/12/2002 P.0033-0184, Official Journal C 340, 10/11/1997 P.0173 - consolidated version
Protokol (br.5) o Statutu Europske investicijske banke; Službeni list Europske unije C 202/251; 2016.

Ustav Republike Hrvatske; NN 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14;

Zakon o preuzimanju Zakona o upravnom postupku; NN 53/91 i 103/96

Zakon o općem upravnom postupku; NN 47/09

Zakon o upravnim sporovima; NN 20/10, 143/12, 152/14, 94/16, 29/17

Opći porezni zakon; NN 115/16

Zakon o kaznenom postupku; NN 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17

Zakon o obveznim odnosima; NN 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18

Pomorski zakonik; NN 181/04, 76/07, 146/08, 61/11, 56/13, 26/15

Zakon o hrvatskom državljanstvu; NN 53/91, 70/91, 113/93, 4/94, 130/11, 110/15

Zakon o strancima; NN 130/11, 74/13, 69/17, 46/18

poveznice

• EUR-Lex; Pristup zakonodavstvu Europske unije

Slučaj 352/98 Bergaderm protiv Komisije:

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1535544871572&uri=CELEX:62013TJO114)

(zadnje pristupljeno 9/6/2018/23:46)

Treaty establishing the European Community (Consolidated version 2002):

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12002E%2FTXT

(zadnje pristupljeno 15/8/2018/20:42)

• Court of Justice of the European Union

Slučaj C-491/01 British American Tobacco:

http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62001CJ0491&lang1=en&lang2=HR&type=TXT&ancre= (zadnje pristupljeno 10/6/2018/01:03)

• Diskrecijska (slobodna) ocjena - anketa:

https:/docs.google.com/forms/d/1xscoaDCSD145ZBcXVKNVec6Z5SH_2wjKjhDhUbQZzAs/edit#responses (zadnje pristupljeno 30/8/2018/17:59)

9. POPIS SLIKA

Broj	Slika	Broj stranice
1.	Upućenost ispitanika u pravila upravnog postupka	47
2.	Definicija slobodne ocjene	48
3.	Osnove za osporavanje akta	49