

**ZBORNİK RADOVA S
MEĐUNARODNOG ZNANSTVENOG SKUPA
„17. HRVATSKO – FRANCUSKI UPRAVNOPRAVNI DANI“**

**JAVNA SLUŽBA
LA FONCTION PUBLIQUE : ENTRE STATUT ET
CONTRAT**



**HRVATSKO-FRANCUSKI
UPRAVNOPRAVNI DANI**

PRAVNI FAKULTET
SVEUČILIŠTE U SPLITU

ZBORNIK RADOVA S
MEĐUNARODNOG ZNANSTVENOG SKUPA

„17. HRVATSKO – FRANCUSKI
UPRAVNOPRAVNI DANI“

JAVNA SLUŽBA

**LA FONCTION PUBLIQUE : ENTRE STATUT ET
CONTRAT**



HRVATSKO-FRANCUSKI
UPRAVNOPRAVNI DANI

Split / Pariz
21. - 22. rujna 2023. godine

**ZBORNIK RADOVA S MEĐUNARODNOG ZNANSTVENOG SKUPA
„17 . HRVATSKO – FRANCUSKI UPRAVNOPRAVNI DANI“**

Nakladnik

Sveučilište u Splitu
Pravni fakultet
Domovinskog rata 8
21000 Split

CIP...

Urednik nakladničke djelatnosti

Izv. prof. dr. sc. Matko Pajčić,
predsjednik Povjerenstva za izdavačku djelatnost

Urednici izdanja

Profesor emeritus Marc Gjidara
Prof. dr. sc. Vesna Barić Punda
Prof. dr. sc. Bosiljka Britvić Vetma

Izvršni urednici

Doc. dr. sc. Marin Keršić
Josip Tadić, mag. iur.

Grafička priprema i tisak

DES Split

Naklada

150 kom.

Ovaj Zbornik predstavlja rezultat 17. međunarodnog znanstvenog skupa „Hrvatsko – francuski upravno-pravni dani“ na temu „Javna služba“, održane u Splitu 21. - 22. rujna 2023. godine

HRVATSKO-FRANCUSKI UPRAVNOPRAVNI DANI
JOURNÉES JURIDIQUES ET ADMINISTRATIVES FRANCO-CROATES
17. godina/17ème année–Split, 21. i 22. rujna/septembre 2023



**HRVATSKO-FRANCUSKI
UPRAVNOPRAVNI DANI**

«Javna služba»
«La Fonction publique : entre statut et contrat»

Pokroviteljstvo/Patronage

Ministarstvo pravosuđa i uprave Republike Hrvatske
Ministère de la justice et de l'administration de la République de Croatie

Organizatori/Organisateurs

Pravni Fakultet u Splitu/Faculté de droit de Split
Sveučilište Panthéon Assas, Pariz 2/Université Panthéon-Assas, Paris 2
Sveučilište u Splitu/Université de Split
Državni savjet Republike Francuske/Conseil d'État de la République française
Ured za zakonodavstvo Vlade Republike Hrvatske/Bureau de la législation du gouvernement de la République de Croatie
Visoki upravni sud Republike Hrvatske/Haut Tribunal administratif de la République de Croatie
Centar za europsku dokumentaciju i istraživanja - «Robert Schuman» (Split)
Centre d'études et de documentation européennes – «Robert Schuman» (Split)

Uz potporu/Avec le soutien

Ustavnog suda Republike Hrvatske/de la Cour constitutionnelle de la République de Croatie
Veleposlanstva Republike Francuske u Hrvatskoj/de l'Ambassade de France en Croatie
Splitsko-dalmatinske županije/du Comitat de Split-Dalmatie
Grada Splita/de la Ville de Split

Organizacijski odbor/Comité d'organisation

prof. dr. sc. Bosiljka Britvić Vetma (*predsjednica Organizacijskog odbora*)
profesor emeritus Marc Gjidara dr. sc. Ivan Malenica
izv. prof. dr. sc. Ratko Brnabić Zdenka Pogarčić, dipl.iur. dr. sc. Neven Šimac

Tajništvo i kontakt /Secrétariat et contact:

E-mail: upravnopravnidani@pravst.hr
Web-adresa: <https://upravnopravnidani.pravst.unist.hr>

Radni jezici/langues de travail: hrvatski i francuski—simultano prevodenje/français et croate, en traduction simultanée

Održavanje:

Mediterranski institut za istraživanje života - Mediterranean Institute for Life Sciences (MEDILS)
Šetalište Ivana Meštrovića 45, 21000 Split, Hrvatska

Prvi dan: četvrtak, 21. rujna 2023.
Première journée: jeudi, 21 septembre 2023

8:30-9:00 Doček sudionika/Accueil des participants

9:00–10:00 Pozdravna riječ/Allocutions d'ouverture

Ratko BRNABIĆ, Dekan Pravnog fakulteta u Splitu/Doyen de la Faculté de droit de Split

Dragan LJUTIĆ, Rektor Sveučilišta u Splitu/Recteur de l'Université de Split

Quentin EPRON, Maître de conférences, Vice-président de l'Université Panthéon-Assas, Paris 2/Docent, Prorektor Sveučilišta Panthéon-Assas, Pariz 2

Fabien FIESCHI, Veleposlanik Republike Francuske/Ambassadeur de France

Yves GOUNIN, Conseiller d'État, représentant le Vice Président du Conseil d'État/Državni savjetnik, Predstavnik voditelja Državnog savjeta

Inga VEZMAR BARLEK, Predsjednica Visokog upravnog suda Republike Hrvatske/Présidente du Haut Tribunal administratif de la République de Croatie

Predstavnik Gradonačelnika grada Splita/Maire de la Ville de Split

Blaženko BOBAN, Župan Splitsko-dalmatinske županije/Président du Comitat de Split-Dalmatie

Mario JELUŠIĆ, Predstavnik Ustavnog suda Republike Hrvatske/Représentant de la Cour constitutionnelle de Croatie

Zdenka POGARČIĆ, Ravateljica Ureda za zakonodavstvo Vlade Republike Hrvatske/Directrice du Service de législation près le gouvernement de la République de Croatie

Sanjin RUKAVINA, Državni tajnik, Ministarstvo pravosuđa i uprave Republike Hrvatske/Secrétaire d'Etat, Ministère de la justice et de l'administration de la République de Croatie

Jutarnji dio od 10:00 do 13:00 predstavljanje uvodnih izvješća i rasprava
Travaux de la matinée 10:00 à 13:00 présentation des rapports introductifs
et discussion

Tema 1: «Javna služba, status ili zaposlenje: opći aspekti»

Thème 1: «Fonction publique de statut ou d'emploi : aspects généraux»

Predsjedja/Président de séance: Bosiljka BRITVIĆ VETMA, Redovita profesorica Pravnog fakulteta u Splitu/Professeur à la Faculté de droit de Split

10:00–10:20 Zdenka POGARČIĆ, Ravateljica Ureda za zakonodavstvo Vlade Republike Hrvatske/Directrice du Service de législation près le gouvernement de la République de Croatie: «Javna služba u funkciji boljih propisa» (La fonction publique au service de meilleurs règles)

10:20–10:40 Carine SOULAY, *Conseillère d'État, rapporteur à la section de l'administration/Državna savjetnica, izvjestiteljica u Odjel za upravu*: **«Le lien juridique entre employeurs et agents publics : le statut et le contrat, opposés ou complémentaires ?»** (Pravna poveznica (veza) između zaposlenika i javnih službenika: statut i ugovor, suprotni ili komplementarni?)

10:40–11:00 Dario ĐERĐA, *Redoviti profesor u trajnom izboru Pravnog fakulteta u Rijeci/Professeur à la Faculté de droit de Rijeka* – **Marko ŠIKIĆ**, *Redoviti profesor Pravnog fakulteta u Zagrebu/Professeur à la Faculté de droit de Zagreb*: **«Načela obavljanja javne službe u hrvatskom pravu»** (Les principes régissant l'activité de la fonction publique en droit croate)

11:00–11:20 Catherine de SALINS, *Conseillère d'État, présidente adjointe de la section de l'administration/Državna savjetnica, predsjednica Odjela za upravu*: **«De l'ENA à l'INSP, au coeur de la réforme de l'encadrement supérieur de l'État»** (Od Nacionalne škole za javnu upravu do Nacionalnog instituta za javnu službu – naglasak na reformi hijerarhijski viših državnih službenika)

11:20–11:40 Pauza/Pause

Predsjedatelj/Président de séance: Boris LJUBANOVIĆ, *Redoviti profesor u trajnom izboru Pravnog fakulteta u Osijeku/Professeur à la Faculté de droit de Osijek*

11:40–12:00 Quentin EPRON, *Maître de conférences, Vice-président de l'Université Panthéon-Assas, Paris 2/Docent, Prorektor Sveučilišta Panthéon-Assas, Pariz 2*: **«Regard comparatiste sur les variations de l'emploi public»** (Zapošljavanje u javnom sektoru – usporedni prikaz)

12:00–12:20 Jérôme MICHEL, *Conseiller d'État, rapporteur à la section de l'administration/Državni savjetnik, izvjestitelj u odjelu*: **«Le Dialogue social dans la fonction publique»** (Socijalni dijalog u javnoj službi)

12:20–12:40 Mario JELUŠIĆ, *Sudac Ustavnog suda Republike Hrvatske/Juge à la Cour constitutionnelle de la République de Croatie*: **«Javna služba i sukob interesa»** (La fonction publique et le conflit d'intérêts)

12:40–13:00 Okrugli stol/Table ronde

Predsjedatelj/Présidence: **Neven ŠIMAC**, *Predsjedatelj Centra za europsku dokumentaciju i istraživanja «Robert Schuman» u Splitu/Président du Centre de documentation et de recherches européennes «Robert Schuman» de Split*

Prvi dan (popodnevni dio): četvrtak, 21. rujna 2023.

Première journée (travaux de l'après-midi): jeudi, 21 septembre 2023

Popodnevni dio od 14:30 do 16:30 predstavljanje posebnih izvješća i rasprava
Travaux de l'après-midi 14:30 à 16:30 présentation des rapports particuliers et discussion

Tema 2: «Deontologija: prava i obveze»

Thème 2: «Déontologie : droits et obligations»

Predsjedatelj/Président de séance: **Božidar HORVAT**, *Sudac Županijskog suda u Osijeku, privremeno raspoređen na mjesto savjetnika ministra pravosuđa i uprave/Juge du tribunal du comté d'Osijek en détachement temporaire comme conseiller du ministre de la justice et de l'administration*

14:30–14:50 **Laurent CABRERA**, *Conseiller d'État, rapporteur à la section de l'administration et à la section du contentieux/Državni savjetnik, izvjestitelj u Odjelu za upravu i u Odjelu za rješavanje sporova: «La Déontologie des agents publics»* (Deontologija javnih službenika)

14:50–15:10 **Charlotte DENIZEAU**, *Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas, Paris 2/Docentica na Sveučilištu Panthéon-Assas, Pariz 2: «Le principe de neutralité dans la fonction publique»* (Načelo neutralnosti javne službe)

15:10–15:30 **Lana OFAK**, *Redovita profesorica Pravnog fakulteta u Zagrebu/Professeur à la Faculté de droit de Zagreb – Marko TURUDIĆ*, *Izvanredni profesor Pravnog fakulteta u Zagrebu/Professeur à la Faculté de droit de Zagreb: «Odgovornost državnih službenika za štetu»* (La responsabilité des agents publics en cas de dommage)

15:30–15:50 Ivica ŠUŠAK, *Državnik tajnik, Ministarstvo znanosti i obrazovanja/ Secrétaire d'État près le Ministère des sciences et de l'instruction: «Javna služba u visokom obrazovanju»* (La fonction publique dans la supervision de l'enseignement supérieur)

15:50–16:30 Okrugli stol/Table ronde

Predsjedatelj/Présidence: Marc GJIDARA, *Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas, Paris 2/Profesor emeritus Sveučilišta Panthéon-Assas, Pariz 2*

Drugi dan: petak, 22. rujna 2023.

Deuxième journée: vendredi, 22 septembre 2023

Jutarnji dio od 9:30 do 13:30 predstavljanje posebnih izvješća i rasprava
Travaux de la matinée 9:30 à 13:30 présentation des rapports particuliers et discussion

Tema 3: «Javna služba: postupovni i sudski aspekti»

Thème 3: «La Fonction publique : aspects procéduraux et juridictionnels»

Predsjedatelj/Président de séance: Inga VEZMAR BARLEK, *Predsjednica Visokog upravnog suda Republike Hrvatske/Présidente du Haut Tribunal administratif de la République de Croatie*

9:30–9:50 Bosiljka BRITVIĆ VETMA, *Redovita profesorica Pravnog fakulteta u Splitu/Professeur à la Faculté de droit de Split – Frane STANIČIĆ*, *Redoviti profesor Pravnog fakulteta u Zagrebu/Professeur à la Faculté de droit de Zagreb: «Pristup javnoj službi u hrvatskom pravu»* (L'accès à la fonction publique en droit croate)

9:50–10:10 Blaža TURIĆ, *Sutkinja Visokog upravnog suda Republike Hrvatske/ Juge au Haut tribunal administratif de la République de Croatie: «Upravnosudska zaštita prava i odgovornosti državnih službenika»* (La protection par le juge administratif des droits et devoirs des agents de l'État)

10:10–10:30 Ivan MALENICA, *Ministar pravosuđa i uprave – Nataša ŽUNIĆ KOVAČEVIĆ*, *Redovita profesorica u trajnom izboru Pravnog fakulteta u Rijeci*/Professeur à la Faculté de droit de Rijeka: **«Važnost javnih službenika»** (L'importance de la fonction publique)

10:30–10:50 Pauza/Pause

Tema 4: «Pogled s Europskog suda za ljudska prava»

Thème 4: «Vues de la Cour européenne des droits de l'homme»

Predsjedatelj/Président de séance: Yves GOUNIN, *Conseiller d'État/Državni savjetnik*

10:50–11:10 Marko BOŠNJAK, *Juge à la Cour Européenne des Droits de l'Homme, vice-président (Slovénie)*/Sudac Europskog suda za ljudska prava (Slovenija), *dopredsjedatelj: «Le statut et l'indépendance des juges : leur nomination, mutation et révocation»* (Status i neovisnost sudaca: njihovo imenovanje, premještanje i razriješenje)

11:10–11:30 Branko LUBARDA, *Juge à la Cour Européenne des Droits de l'Homme (Serbie)*/Sudac Europskog suda za ljudska prava (Srbija): **«La protection du lanceur d'alerte dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et les devoirs de loyauté, de réserve et de discrétion du salarié du secteur public envers l'employeur»** (Zaštita zviždača u praksi Europskog suda za ljudska prava, dužnost lojalnosti, suzdržanost i njihovo diskrecijsko pravo u javnom sektoru prema poslodavcu)

11:30–11:50 Mattias GUYOMAR, *Juge à la Cour Européenne des Droits de l'Homme (France)* Sudac Europskog suda za ljudska prava (Francuska): **«Procédure disciplinaire dans la fonction publique»** (Stegovni postupak u javnoj službi)

11:50–12:10 Ioannis KTISTAKIS, *Juge à la Cour Européenne des Droits de l'Homme (Grèce)*/Sudac Europskog suda za ljudska prava (Grčka): **«L'obéissance hiérarchique (étendue et limites)»** (Hijerarhija poslušnosti (opseg i ograničenja))

12:10–12:30 Davor DERENČINOVIĆ, *Sudac Europskog suda za ljudska prava (Hrvatska)*/Juge à la Cour Européenne des Droits de l'Homme (Croatie): **«Sloboda izražavanja i prevencija korupcije u javnoj službi»** (Liberté d'expression et prévention de la corruption dans la fonction publique)

12:30-12:50 Krešimir KAMBER, *Europski sud za ljudska prava, ured Jurisconsulta (Hrvatska)/Cour Européenne des Droits de l'Homme, Jurisconsulta (Croatie): «Prekoračenje ovlasti u svijetlu članka 18. Konvencije» (Le détournement de pouvoir dans l'optique de l'article 18 de la Convention)*

12:50–13:20 Okrugli stol/Table ronde

Predsjedatelj/Présidence: Catherine de SALINS, *Conseillère d'État, présidente adjointe de la section de l'administration/Državna savjetnica, predsjednica Odjela za upravu*

13:20–13:30 Zaključak/Synthèse des travaux du colloque

Božidar HORVAT, *Sudac Županijskog suda u Osijeku, privremeno raspoređen na mjesto savjetnika ministra pravosuđa i uprave/Juge du tribunal du comté d'Osijek en détachement temporaire comme conseiller du ministre de la justice et de l'administration*

13:30–15:00 Ručak i kraj Simpozija/Déjeuner et fin du Colloque

SADRŽAJ

Prof. dr. sc. Dario Đerđa i prof. dr. sc. Marko Šikić Načela obavljanja javne službe u hrvatskom pravu	1
Prof. dr. sc. Bosiljka Britvić Vetma i prof. dr. sc. Frane Staničić Pristup javnoj službi u hrvatskom pravu	25
Izv. prof. dr. sc. Marko Turudić i prof. dr. sc. Lana Ofak Odgovornost državnih službenika za štetu	49
Prof. dr. sc. Nataša Žunić Kovačević i dr. sc. Ivan Malenica Važnost javnih službenika.....	65
Marko Bošnjak L'indépendance de la justice dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme designation et revocation des juges.....	85
Mattias Guyomar La procedure disciplinaire et les sanctions de la fonction publique saisies par la convention européenne des droits de l'homme	97
Prof. dr. sc. Davor Derenčinović Sloboda izražavanja i prevencija korupcije u javnoj službi	113
Dr. sc. Krešimir Kamber Prekoračenje ovlasti u svijetlu članka 18. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava	123
Carine Soulay Le lien juridique entre employeurs et agents publics en france: le statut et le contrat, opposes ou complementaires?	135
Laurent Cabrera La deontologie des agents publics.....	143
Jérôme Michel Le dialogue social dans la fonction publique	153
Quentin Epron Une perspective comparatiste sur la place et le statut des agents publics : le pouvoir présidentiel de revocation des agents federaux en droit des etats-unis d'amerique.....	163
Charlotte Denizeau Le principe de neutralité dans la fonction publique française	169

Prof. dr. sc. Dario Đerđa, Pravni fakultet Sveučiliša u Rijeci*
Prof. dr. sc. Marko Šikić, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu**

NAČELA OBAVLJANJA JAVNE SLUŽBE U HRVATSKOM PRAVU

UDK: 35(497.5)
35.07(497.5)
Izvorni znanstveni rad
Primljeno: 4. 12. 2023.

Cilj je ovoga rada utvrditi postoje li jedinstvena pravila na razini pravnih načela u Republici Hrvatskoj, a koja trebaju obvezivati sve pružatelje javnih službi, ali i javnu vlast koja ustrojava, vrednuje i nadzire obavljanje djelatnosti koje se provode u režimu javnih službi, sve s ciljem zaštite prava korisnika ovih usluga. U radu se najprije ukazuje na značaj i primjenjivost pravnih načela uopće. Zatim se analiziraju neki zakoni kojima je uređeno obavljanje društvenih, kao i gospodarskih javnih službi, kao i propisi Europske unije o službama od općeg društvenog interesa. Konačno, zaključuje se koja su načela zajednička obavljanju svake javne službe te koje je njihovo značenje, a kako bi se oblikovao zajednički i poopćeni pravni režim ovih načela.

Ključne riječi: *javne službe, načela, Republika Hrvatska*

1. UVOD

Pružanje javnih usluga, kao i briga o pružanju javnih usluga, danas predstavlja jednu od osnovnih zadaća javne uprave u svakoj suvremenoj državi. Ovu zadaću neke su države, posebno industrijske države Europe, na sebe preuzele još u drugoj polovini 19. stoljeća te se pružanje javnih usluga pokazalo esencijalnim za prosperitet ne samo ondašnjih gradova, već i cjelokupne snage država.¹ U to se vrijeme širom Europe javlja sve veći broj djelatnosti koje obavljaju upravna tijela, a za koje država preuzima ustrojstvene, personalne, financijske i druge terete, što omogućuje da koristi takvih usluga bez naplate ili uz naplatu minimalnog dijela stvarne cijene uživaju svi stanovnici. Ove djelatnosti, koje su se smatrale nužnima za uredno funkcioniranje državne, područne ili lokalne zajednice, predstavljale su gradivni element socijalne države,² a danas je bez njih život potpuno nezamisliv.

* Prof. dr. sc. Dario Đerđa, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci. E-mail: dariod@pravri.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1095-1155>.

** Prof. dr. sc. Marko Šikić, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu. E-mail: marko.sikic@pravo.unizg.hr. ORCID: 0000-0002-0146-9391.

¹ V. Pusić, E., *Država i državna uprava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 2007., str. 19.

² Vidi Koprić, I.; Marčetić, G.; Musa, A.; Đulabić, V.; Lalić Novak, G., *Upravna znanost: javna uprava u suvremenom europskom kontekstu*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 2021., str. 7. i 234.

Stoga se upravo pružanje javnih usluga, tj. osiguranje pružanja javnih usluga, uz autoritarnu funkciju države koja je prisutna od najstarijih vremena ove organizacije, javlja se kao jedna od njezinih temeljnih zadaća.

Pružanje javnih usluga odnosi se na široka područja društvenog života, poput pružanja usluga u području odgoja i obrazovanja, zdravstvene i socijalne skrbi, kulture, mirovinskih, zdravstvenih i invalidskih osiguranja itd. Ono se, ujedno, odnosi i na pružanje brojnih usluga koje povećavaju kvalitetu života građana, poput komunalnih usluga, tj. opskrbe pitkom vodom, odvodnje oborinskih i otpadnih voda, prikupljanja i zbrinjavanja otpada, rad tržnica na malo i sl. Također, odnosi se na pružanje usluga u području informacijskih djelatnosti, poput katastarske ili meteorološke djelatnosti, ali i tehničkih djelatnosti, poput pružanja poštanskih usluga, telefonskih komunikacija, osiguravanja željezničkog, riječnog i pomorskog prijevoza putnika, opskrbe stanovnika električnom, toplinskom i drugim vrstama energije itd.³

Javne usluge u suvremenom društvu usko se vezuju uz pojam „javne službe“. Javna služba uvriježeni je pojam u teoriji upravnoga prava, a posljednjih 30-ak godina i u hrvatskom zakonodavstvu. Povijesno gledajući nastao je krajem 19. stoljeća u praksi francuskog Državnog savjeta, a u svom izvornom značenju (franc. *service public*), označavao je „aktivnost uprave prema načelima javnog prava“⁴ ili „tehnički postupak preko kojega se zadovoljavaju potrebe od općeg interesa“.⁵ Upravo se zadovoljenje potreba od općeg interesa za cjelokupnu zajednicu u francuskoj teoriji upravnoga prava uzimalo kao osnovni distinktivni element u određivanju sadržaja pojma „javne službe“ te su se one karakterizirale prema „općem interesu“ koji su imale za zajednicu u kojoj su se obavljale.⁶ Pojam javne službe u Francuskoj se toliko inherentno vezao uz zadaće države da se u prvoj polovini 20. stoljeća u pravnoj teoriji počelo isticati kako je „čitava država tek skup javnih službi“, jer moderna država više ne predstavlja samo „suverenu vlast koja zapovijeda, već skupinu pojedinaca koji su autoritet dužni upotrijebiti za organiziranje i upravljanje

³ Može se ustvrditi kako je interes neke društvene zajednice osigurati pristup temeljnoj razini obrazovanja svim građanima na svojem području, neovisno o njihovu materijalnom statusu, kao što je interes takve zajednice osigurati kontinuirano prometovanje javne autobusne linije prema prigradskom naselju, unatoč tome što ponekad tijekom dana nema dovoljnog broja putnika. Jednako je i s radom muzeja, javnih knjižnica, opskrbom energentima, zbrinjavanjem otada i sl. *Ibid.*, str. 7. i 235.

⁴ Tako je npr. Waline isticao kako je javna služba svaka djelatnost administracije koja se obavlja pod vladavinom javnog prava. Citirano prema Borković, I., *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2002., str. 12.

⁵ Ovako je javne službe shvaćao Jéze u Jéze, G., *Les principes généraux du droit administratif. Tom 3. Le fonctionnement des services publics*, Marcel Giard, Paris 1926., str. 36., citirano prema Borković, *op. cit.* u bilj. 4, str. 12.

⁶ Auby J. M., *Droit Administratif Special*, Sirey, Paris 1966., str. 120. i Laubadere A., *Manuel de droit administratif*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1969., str. 19. Citirano prema Borković, *op. cit.* u bilj. 4., str. 13.

javnim službama“.⁷ Ovakvo se shvaćanje vremenom proširilo i na druge države europskog kontinenta, a zatim i izvan Europe.

Javne službe su djelatnosti s gospodarsko-komercijalnih elemenata, koje se u nekoj zajednici obavljaju u javnom interesu, pod posebnim pravnim režimom i za koje javna vlast snosi barem dio ustrojstvenih, financijskih i drugih tereta, ali i konačnu odgovornost za pravilno funkcioniranje tih službi prema građanima.⁸ I danas se u pravnoj teoriji ističe kako je upravo opći interes obavljanja neke djelatnosti za zajednicu u kojoj se takva djelatnost obavlja, ključni element razlikovanja javne službe od neke druge djelatnosti.⁹ Međutim, uz opći interes, kao glavne komponente javnih službi još se ističu zadovoljavanje javnog interesa u nekoj zajednici obavljanjem takve službe, poseban pravni režim njezina vršenja te krajnja odgovornost političke vlasti za uredno funkcioniranje te službe.¹⁰ Dakle, shvaćanjem neke djelatnosti kao javne službe, društvena zajednica podvrgava takvu djelatnost posebnom pravnom režimu, odnosno posebnim upravnopravnim propisima te skrbi o njezinu nesmetanom obavljanju.¹¹

Radi važnosti javnih službi za svakodnevni život građana u državi, jedinici područne (regionalne) ili lokalne samouprave, javna vlast ima važnu ulogu u određivanju neke službe javnom službom, propisivanju pravnoga režima njezina obavljanja, osiguravanju ustrojstvenih, kadrovskih, tehničkih i financijskih pretpostavki za njezino funkcioniranje, vrednovanju njezine kvalitete te provedbi nadzora zakonitosti i pravilnosti njezinog obavljanja. U pravnim sustavima Hrvatskoj susjednih država ne susreću se jedinstveni zakoni koji utvrđuju koje se djelatnosti imaju smatrati javnim službama. U nekim državama postoje propisi koji na generalni način uređuju obavljanje takvih djelatnosti, kao što je to slučaj

⁷ Duguit, L., *Les transformations du droit public*, Librairie Armand Colin, Paris 1927., str. 59., citirano prema Borković, *op. cit.* u bilj. 4, str. 13. Promjena karaktera i područja rada uprave, nastala kao posljedica posebnog shvaćanja nove uloge države u fazi razvijenog kapitalizma, znatno je utjecala na stvaranje i razvoj javnih službi. U eri liberalizma, što ga karakterizira shvaćanje države kao „noćnog čuvara“, javne su službe bile rijetke, a intervencija države u djelatnost pojedinih privatnih službi i drugih asocijacija svedena na minimum. Vremenom država preuzima proaktivniju ulogu intervenirajući u ustroj i reguliranje različitih službi nužnih za svakodnevni život građana i osiguranje proizvodnje. Borković, *op. cit.* u bilj. 4, str. 14.

⁸ Koprić *et al.*, *op. cit.* u bilj. 2, str. 234.

⁹ Borković ističe kako materijalni pojam javne službe glavno težište stavlja na prirodu službe, tj. na njezin materijalni sadržaj. Za ovaj pojam bitno je da određena služba ima posebnu važnost za ostvarenje određenih interesa društvene zajednice kako bi joj se priznao karakter javne službe. Za razliku od materijalnog pojma javne službe, formalni pojam naglasak stavlja na samog nositelja službe. Drugim riječima, kako bi se neka služba smatrala javnom službom, treba je obavljati neka osoba javnoga prava. Ovaj pristup u pravnoj teoriji trpi niz kritika te se smatra neprimjerenim suvremenom upravnom razvoju. Borković, *op. cit.* u bilj. 4, str. 15.

¹⁰ Ponekad se upravo posebnim pravnim režimom obavljanja neke djelatnosti jamči minimalna razina dostupnosti usluge svim građanima. Za neke od tih djelatnosti država, jedinice područne (regionalne) ili lokalne samouprave snose financijski teret osnivanja te isplate plaća zaposlenika, a sve kako bi osigurali nesmetano, opće, jednako i kontinuirano obavljanje ovih djelatnosti. U nekim slučajevima oni čak snose i cjelokupan financijski teret obavljanja službe, pa se korisnici uslugama koriste besplatno ili plaćaju participaciju, kao tek dio stvarne cijene pružene usluge. Koprić *et al.*, *op. cit.* u bilj. 2, str. 234.

¹¹ V. Krbek, I., *Pravo javne uprave FNRJ, I. knjiga: Osnovna pitanja i prava građana*, Birozavod, Zagreb 1960., str. 7.

u Sloveniji.¹² Određivanje neke djelatnosti javnom službom propušteno je državi, odnosno jedinici područne (regionalne) ili lokalne samouprave koji trebaju procijeniti ima li neka specifična djelatnosti posebno značenje za njezine građane i njihov svakodnevni život. U pravnoj teoriji ističe se kako određivanje neke službe javnom službom materijalno uvjetuje važnost takve djelatnosti, koja po svojoj prirodi treba biti takva da je prijeko potrebna za zadovoljavanje općih društvenih potreba, a formalno, propisivanje takve djelatnosti javnom službom općim propisom koji u pravilu utvrđuje i pravni režim njezina obavljanja.¹³

Pojam „javne službe“ na prostoru današnje Hrvatske koristio se od 1952., u koje se vrijeme zakonima tadašnje jugoslavenske države čitav niz djelatnosti utvrdio javnim službama. Nakon 1963. ovaj se pojam više nije koristio, jer ga je zamijenio pojam „radnih organizacija“ koje su se javljale kao nositelji obavljanja gospodarskih, ali i društvenih djelatnosti. Nakon 1974., u tadašnjem Ustavu, a vrlo često i zakonima, javne službe nazivane su „djelatnostima odnosno poslovima od općeg društvenog interesa“.¹⁴ Pojam „javna služba“ u Hrvatskoj se ponovno javlja u Ustavu iz 1990.,¹⁵ a zatim i u hrvatskom zakonodavstvu.¹⁶ Na žalost, zakonodavstvo u potpunosti ne slijedi ustavnu terminologiju pa je danas u zakonima moguće pronaći različite pojmove koji upućuju na obavljanje neke djelatnosti kao javne službe. Tako se pored pojma „javna služba“, u hrvatskom zakonodavstvu često koriste pojmovi „javna usluga“, „djelatnost od javnog interesa“, „djelatnost od posebnog društvenog interesa“, „djelatnost od interesa za Republiku Hrvatsku“, „djelatnost od posebnog interesa za Republiku Hrvatsku“, „usluga od posebnog interesa za Republiku Hrvatsku“, „usluga i djelatnost od posebnog interesa za Republiku Hrvatsku“, „služba od općeg gospodarskog interesa“ i sl.,¹⁷ a što sve otežava utvrđivanje radi li se u konkretnom slučaju o javnoj službi ili ne, te treba li se takva služba provoditi u posebnom pravnom režimu.

¹² V. Zakon o gospodarskim javnim službama, Uradni list Republike Slovenije, br. 32/1993, 30/1998, 127/2006, 38/2010. Ovim Zakonom definirane su javne službe, utvrđeni su modaliteti njihova obavljanja, financiranje, zaštita korisnika te nadzor nad pružateljima usluga određenih kao javne službe.

¹³ Borković, *op. cit.* u bilj. 4, str. 16.

¹⁴ *Ibid.*, str. 17.

¹⁵ Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010, 5/2014.

¹⁶ Tako je primjerice člankom 1. stavak 3. Zakona o predškolskom odgoju i obrazovanju, Narodne novine, br. 10/1997, 107/2007, 94/2013, 98/2019, 57/2022, propisano kako se djelatnost predškolskog odgoja obavlja kao javna služba, a isto je člankom 3. stavak 1. Zakona o odgoju i obrazovanju u osnovnoj i srednjoj školi, Narodne novine, br. 87/2008, 86/2009, 92/2010, 105/2010, 90/2011, 5/2012, 16/2012, 86/2012, 126/2012, 94/2013, 152/2014, 7/2017, 68/2018, 98/2019, 64/2020, 133/2020, 151/2022, propisno za djelatnost osnovnog i srednjeg odgoja i obrazovanja. Člankom 28. stavak 1. Zakona o zdravstvenoj zaštiti, Narodne novine, br. 100/2018, 125/2019, 133/2020, 147/2020, 136/2021, 119/2022, 156/2022, 33/2023, propisano je kako je zdravstvena djelatnost od interesa za Republiku Hrvatsku koja se obavlja kao javna služba, a člankom 1. Zakona o ljekarništvu, Narodne novine, br. 117/2008, kako se organiziranje i provođenje ljekarničke djelatnosti, kao dijela zdravstvene djelatnosti od interesa za Republiku Hrvatsku, obavlja kao javna služba. Također, člankom 3. stavak 1. Zakona o kazalištima, Narodne novine br. 23/2023, propisano je kako je kazališna djelatnost od interesa za Republiku Hrvatsku i obavlja se kao javna služba, člankom 5. stavak 2. Zakona o hidrografskoj djelatnosti, Narodne novine, br. 68/1998, 110/1998, 163/2003, 71/2014, kako se hidrografska djelatnost obavlja kao javna služba itd.

¹⁷ Koprić *et al.*, *op. cit.* u bilj. 2, str. 256.

Ustrojstvo i funkcioniranje javnih službi niti u Republici Hrvatskoj nije uređeno jedinstvenim zakonom, već je prepušteno reguliranju zakonima i općim aktima koji određuju neku djelatnost javnom službom. Određenoj djelatnosti karakter javne službe priznaje Republika Hrvatska kao država, županija kao jedinica područne (regionalne) samouprave ili grad, odnosno općina kao jedinica lokalne samouprave i to radi izuzetne važnosti koju konkretna djelatnost i njezino redovito obavljanje imaju za opći interes njezinih stanovnika. Na razini Republike Hrvatske određenu djelatnost javnom službom utvrđuje zakonom Hrvatski sabor. Na razini jedinice područne (regionalne) samouprave nekoj djelatnosti karakter javne službe podjeljuje županijska skupština svojom odlukom, donesenom u obliku općeg akta. Konačno, na razini jedinica lokalne samouprave nekoj djelatnosti karakter javne službe podjeljuje gradsko, odnosno općinsko vijeće, također, odlukom donesenom u obliku općeg akta. Posebno se na područnoj (regionalnoj) i lokalnoj razini ogleda divergentnost utvrđivanja neke djelatnosti kao javne službe. Ovo je često opravdano, jer, primjerice, primorske općine koje tradicionalno njeguju turističku djelatnost, javnom službom mogu utvrditi uređivanje i održavanje plaža, dok se u brdsko-planinskim općinama nužno djelatnošću u zimskim uvjetima smatra održavanje prometnica prohodnima. Stoga, različiti značaj koji županijska skupština ili gradsko, odnosno općinsko vijeće pridaje istoj djelatnosti ne treba smatrati nedostatkom, već odrazom shvaćanja važnosti obavljanja neke djelatnosti u društvenoj zajednici. Djelatnosti koje su posebno važne za svakodnevni život svih stanovnika Hrvatske, zakonom su utvrđene javnim službama na državnoj razini.

Međutim, ono što se u Hrvatskoj pokazuje nedostatkom u pravnoj regulaciji javnih službi jest nepostojanje jedinstvenih pravila sukladno kojima se ove službe trebaju obavljati. Pravila obavljanja ovih djelatnosti nisu poopćena, već su specifično regulirana u zakonima i općim aktima kojima se uređuje obavljanje svake od ovih djelatnosti. Stoga bi, s ciljem ujednačenoga pravnog režima obavljanja djelatnosti koje su utvrđene javnom službom, barem na načelnom nivou, bilo korisno utvrditi načela sukladno kojima se u Republici Hrvatskoj ove djelatnosti trebaju obavljati. Ovo posebno na značenju dobiva danas, u vrijeme liberalizacije, privatizacije, komercijalizacije i deregulacije javnih službi.¹⁸ U nedostatku jedinstvenih pravnih pravila kojima se regulira način obavljanja javnih službi, bilo bi korisno utvrditi makar načela obavljanja ovih službi, a koja bi služila kao vodilja ne samo pružateljima usluga koje su utvrđene javnim službama, već i zakonodavcu te predstavničkim tijelima jedinica područne (regionalne) i lokalne samouprave pri utvrđivanju posebnog pravnog režima ovih službi. Cilj je ovoga rada utvrditi postoje li jedinstvena pravila na razini pravnih načela u Republici Hrvatskoj, a koja trebaju obvezivati sve pružatelje javnih službi, ali i javnu vlast koja ustrojava, vrednuje i nadzire obavljanje djelatnosti koje se provode u režimu javnih službi, sve s ciljem zaštite prava korisnika ovih usluga. U radu se, stoga, najprije ukazuje na značaj i primjenjivost pravnih načela uopće. Zatim se analiziraju neki zakoni kojima je uređeno obavljanje društvenih, kao i gospodarskih javnih službi, kao i propisi

¹⁸ O ovome više v. u: Koprić *et. al.*, *op. cit.* u bilj. 2, str. 8.

Europske unije o službama od općeg društvenog interesa. Konačno, zaključuje se koja su načela zajednička obavljanju svake javne službe te koje je njihovo značenje, a kako bi se oblikovao zajednički i poopćeni pravni režim ovih načela.

2. ZNAČAJ NAČELA U PRIMJENI PRAVA

Načela iskazuju temeljne vrijednosti kojima pravni sustav služi te su od presudne važnosti stvaranje, tumačenje i primjenu svih ostalih pravnih normi. Pritom te vrijednosti vrlo čestu nisu ograničene isključivo na pravni sustav, nego ukazuju i na određene moralne te društvene vrijednosti i interese.¹⁹ Velik broj autora upozorava kako su pravna načela izraz koji nema općeprihvaćeno tumačenje ni u samom značenju te riječi, ni u tumačenju razlikovnih obilježja u odnosu na pravna pravila, ni u razumijevanju „stupnja” njihove obvezatnosti. Samim time načelima je teško odrediti hijerarhijski položaj u pravnom sustavu, te ih je vrlo teško i sistematizirati.²⁰

U teoriji se ističe da je obilježje *obvezatnosti* poveznica između pravnog pravila i izričitog pravnog načela. Međutim, pojam pravnih načela smatra se puno složenijim pojmom. Tako se ističu dva obilježja pravne norme koja se smatra i pravnim načelom: *temeljni karakter* i *neodređenost*.²¹ *Temeljni karakter* načela podrazumijeva da su načela temeljne norme u smislu što daju temelj i/ili vrijednosno (etičko-političko) opravdanje drugim normama (u pravilu svako načelo tvori vrijednosni temelj mnoštvu drugih normi). Temeljni karakter načelnih normi ogleda se, nadalje, i u tome što one, sa svoje strane, nemaju ili ne zahtijevaju nikakav vrijednosni temelj, nikakvo etičko-političko opravdanje, jer ih se u postojećoj pravnoj kulturi doživljava kao očevidno „pravedne“ ili „ispravne“ norme.²² Osobito obilježje *neodređenosti* načela kao pravne norme ogleda se, ističe pravna teorija, u barem tri oblika: otvorenom činjeničnom stanju, „otklonjivosti“ ili „derogabilnosti“,²³ i općenitosti.²⁴ Također, ističe se i da obilježje neodređenosti znači da čak i ona načela koja najviše nalikuju pravnim pravilima ne izazivaju automatski pravne posljedice, dok pravna

¹⁹ V. više u: Visković N., *Teorija države i prava*, Birotehnika, CDO, Zagreb 2001., str. 173., Pavčnik, M., *Teorija prava*, GV Založba, Ljubljana 2011., str. 123. i Grubišić, K. *Sveučilišno pravo i pravo znanstvenih organizacija, Komentar Zakona o visokom obrazovanju i znanstvenoj djelatnosti*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2023., str. 11. i 12.

²⁰ V. više u: Dworkin, R., *Shvaćanje prava ozbiljno*, KruZak, Zagreb 2003., str. 56., Pavčnik, M., *Teorija prava*, Cankarjeva založba, Ljubljana 2001., str. 501. i Grubišić, *op. cit.* u bilj. 19, str. 12.

²¹ V. Guastini, R., *Sintaksa prava*, Naklada Breza, Zagreb 2016., str. 77. i dalje. i Grubišić, *op. cit.* u bilj. 19, str. 96.

²² V. Guastini, *op. cit.* u bilj. 21, str. 78.

²³ „Norma je neotklonjiva kada ne dopušta iznimke, ili bolje rečeno, ne dopušta druge iznimke osim onih koje su izrijekom utvrđene njome ili drugim normama istog pravnog poretka. Naprotiv, norma je otklonjiva kada dopušta implicitne iznimke, koje nisu utvrđene ni njome ni bilo kojom drugom normom pravnog poretka, pa je, prema tome, potpuno neodređena.“ V. *ibid.*, str. 79.

²⁴ *Loc. cit.*

pravila takve posljedice izazivaju.²⁵ Slično tome tumači se i kako pravno pravilo izražava vrstu ponašanja, dok pravna načela posreduju “samo” kriterij vrijednosti, usmjeravajući sadržajno opredjeljenje pravnih pravila, njihovo razumijevanje i provedbu. Prema tome, obvezna pravna načela predmet su tumačenja i normativne konkretizacije.²⁶

Pravna teorija razvrstava načela u tri osnovne skupine. Prvu skupinu čine *ustavna načela* i načela koja imaju *zakonski rang*. Važnost ustavnih načela jest u tome što je ustav nadređen zakonu, te su i ustavna načela za zakonodavca apsolutno obvezujuća. Zakonska načela, pak, može se ograničiti ili ukinuti samim zakonom.²⁷ Druga skupina obuhvaća načela koja pokrivaju čitav poredak („*opća načela u užem smislu*“) i načela koja se odnose samo na jedno njegovo posebno područje ili čak pojedino pitanje („*posebna načela*“). Opća načela u užem smislu uglavnom su istodobno i ustavna načela, ali su ponekad i zakonska načela. Među posebnim načelima, onima koja obilježavaju neko posebno područje pravnog poretka – npr. upravno pravo ili procesno pravo – neka su ustavnog, a neka zakonskog ranga. Konačno, treća skupina načela obuhvaća *izražena načela* i *neizražena ili implicitna načela*. Izražena načela su ona koja su izrijeком formulirana u posebnoj (ustavnoj ili zakonskoj) normativnoj odredbi. Neizražena načela su ona koja nisu izrijeком formulirana ni u jednoj (ustavnoj ili zakonskoj) normativnoj odredbi, nego su ih razvili ili „konstruirali“ tumači. Naravno, prilikom formuliranja neizraženog načela tumači se ne postavljaju kao zakonodavci, nego samo pretpostavljaju da je to načelo implicitno prisutno u diskursu izvora prava.

3. NAČELA OBAVLJANJA JAVNIH SLUŽBI

S obzirom da u Republici Hrvatskoj ne postoje opća pravila koja bi se primjenjivala na utvrđivanje, ustroj i pružanje usluga koje se obavljaju kao javne službe, postavlja se pitanje u skladu s kojim se načelima ove usluge trebaju pružati. Odgovor na ovo pitanje treba potražiti kako u pravnoj teoriji, tako i u zakonima koji uređuju obavljanje djelatnosti koje su utvrđene javnim službama. Na taj način doći će se do zaključka koja načela su opće primjenjiva u obavljanju svih javnih službi te koji je sadržaj ovih načela.

²⁵ V. Dworkin, *op. cit.* u bilj. 20, str. 36.–38. i Grubišić, *op. cit.* u bilj. 19, str. 96. Dworkin ističe i da načela imaju dimenziju težine ili važnosti koja pravna pravila nemaju. Ta dimenzija osobito dolazi do izražaja kada su dva načela ili više njih u sukobu te se mora prosuditi koje je načelo važnije.

Važno je navesti i Dworkinova razmišljanja o razlikovanju pravnih pravila od „načela, politike i drugih vrsta standarda“. Naime, iako pojam „načela“ obuhvaća „načela, politike i drugih vrsta standarda“, odnosno čitav niz standarda koji nisu pravna pravila, Dworkin ipak navodi distinkciju između politike kao vrste standarda koji predstavljaju neki društveni cilj koji se mora ostvariti, od načela kao standarda koji se moraju poštovati kao, primjerice, zahtjev pravednosti ili pravičnosti ili neke druge dimenzije moralnosti. V. Dworkin, *op. cit.* u bilj. 20, str. 33.–34.

²⁶ V. Pavčnik, *op. cit.* u bilj. 19, str. 122. i Grubišić, *op. cit.* u bilj. 19, str. 96.

²⁷ V. Guastini, *op. cit.* u bilj. 21, str. 81.

Razmatrajući obilježja ustroja i djelovanja javnih službi, Borković je utvrdio četiri načela u skladu s kojima se ove djelatnosti trebaju obavljati. To su *načelo kontinuiteta*, *načelo prilagodljivosti*, *načelo primata* javne službe i *načelo nemerkantilnosti*. Pri tome, nije detaljno ulazio u sadržaj svakoga od ovih načela, već ih je samo definirao. Ustvrdio je kako *načelo kontinuiteta* zahtjeva da javna služba funkcionira neprekinuto, kako se sukladno *načelu prilagodljivosti* javna služba mora prilagođavati promjenjivim potrebama javnog prava, kako *načelo primata* javne službe označava obvezu javne vlasti osigurati pružanje takve službe, unatoč mogućnostima njezina obavljanja i u privatnom režimu te kako, sukladno *načelu nemerkantilnosti*, javna vlast treba osigurati obavljanje službe čak i unatoč njezinoj negativnoj financijskoj bilanci.²⁸

Načela sukladno kojima trebaju djelovati javne službe prepoznaju se i u stajalištima Koprića, Marčetić, Muse, Đulabića i Lalić Novak. Iako njihova analiza nije usmjerena izravno na načela obavljanja javnih službi, oni su u pravnoj teoriji iznijeli neke zahtjeve u skladu s kojima se ove službe trebaju obavljati. Naglašavaju kako se javne službe trebaju obavljati sukladno *načelima univerzalnosti, kontinuiteta, kvalitete, pristupačnih cijena (priuštivosti) te zaštite korisnika i potrošača*.²⁹ Pri tome ističu kako *univerzalnost* podrazumijeva opći pristup svih potencijalnih korisnika takvoj službi. Dodaju kako *kontinuitet* označava neprestano izvođenje takve službe. Smatraju *kvalitetu* javne službe njezinom važnom pretpostavkom te objašnjavaju kako se kvaliteta ove službe održava i na njoj se inzistira kroz regulaciju i nadzor javne vlasti nad njezinim obavljanjem. Ističu kako u nekim slučajevima javna vlast treba intervenirati u modalitete obavljanja službe s ciljem ispravljanja nedostataka u njezinu radu, a što je posebno važno za službe od općeg gospodarskog interesa. Nastavljaju kako *kvalitetu* ovih službi država osigurava u prvom redu propisivanjem obveze njezina vršenja, postavljanjem standarda kvalitete, praćenjem situacije na tržištu i stvaranjem regulacijskog okružja u kojem se između različitih pružatelja javnih službi može ostvariti korektna tržišna utakmica. *Pristupačnošću cijena* smatraju njihovu *priuštivost* svim kategorijama građana, a koja se nerijetko ostvaruje putem naknada kojima javna vlast sudjeluje u troškovima obavljanja takve službe. Financiranje ili sufinanciranje nekih djelatnosti sagledavaju kao posljedicu obveze pružanja javne službe utvrđenu upravo od javne vlasti. Naknadu za njezino obavljanje koju javna vlast plaća pružatelju službe shvaćaju kao vid kompenzacije, jer pružatelj takvu službu mora obavljati sukladno utvrđenim pravilima i ne može postupat samostalno, kao da takve obveze nema. Konačno, *zaštita korisnika i potrošača* prema njihovom se mišljenju ostvaruje praćenjem, nadziranjem i vrednovanjem rada javnih službi, a sve s ciljem osiguravanja obavljanja tih djelatnosti na način

²⁸ Ova načela obavljanja javne službe Borković je preuzeo od de Laubaderea. V. Borković, *op. cit.* u bilj. 4, str. 16. i 27.

²⁹ O navedenim načelima v. i u: Đulabić, V., *Socijalne službe u konceptu službi od općeg interesa*, Revija za socijalnu politiku, god. 14. 2/2007., str. 143. i 144.

koji će zadovoljiti važne javne potrebe i temeljne društvene vrijednosti.³⁰ Ističu važnost prikupljanja i analize podataka, značaj donošenja personalnih i financijskih odluka koje utječu na subjekte koji obavljaju ove službe, praćenje i vrednovanje izvještaja koje pružatelji podnose osnivaču, javnu objavu tih izvještaja te upravni i sudski nadzor koji se obavlja nad javnim službama, kao važne mehanizme utjecaja na kvalitetu njihova obavljanja.³¹

Razvidno je kako se razmišljanja Koprića, Marčetić, Muse, Đulabića i Lalić Novak na neki način nadovezuju na Borkovićevo shvaćanje načela obavljanja javnih službi, ali ga i proširuju, što se očekivano može pripisati proteku više desetljeća između uspostave ovih stajališta. Načelo kontinuiteta obavljanja službe prisutno je kod svih ovdje naznačenih autora, jednako kao i načelo nemerkanitnosti, koje se ogleda u obvezi pružanja javnih usluga po pristupačnim cijenama. Borkovićevo shvaćanje prilagodljivosti službe moglo bi se na neki način poistovjetiti s kvalitetom pružanja javne službe na kojoj inzistiraju Koprić, Marčetić, Musa, Đulabić i Lalić Novak, jer bi prilagođavanje službe novim spoznajama znanosti i struke trebalo dovesti do više kvalitete pruženih usluga. Primat, koji treba jamčiti javna vlast u vršenju javnih službi, danas je i dalje prisutan, unatoč povjeravanju ovih usluga na obavljanje brojnim dionicima privatnog sektora. Univerzalnost pružanja usluge i zaštita korisnika i potrošača kojima se posljednjih godina sve više daje na značenje, svakako su načela koja usko treba vezati uz suvremena očekivanja građana, kao korisnika javnih usluga.

Neka načela vezana uz javne službe u Republici Hrvatskoj imaju i ustavno značenje. Tako je Ustav Republike Hrvatske propisao kako svaki državljanin Republike Hrvatske ima pravo, pod jednakim uvjetima, sudjelovati u obavljanju javnih poslova i biti primljen u javne službe, kako se u oružanim snagama, redarstvu, državnoj upravi i javnim službama određenima zakonom može ograničiti pravo na štrajk te kako je Vlada Republike Hrvatske zadužena usmjeravati djelovanje i razvitak javnih službi.³² Nije teško uočiti kako unatoč njihovoj važnosti, ova načela nemaju izravan utjecaj na obavljanje samih javnih službi, izuzev u pogledu jamstva njihova kontinuiranoga pružanja, koji se jamči ograničavanjem prava na štrajk u javnim službama, i u pogledu njihove kvalitete, o čemu računa treba voditi Vlada.

Ovisno o tome pružaju li se javnim službama usluge koje su društvenoga ili gospodarskog karaktera, ove djelatnosti obavljaju ili ustanove ili trgovačka društva. Sukladno Zakonu o ustanovama ustanova je pravna osoba osnovana za trajno obavljanje djelatnosti odgoja i obrazovanja, znanosti, kulture, informiranja, sporta, tjelesne kulture, tehničke kulture, skrbi o djeci, zdravstva, socijalne skrbi, skrbi o invalidima i drugih djelatnosti, kada se one ne obavljaju radi stjecanja dobiti.

³⁰ Autori daju primjer kako je djelatnost obrazovanja, zdravstva ili javnog prijevoza moguće povjeriti na obavljanje subjektima privatnog sektora, no naglašavaju kako time ne prestaje politička odgovornost javne vlasti za funkcioniranje tih službi. Drugim riječima, ističu kako privatizacija javnih službi i uključivanje različitih organizacija privatnog sektora u neke segmente javnih službi ne smije značiti i prepuštanje tih djelatnosti tržišnim mehanizma i privatnom interesu.

³¹ Koprić *et al.*, *op. cit.* u bilj. 2, str. 247. i 250.-252.

³² Vidi članak 44., članak 60. stavak 2. te članak 110. točka 8. Ustava Republike Hrvatske.

Ustanova se osniva kao javna ustanova ako je djelatnost ili dio djelatnosti koju obavlja zakonom određena kao javna služba ili ako ona obavlja djelatnost ili dio djelatnosti koja nije određena kao javna služba, ako se takva djelatnost obavljaju na način i pod uvjetima koji su propisani za javnu službu ili ako obavlja povjerene poslove državne uprave sukladno zakonu kojim se uređuje sustav državne uprave ili prema posebnom zakonu.³³ Zakon o ustanovama ne propisuje načela sukladno kojima ustanova mora postupati u obavljanju svoje djelatnosti. Njime je uređeno osnivanje ustanove, njezin naziv i sjedište, djelatnost, ustrojstvo i tijela, opći akti, imovina i odgovornost za obveze, javnost rada, nadzor nad njezinim radom, statusne promjene, udruživanje ustanova, prestanak ustanove i upis u sudski registar. Iz ovog se Zakona jedino može iščitati kako je ustanova samostalna u obavljanju svoje djelatnosti i u poslovanju sukladno zakonu, na zakonu utemeljenom propisu i aktu o osnivanju, odnosno načelo samostalnosti u radu ustanove.

Kako se najveći broj javnih službi u materijalnom smislu ostvaruje u društvenim djelatnostima, one se u pravilu pružaju putem organizacijskog oblika ustanove.³⁴ Stoga su načela koja se vezuju uz rad javnih ustanova svakako primjenjiva i na obavljanje javne službe. Načela rada ustanova, posebno javnih ustanova, također je u pravnoj teoriji postavio Borković. On je istaknuo kako svaka ustanova treba djelovati sukladno *načelu samostalnosti*, *načelu zakonitosti*, *načelu kontinuiteta*, *načelu dužnosti pružanja usluga* iz djelatnosti radi koje je osnovana, *načelu jednakosti* uživatelja službe, *načelu javnosti* i *načelu nemerkantilnosti*. Prema njegovu mišljenju *načelo samostalnosti* onemogućuje bilo kakvu intervenciju u rad ustanove, osim na temelju izričite zakonske ovlasti. *Načelo zakonitosti* zahtjeva da ustanove obavljaju svoju djelatnost u uvjetima i na način određen zakonom, na zakonu utemeljenom propisu, aktom o osnivanju, statutom i drugim općim aktom ustanove, ali i sukladno suvremenim znanstvenim postignućima i pravilima struke, koji uvijek moraju biti usklađeni sa zakonom. *Načelo kontinuiteta* zahtjeva da ustanova svoju djelatnost obavlja trajno, radi izuzetnog društvenog značaja te djelatnosti. *Načelo dužnosti pružanja usluga* iz djelatnosti radi koje je osnovana obvezuje ustanovu pružiti uslugu svakoj osobi koja takvu uslugu zatraži, bez obzira radi li se o usluzi koju je pojedinac obvezan koristiti ili je ovlašten koristiti je prema svojoj želji, tj. bez obzira radi li se o besplatnoj ili naplatnoj usluzi. Borković ističe kako pravo pojedinca koristiti se uslugom ustanove ima prirodu subjektivnog prava te je u slučaju uskrate pružanja usluge pojedinac ovlašten koristiti sredstva pravne zaštite s ciljem ostvarivanja ovoga svojega prava. *Načelo jednakosti uživatelja*

³³ Vidi članak 1. i 6. Zakona o ustanovama, Narodne novine, br. 76/1993, 29/1997, 47/1999, 35/2008, 127/2019, 151/2022.

³⁴ I u Njemačkoj se, primjerice, pojam „Öffentliche Anstalt“, koji označava javnu ustanovu, prvenstveno koristi i u značenju javne službe. Time se u ovoj državi načela za obavljanje javnih službi često poistovjećuju s načelima za rad ustanova. Vidi Borković, *op. cit.* u bilj. 4., str. 13. i 14. Slično je i u Bosni i Hercegovini, gdje također ne postoji zakon koji jedinstveno uređuje načela obavljanja javnih službi, već se s tim ciljem primjenjuje Uredba sa zakonskom snagom o ustanovama, Službeni list Republike Bosne i Hercegovine, br. 6/1992, 8/1993. U ovoj uredbi, također, nisu naznačena načela sukladno kojima treba djelovati ustanova koja obavlja javnu službu, već su regulirana ustrojstvena, financijska i druga pitanja važna za rad ustanova.

službe usko je vezano uz načelo dužnosti pružanja usluga iz djelatnosti radi koje je osnovana te obvezuje ustanovu pružiti jednaku uslugu uz jednake uvjete svakom pojedincu. *Načelo javnosti* zahtjeva da ustanova pravodobno i istinito izvještava javnost o obavljanju svoje djelatnosti, dok *načelo nemerkantilnosti* zahtjeva da se djelatnost ustanove ne usmjerava prema stjecanju dobiti.³⁵

Jednostavno je zamijetiti kako se *kontinuitet* i *nemerkantilnost* u pravnoj teoriji javljaju i kao načela javne službe sukladno kojima moraju raditi i ustanove. Dužnost pružanja usluga iz djelatnosti radi koje je ustanova osnovana odgovara načelu univerzalnosti, koje je već istaknuto u shvaćanjima Koprića, Marčetić, Muse, Đulabića i Lalić Novak. Može se utvrditi kako bi se na obavljanje javnih službi svakako trebala primijeniti i neka, ovdje naznačena načela rada ustanova, u prvome redu *načelo zakonitosti* koje je temeljno načelo pravnoga sustava i sukladno kojemu moraju postupati svi subjekti u društvu. To je svakako još i *načelo jednakosti uživatelja službe*, s obzirom da je pod jednakim uvjetima primiti uslugu koja se obavlja kao javna služba ovlašten svaki pojedinac, kao i načelo javnosti, koje treba doprinijeti transparentnosti rada svakog pružatelja javne službe. *Načelo javnosti* u Hrvatskoj je posebno osnaženo obvezom pružatelja javnih usluga postupati sukladno Zakonu o pravu na pristup informacijama.³⁶ Konačno, među ovim načelima može se istaknuti i *načelo samostalnosti*, koje treba štiti pružatelja javne službe od nezakonitih intervencija javne vlasti u njegov rad, sve dok postupa u skladu sa zakonom.

Načela sukladno kojima treba postupati trgovačko društvo koje obavlja javnu službu gospodarske naravi ne propisuje niti Zakon o trgovačkim društvima. U ovome Zakonu jedino se spominju načelo istinitosti podataka sadržanih u tvrtki, načelo jedinstvenosti poslovanja svakog dijela trgovačkog društva pod istom tvrtkom, načelo zakonitosti, načelo isključivosti i načelo prvenstva, koja načela se primjenjuju pri upisu tvrtke u sudski registar te načelo jednakog položaja dioničara, načela za primanja članova uprave i načelo obične većine, koja načela se primjenjuju na upravljanje trgovačkim društvom.³⁷ Stoga se zaključuje kako trgovačka društva koja obavljaju gospodarske javne službe trebaju djelovati sukladno opće utvrđenim načelima za rad javnih službi utvrđenim u pravnoj teoriji.

Kako javne službe, uz državnu upravu te lokalnu i područnu (regionalnu) samouprave, čine jednu od triju komponenti suvremene javne uprave,³⁸ postavlja se pitanje bi li se one trebale obavljati i u skladu s načelima Zakona o općem upravnom postupku³⁹ (u nastavku rada: ZUP), koji postavlja temeljna pravila postupanja

³⁵ Borković, *op. cit.* u bilj. 4., str. 19.-21.

³⁶ Sukladno članku 5. točka 2. Zakona o pravu na pristup informacijama, Narodne novine, br. 25/2013, 85/2015, 69/2022 „tijelom javne vlasti“ koje je obveznik primjene ovoga Zakona, smatra se svaka pravna osoba koja obavlja javnu službu.

³⁷ Članci 12., 22., 28., 29., 30., 211., 247., 290. i 432. Zakona o trgovačkim društvima, Narodne novine, br. 111/1993, 34/1999, 121/1999, 52/2000, 118/2003, 107/2007, 146/2008, 137/2009, 125/2011, 152/2011, 111/2012, 68/2013, 110/2015, 40/2019, 34/2022, 114/2022, 18/2023, 130/2023.

³⁸ Vidi Koprić *et al.*, *op. cit.* u bilj. 2, str. 233.

³⁹ Zakon o općem upravnom postupku, Narodne novine, br. 47/2009, 110/2021.

svih javnopravnih tijela. ZUP postavlja devet načela upravnoga postupka: načelo zakonitosti, načelo razmjernosti u zaštiti prava stranaka i javnog interesa, načelo pomoći stranci, načelo utvrđivanja materijalne istine, načelo samostalnosti i slobodne ocjene dokaza, načelo učinkovitosti i ekonomičnosti, načelo pristupa podacima i zaštite podataka, pravo stranke na pravni lijek i načelo zaštite stečenih prava stranaka.⁴⁰ ZUP-om je propisana i primjena ovoga Zakona te je utvrđeno kako se on primjenjuje u postupanju u svim upravnim stvarima. Upravnom stvari smatra se svaka 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, kao i svaka stvar koja je zakonom određena kao upravna stvar. ZUP-om je propisano i kako se taj Zakon primjenjuje, iako na odgovarajući način, na sklapanje upravnih ugovora i na svako drugo postupanje javnopravnih tijela iz područja upravnog prava, koje ima neposredan učinak na prava, obveze ili pravne interese stranaka, ako zakonom nije drukčije propisano, kao i u postupcima zaštite prava, odnosno pravnih interesa stranaka u predmetima u kojima pravne osobe koje obavljaju javne službe, odlučuju o njihovim pravima, obvezama ili pravnim interesima, ako zakonom nije propisana sudska ili druga pravna zaštita.⁴¹ ZUP je jasno naglasio terminološku razliku između pojma „javnopravno tijelo“, pod kojim podrazumijeva tijela državne uprave i druga državna tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravne osobe koje imaju javnu ovlast kada u okviru djelokruga utvrđenog na temelju zakona, postupaju i rješavaju u upravnim stvarima, i pojma „pružatelj javne usluge“, pod kojim podrazumijeva pravne osobe koje obavljaju javne službe. Dakle, načela utvrđena ZUP-om primjenjuju se na odgovarajući način i to jedino u postupcima zaštite prava, odnosno pravnih interesa stranaka u predmetima u kojima pružatelji javnih usluga odlučuju o njihovim pravima, obvezama ili pravnim interesima, ako zakonom nije propisana sudska ili druga pravna zaštita,⁴² a ne i u pružanju javnih usluga. Treba zamijetiti i kako su neka od načela propisanih ZUP-om specifična upravo za rješavanje u upravnim stvarima, tj. poduzimanje autoritarnih radnji javne uprave, poput načela razmjernosti u zaštiti prava stranaka i javnog interesa, načela utvrđivanja materijalne istine, načela samostalnosti i slobodne ocjene dokaza ili načela zaštite stečenih prava stranaka, dok se druga mogu koristiti i univerzalno, poput načela zakonitosti, načela pomoći stranci, načela učinkovitosti i ekonomičnosti, načela pristupa podacima i zaštite podataka ili prava stranke na pravni lijek, a koja se onda tek supsidijarno i sadržajno mogu dovoditi u vezu s obavljanjem javnih službi.

Kako u Republici Hrvatskoj izostaje opća pravna regulacija javnih službi, potrebno je sagledati na koji se način načela obavljanja javnih službi propisuju u zakonima koji utvrđuju neku djelatnost javnom službom. Zakon koji iscrpno utvrđuje načela obavljanja jedne od javnih službi je Zakon o komunalnom

⁴⁰ Vidi članke 5. do 13. ZUP-a.

⁴¹ Članci 2. i 3. ZUP-a.

⁴² O primjeni odredbi ZUP-a „na odgovarajući način“ više vidi u Đerđa, D., *Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj*, Inženjerski biro, Zagreb 2010., str. 20-21.

gospodarstvu. Ovaj Zakon utvrđuje kako se komunalne djelatnosti, u koje ubraja održavanje nerazvrstanih cesta, održavanje javnih površina na kojima nije dopušten promet motornim vozilima, održavanje građevina javne odvodnje oborinskih voda, održavanje javnih zelenih površina, održavanje građevina, uređaja i predmeta javne namjene, održavanje groblja i krematorija unutar groblja, održavanje čistoće javnih površina, održavanje javne rasvjete, usluge parkiranja na uređenim javnim površinama i u javnim garažama, usluge javnih tržnica na malo, usluge ukopa i kremiranje pokojnika u krematoriju unutar groblja, komunalni linijski prijevoz putnika i obavljanje dimnjačarskih poslova, obavljaju kao javna služba.⁴³ Njime je propisno kako se komunalno gospodarstvo temelji na *načelima zaštite javnog interesa, razmjerne koristi, solidarnosti, javne službe, neprofitnosti, supsidijarnosti, univerzalnosti i jednakosti pristupa, prilagodljivosti, kontinuiteta* obavljanja komunalnih djelatnosti, *kakvoće* obavljanja komunalnih djelatnosti, *ekonomičnosti i učinkovitosti, zaštite korisnika, prostora, okoliša i kulturnih dobara, sigurnosti, javnosti, prihvatljivosti cijene* komunalnih usluga i *zaštite ugroženih kategorija građana*.

Načelo zaštite javnog interesa zahtjeva da jedinice lokalne samouprave u donošenju i provođenju programa građenja komunalne infrastrukture i programa održavanja komunalne infrastrukture poštuju javni interes i omoguće ostvarivanje i zaštitu pojedinačnih interesa na način koji nije u suprotnosti i na štetu javnog interesa. *Načelo razmjerne koristi* nalaže vlasnicima građevinskog zemljišta odnosno investitorima obvezu pridonositi građenju i održavanju komunalne infrastrukture plaćanjem javnih davanja razmjerno koristi koju stječu korištenjem uređenog građevinskog zemljišta odnosno građenjem komunalne infrastrukture, uz poštovanje načela solidarnosti. *Načelo solidarnosti* zahtjeva solidarno podmirenje troškova na području jedinice lokalne samouprave pri financiranju građenja i održavanja komunalne infrastrukture. *Načelo javne službe* naglašava kako se komunalne djelatnosti obavljaju kao javna služba te da su usluge koje se pružaju u obavljanju tih djelatnosti od općeg su interesa. *Načelo neprofitnosti* ističe kako se komunalne djelatnosti ne obavljaju radi stjecanja dobiti, već radi osiguravanja isporuke komunalnih usluga korisnicima prema načelima komunalnog gospodarstva, koja su propisana ovim Zakonom. *Načelo supsidijarnosti* zahtjeva da se komunalne djelatnosti obavljaju i komunalne usluge isporučuju na razini koja je najbliža korisnicima. *Načelo univerzalnosti i jednakosti pristupa* zahtjeva da se pristup, dostupnost i korištenje komunalnih usluga osigurava svim korisnicima pod jednakim i nediskriminatornim uvjetima. *Načelo prilagodljivosti* postavlja obvezu da se isporuka komunalnih usluga obavlja na način i pod uvjetima koji su prilagođeni potrebama lokalne zajednice. *Načelo kontinuiteta obavljanja komunalnih djelatnosti* traži da se komunalne djelatnosti obavljaju kontinuirano na način koji osigurava održavanje komunalne infrastrukture u stanju funkcionalne sposobnosti radi ostvarivanja neprekidne isporuke komunalnih usluga, uz mogućnost uskrate

⁴³ Članak 8., članak 22. stavak 1. i članak 24. stavak 1. Zakona o komunalnom gospodarstvu, Narodne novine, br. 68/2018, 110/2018, 32/2020.

isporuke komunalnih usluga korisnicima samo u iznimnim i opravdanim slučajevima. *Načelo kakvoće obavljanja komunalnih djelatnosti* traži da se one obavljaju prema standardima kakvoće pružanja komunalnih usluga propisanim posebnim propisima. *Načelo ekonomičnosti i učinkovitosti* obavezuje isporučitelja komunalne usluge u obavljanju komunalne djelatnosti postupati na učinkovit, ekonomičan i svrhovit način uz najmanje troškove za korisnike. *Načelo zaštite korisnika, prostora, okoliša i kulturnih dobara* zahtijeva da se opremanje građevinskog zemljišta komunalnom infrastrukturom i obavljanje komunalnih djelatnosti osigurava uz najprihvatljivije uvjete za život i zdravlje korisnika komunalnih usluga te najprihvatljivije uvjete za prostor, okoliš, kulturna dobra i održivi razvitak. *Načelo sigurnosti* označava obvezu isporučitelja komunalne usluge da komunalnu uslugu isporučuje korisnicima usluga na način koji ne može štetiti njihovoj imovini, pravima i pravnim interesima. Sukladno *načelu javnosti* isporučitelj komunalne usluge dužan je osigurati javnost svojeg rada te omogućiti korisnicima komunalne usluge pristup informacijama važnim za isporuku komunalnih usluga i njihovo sudjelovanje u donošenju odluka u komunalnom gospodarstvu. *Načelo prihvatljivosti cijene komunalnih usluga* označava da se cijene komunalnih usluga utvrđuju tako da osiguravaju postupnost povrata troškova građenja i održavanja komunalne infrastrukture i obavljanja komunalnih djelatnosti, vodeći računa o tome da one budu socijalno prihvatljive za stanovništvo te poštujući zaštitu prava potrošača u skladu s posebnim propisima. Konačno, *načelo zaštite ugroženih kategorija građana* postavlja jedinici lokalne samouprave obvezu osigurati isporuku komunalnih usluga ugroženim skupinama stanovništva na svom području, uz podmirenje troškova komunalnih usluga iz sredstava proračuna, u skladu s posebnim propisima o socijalnoj skrbi.⁴⁴

Razvidno je kako Zakon o komunalnom gospodarstvu propisuje obveznost primjene nekih općenitih načela, sukladno kojima se trebaju obavljati javne službe, i na područje komunalnog gospodarstva. Takvo je načelo univerzalnosti i jednakosti pristupa, načelo prilagodljivosti, načelo kontinuiteta, načelo javnosti i načelo prihvatljivosti cijene komunalnih usluga, koje je povezano s načelom zaštite ugroženih kategorija građana. Među ova načela svakako potpada i načelo neprofitnosti, koje je u pravnoj teoriji označeno kao načelo nemerkantilnosti, kao i načelo kakvoće obavljanja komunalnih djelatnosti, koje se u pravnoj teoriji označava kao načelo kvalitete pružanja javnih usluga. Zakon o komunalnom gospodarstvu spominje načelo javne službe, međutim, treba naglasiti kako se ovdje ne radi o načelu, već o uputi kako se komunalne djelatnosti trebaju obavljati u skladu s normativnim i pravnodoktrinarnim načelima utvrđenim za obavljanje javnih službi. Zakon o komunalnom gospodarstvu, nadalje, postavlja i neka načela specifično primjenjiva samo na područje komunalnog gospodarstva, poput načela razmjerne koristi i načela solidarnosti koja se odnose na podmirenje troškova u financiranju građenja i održavanja komunalne infrastrukture ili načela zaštite korisnika, prostora, okoliša i kulturnih dobara. Konačno, ovaj Zakon postavlja i neka načela koja se mogu ocijeniti univerzalnima u obavljanju javnih službi, a koja se u pravnoj teoriji

⁴⁴ Članci 4. do 20. Zakona o komunalnom gospodarstvu.

ne ističu, kao što je načelo zaštite javnog interesa, koje teži ostvarivanju i zaštiti pojedinačnih interesa građana na način koji nije u suprotnosti i na štetu javnog interesa, ili kao što je načelo supsidijarnosti, koje zahtjeva da se usluge isporučuju na razini koja je najbliža korisnicima. Među takva načela svakako treba ubrojiti i načelo ekonomičnosti i učinkovitosti, koje inzistira na vođenju računa o optimalnim troškovima obavljanja komunalnih djelatnosti, ali i brzini pružanja komunalnih usluga. To je, također, slučaj i s načelom sigurnosti isporuka usluga, a koje zahtjeva da se komunalne usluge građanima isporučuju na način koji ne može štetiti njihovoj imovini, pravima i pravnim interesima. Poopćena izvan sustava komunalnoga gospodarstva, ova se načela mogu pokazati vrlo korisnima u obavljanju svih javnih službi.

Iako se, kao i Zakon o komunalnom gospodarstvu, bavi obavljanjem gospodarske javne službe, u pogledu propisivanja načela za obavljanje javne službe mnogo je skromniji Zakon o poštanskim uslugama. Ovaj Zakon propisuje načela pružanja univerzalnih poštanskih usluga, a koje usluge utvrđuje uslugama od interesa za Republiku Hrvatsku.⁴⁵ Njime je Hrvatskoj regulatornoj agenciji za mrežne djelatnosti nametnuta obveza u obavljanju regulatornih poslova propisanih ovim Zakonom postupati u skladu s načelom *objektivnosti, transparentnosti, nediskriminacije i razmjernosti*.⁴⁶ Ovaj Zakon utvrđuje još obvezu poštivanja *načela priuštivosti univerzalne poštanske usluge*. To čini propisujući kako cijene poštanskih usluga ne smiju sadržavati dodatne iznose koje bi davatelj poštanskih usluga odredio isključivo na temelju svoje značajne tržišne snage na tržištu poštanskih usluga te kako se cijena poštanske usluge ne smije određivati ispod jedinične cijene koštanja s namjerom preuzimanja ili zadržavanja značajne tržišne snage na tržištu poštanskih usluga. Također, propisuje kako cijene univerzalnih poštanskih usluga moraju biti utvrđene cjenikom, koji treba biti dostavljen Agenciji najmanje 15 dana prije početka njegove primjene te koji treba biti javno objavljen u prostorima namijenjenima korisnicima poštanskih usluga, a na zahtjev korisnika dat mu na uvid.⁴⁷ Konačno, ovaj zakon utvrđuje i *načelo jednakosti svih korisnika univerzalne poštanske usluge*, koje se ogleda iz pravila formiranja cijene ove univerzalne, koja mora biti jednake za istovrsne usluge za pismovne pošiljke za sve korisnike poštanskih usluga na cijelom području Republike Hrvatske, pristupačna, troškovno usmjerena i poticajna za djelotvorno obavljanje univerzalne usluge te nediskriminirajuća i transparentna. Upravo s ciljem provedbe ovih načela Agencija je ovlaštena odlukom, u cijelosti ili djelomično, izmijeniti ili ukinuti cijene univerzalne poštanske usluge prije ili nakon njihove objave, kada god utvrdi da su one u suprotnosti s odredbama Zakona o poštanskim uslugama.⁴⁸ Može se primijetiti kako Zakon o poštanskim uslugama ističe jedino načela specifično primjenjiva na djelatnost pružanja univerzalnih poštanskih usluga. Načelo transparentnosti, propisano ovim Zakonom, odgovara

⁴⁵ Članak 3. stavak 1. Zakona o poštanskim uslugama, Narodne novine, br. 144/2012, 153/2013, 78/2015, 110/2019.

⁴⁶ Članak 7. stavak 5. Zakona o poštanskim uslugama.

⁴⁷ Članak 45. stavci 1. do 4. Zakona o poštanskim uslugama.

⁴⁸ Članak 46. stavci 1. i 5. Zakona o poštanskim uslugama.

načelu javnosti spomenutom u pravnoj teoriji, načelo razmjernosti se ogleda u sadržaju načela zaštite javnoga interesa utvrđenog Zakonom o komunalnom gospodarstvu, načelo objektivnosti rezultat je primjene načela zakonitosti, također već spomenutoga u pravnoj teoriji, dok su načelo jednakosti, načelo nediskriminacije i načelo priuštivosti već ranije izričito naglašeni kao načela obavljanja javne službe.

Zanimljivo je sagledati i kako je zakonima koji uređuju pojedina upravna područja uređeno obavljanje nekih društvenih djelatnosti koje se obavljaju kao javna služba. Tako su, npr., Zakonom o zdravstvenoj zaštiti utvrđena načela obavljanja zdravstvene djelatnosti, koja je djelatnost ovim Zakonom utvrđena kao javna služba.⁴⁹ Zakonom o zdravstvenoj zaštiti propisano je kako se zdravstvena zaštita stanovništva Republike Hrvatske provodi u skladu s *načelima sveobuhvatnosti, kontinuiranosti, dostupnosti, kvalitete, cjelovitog pristupa u primarnoj zdravstvenoj zaštiti, specijaliziranog pristupa u specijalističko-konzilijarnoj i bolničkoj zdravstvenoj zaštiti te na načelima supsidijarnosti i integracije*. Načelo sveobuhvatnosti zdravstvene zaštite označava da su provedbom odgovarajućih mjera zdravstvene zaštite obuhvaćeni svi stanovnici Republike Hrvatske. Načelo kontinuiranosti podrazumijeva pružanje neprekidne zdravstvene zaštite stanovništvu kroz sve životne dobi putem funkcionalno povezanog i usklađenog sustava zdravstvene djelatnosti. Načelo dostupnosti jamči stanovništvu podjednake uvjete zdravstvene zaštite, osobito na primarnoj razini zdravstvene djelatnosti. Načelo kvalitete podrazumijeva provođenje mjera sukladno suvremenim spoznajama u zdravstvenim postupcima, a koje osiguravaju najviši mogući povoljan ishod liječenja. Načelo cjelovitog pristupa primarne zdravstvene zaštite označava provođenje objedinjenih mjera za unaprjeđenje zdravlja i prevenciju bolesti te liječenje, zdravstvenu njegu, rehabilitaciju te palijativnu skrb. Načelo specijaliziranoga pristupa zahtijeva organiziranje i razvijanje posebnih specijaliziranih kliničkih, javnozdravstvenih dostignuća i znanja te njihovu primjenu u praksi. Načelo supsidijarnosti zahtijeva pružanje zdravstvenih usluga na najnižoj razini pružanja zdravstvene zaštite na kojoj je to moguće, sukladno strategijama i planovima u području zdravstva. Konačno, načelo integracije uključujući funkcionalnu integraciju, označava suradnju zdravstvenih ustanova na svim razinama zdravstvene djelatnosti.⁵⁰ I ovaj se Zakon poziva na neka načela obavljanja javnih službi utvrđena u pravnoj teoriji ili zakonima koju uređuju pojedina upravna područja, poput načela kontinuiteta, načela kvalitete obavljanja službe ili načela supsidijarnosti. Neka načela naziva drugačijim nazivom, iako se ona sadržajno ne razlikuju, kao što je slučaj s načelom univerzalnosti, koje Zakon o zdravstvenoj zaštiti naziva načelom sveobuhvatnosti, ili načelom jednakog tretmana korisnika, koje naziva načelom dostupnosti. Međutim, ovaj Zakon utvrđuje i neka načela koja su svojstvena upravo za obavljanje djelatnosti zdravstvene zaštite, poput načela cjelovitog pristupa u primarnoj zdravstvenoj zaštiti, načela specijaliziranog pristupa u specijalističko-konzilijarnoj i bolničkoj zdravstvenoj zaštiti te načela integracije, a koja izvan ovoga područja nisu primjenjiva.

⁴⁹ Člankom 28. stavak 1. Zakona o zdravstvenoj zaštiti.

⁵⁰ Članci 13. do 20. Zakona o zdravstvenoj zaštiti.

Obavljanje društvene djelatnosti odgoja i obrazovanja kao javne službe propisano je Zakonom o odgoju i obrazovanju u osnovnoj i srednjoj školi. Na žalost, ovaj Zakon poprilično nesistematično postavlja načela obavljanja djelatnosti odgoja i obrazovanja. Njime je utvrđeno deset načela obavljanja ove djelatnosti u osnovnoj i srednjoj školi. Neka od njih su općenita, poput *načela univerzalnosti*, koje utvrđuje da svatko ima pravo na obrazovanje, *načela jednakosti*, koje je u ovome Zakonu specifično usmjereno na jednakost obrazovnih šansi svakog korisnika, *načela visoke kvalitete neposrednih nositelja odgojno-obrazovne djelatnosti*, koja se zasniva na provedbi načela vrednovanja, usmjerenog na sve sastavnice odgojno-obrazovnog i školskog rada i samovrednovanja neposrednih i posrednih nositelja odgojno-obrazovne djelatnosti u školi, radi postizanja najkvalitetnijeg nacionalnog obrazovnog i pedagoškog standarda. Neka načela usmjerena su na ustrojstvenu komponentu sustava osnovnoškolskog i srednjoškolskog obrazovanja, poput *načela decentralizacije*, tj. povećanja ovlaštenja i odgovornosti na lokalnoj i područnoj (regionalnoj) razini, *načela partnerstva* svih odgojno-obrazovnih čimbenika na lokalnoj, regionalnoj i nacionalnoj razini, *načela vertikalne i horizontalne prohodnosti* u sustavu odgoja i obrazovanja u Republici Hrvatskoj i *načela autonomije planiranja i organizacije te slobode pedagoškog i metodičkog rada* prema smjernicama hrvatskog nacionalnoga obrazovnog standarda, a u skladu s nacionalnim kurikulumom, nastavnim planovima i programima i državnim pedagoškim standardima. Konačno, neka načela propisana ovim Zakonom vrlo su specifična za obrazovnu djelatnost, poput *načela obveznosti osnovnoškolskog odgoja i obrazovanja za sve učenike u Republici Hrvatskoj*, *načela vrijednosne neutralnosti*, koje učenicima jamči dotok informacija ili sadržaja utemeljenih na suvremenim znanstvenim i obrazovnim standardima važnim za potpun i skladan razvoj njihove osobnosti, a koje se prenose na objektivan, kritički i pluralistički način, te *načela promicanja odgojnih vrijednosti* u skladu s općim kulturnim i civilizacijskim vrijednostima, ljudskim pravima i pravima djece, a u skladu s pravom roditelja da samostalno odlučuju o odgoju djece.⁵¹ Ako se po strani ostave načela specifična za obavljanje djelatnosti odgoja i obrazovanja u osnovnoj i srednjoj školi, poput načela decentralizacije, partnerstva, vertikalne i horizontalne prohodnosti, autonomije, obveznosti osnovnoškolskog odgoja, vrijednosne neutralnosti i promicanja odgojnih vrijednosti, zaključuje se kako su ostala načela već utvrđena kao načela sukladno kojima treba obavljati javne službe.

Konačno, na razini Europske unije načela obavljanja javnih službi utvrđena su u Bijeloj knjizi o službama od općeg interesa, objavljenoj 2004. godine.⁵² Bijela knjiga potvrdila je postojanje zajedničkog pristupa Unije službama od općeg interesa, a koje u velikoj mjeri odgovaraju prirodi samih javnih službi. Ova Knjiga postavlja devet

⁵¹ Članak 4. stavak 2. Zakona o odgoju i obrazovanju u osnovnoj i srednjoj školi.

⁵² Bijela knjiga Europske unije o službama od općeg interesa, COM (2003)270, 21.5. 2004. Bijela knjiga je dokument koji sadrži prijedloge za djelovanje Europske unije u određenome području, a u konkretnom slučaju slijedila je Zelenu knjigu o službama od općeg interesa, COM (2003) 270, 21. 5. 2003., koja je pokrenula široku javnu raspravu o tome kako u Europskoj uniji na najbolji način treba poticati pružanje visokokvalitetnih usluga od općeg interesa.

načela koja je potrebno realizirati pri obavljanju ovih službi u državama članicama Europske unije. Prvo načelo usmjereno je na *obvezu obavljanja ovih službi na razini što bližoj građanima*, uz strogo poštivanje *načela supsidijarnosti*. Sljedeće načelo zahtjeva da se *javne službe provode unutar natjecateljski otvorenih tržišta*, što bi trebalo rezultirati većim brojem ponuđenih usluga i njihovom financijskom pristupačnošću svakome korisniku. Ona, također, utvrđuje *načelo povezanosti i univerzalnoga pristupa korisnika službi*, kojim se svakoj osobi, s obzirom na teritorijalnu pokrivenost službe, ali i pristupačnu cijenu, treba omogućuje pristup usluzi.⁵³ Iduće načelo sadržano u Bijeloj knjizi je *načelo visoke kvalitete obavljanja službe te zaštite i sigurnosti korisnika*. Prema ovdje iznesenim stajalištima kvaliteta obavljanja službe trebala bi se ostvariti, u prvom redu, dugoročnim ulaganjima u infrastrukturu za obavljanje ovih službi, dok se korisnicima treba zajamčiti fizička sigurnost pri korištenju usluge. Peto načelo odnosi se na *jednako pravo svakog korisnika na pristup službi*, koja mu treba biti financijski dostupna, a što se postiže posebnim programima za osobe s niskim primanjima. Ovo načelo javnoj vlasti još postavlja obvezu osigurati prikladna pravna sredstva za ostvarivanje prava korisnika, ustrojiti regulatorno tijelo koje obavlja nadzor nad pružanjem usluge, kao i zajamčiti mehanizme naknade štete potrošačima i korisnicima. Iduće načelo utvrđuje *obvezu praćenja i vrednovanja izvedenih aktivnosti unutar javne usluge*, kao bitnog instrumenta razvoja i održavanja visokokvalitetnih, dostupnih, financijski pristupačnih i učinkovitih službi od općeg interesa. Ono zahtjeva da svako vrednovanje bude višedimenzionalno te obuhvati sve važne pravne, gospodarske, društvene i ekološke aspekte te u obzir svakako uzme specifična obilježja vrednovanog sektora. Konačno, Bijela knjiga još propisuje *obvezu poštivanja različitosti službi i situacija*, s obzirom na divergentnost usluga koje se građanima pružaju putem javnih službi, inzistira na provedbi *načela transparentnosti*, koje se posebno odnosi na definiranje misije službe, postupak donošenja odluka, ustroj, financiranje i vrednovanje službe, te, konačno, nameće javnoj vlasti *obvezu uspostave pravne sigurnosti*, u prvom redu u slučaju povjeravanja obavljanja ovih usluga dionicima iz privatnog sektora.

Ako se detaljnije sagledaju načela propisana Bijelom knjigom o službama od općeg interesa u Europskoj uniji, dade se utvrditi kako se neka od njih u dijelovima međusobno preklapaju ili nadopunjuju. Stoga ih je teško identificirati kao devet samostalnih i posebnih načela. Neka od njih, kao npr., ostvarivanje slobodne tržišne utakmice u povjeravanju ovih poslova dionicima iz privatnog sektora ili uvažavanje različitosti u prirodi djelatnosti više su usmjerena na javnu vlast i kreiranje politika negoli na samo obavljanje službe. Međutim, moglo bi se sumirati kako iz Bijele knjige proizlaze obveze provedbe načela koja su već utvrđena u hrvatskom zakonodavstvu ili pravnoj doktrini, poput načela supsidijarnosti, načela univerzalnosti, načela jednakosti korisnika usluge, načela vrednovanja odnosno kvalitete pružanja usluge, načela nemerkantilnosti, načela transparentnosti i načela pravne zaštite korisnika

⁵³ O ovome posebno treba voditi računa u svezi s ranjivim društvenim skupinama i siromašnim regijama, u kojima pojedinci ne smiju biti onemogućeni konzumirati uslugu.

ovih usluga. Stoga se može zaključiti kako je shvaćanje načela obavljanja javnih službi u hrvatskoj pravnoj doktrini usklađeno sa zahtjevima Bijele knjige.

4. ZAKLJUČAK

U Republici Hrvatskoj javne službe čine jednu od triju komponenti suvremene javne uprave te su usmjerene na pružanje usluga od posebnog interesa za stanovnike općina, gradova i županija, ali i cijele Republike Hrvatske. Međutim, unatoč važnosti javnih službi za svakodnevni život i standard kvalitete građana, u Republici Hrvatskoj danas ne postoji zakon koji bi cjelovito uredio pitanja ustroja, obavljanja i financiranja djelatnosti utvrđenih javnim službama, niti nadzor nad obavljanjem ovih djelatnosti. Pravila koja se odnose na obavljanje javnih službi utvrđena su u zakonima i općim aktima koji utvrđuju neku pojedinu djelatnost javnom službom.

Radi značaja ovih djelatnosti za korisnike usluga koje se njihovim obavljanjem pružaju, izuzetno je važno utvrditi načela sukladno kojima bi se one trebale obavljati. Ova načela mogu se izvesti iz pravnoteorijskih stajališta, ali i iz zakona koji utvrđuju pojedina upravna područja u kojima se javne službe obavljaju. Iz svega ranije naznačenoga dalo bi se zaključiti kako u Hrvatskoj postoji 12 načela sukladno kojima bi trebalo pružati usluge koje su utvrđene javnim službama. To su *načelo zakonitosti*, *načelo primata*, *načelo kontinuirane obveze pružanja usluga*, *načelo supsidijarnosti*, *načelo zaštita javnog interesa*, *načelo univerzalnosti i jednakosti* uživatelja službe, *načelo sigurnosti*, *načelo kvalitete pružanja usluge*, *načelo ekonomičnosti i učinkovitosti*, *načelo nemerkantilnosti*, *načelo transparentnosti* i *načelo zaštite korisnika usluge*.

Načelo zakonitosti temeljno je pravno načelo koje obvezuje sve subjekte u Republici Hrvatskoj te zahtjeva od svih osoba, fizičkih i pravnih, da se drže Ustava, zakona i drugih propisa. U skladu s ovim načelom svaka osoba koja obavlja djelatnost utvrđenu javnom službom mora se strogo pridržavati zakona, propisa te eksternih i internih općih akta kojima je uređeno njezino poslovanje. Svako odstupanje od ovih propisa rezultira nezakonitom radnjom koju javna vlast treba sankcionirati te koja treba biti utuživa od korisnika usluge.

Načelo primata obvezuje javnu vlast ustrojiti i osigurati pružanje neke usluge, bez obzira izvodi li se ona posredstvom javnog ili privatnog subjekta. Neke javne usluge koje se obavljaju kao javne službe mogu se pružati isključivo putem privatnih pružatelja. No, u slučaju povlačenja privatnog sektora iz obavljanja ove djelatnosti, njezino obavljanje obavezan je preuzeti javni sektor.

Načelo kontinuiteta obveze pružanja usluge usmjereno je na pružatelja takve usluge. Pružatelj ima obvezu kontinuirano i neometano pružati uslugu utvrđenu javnom službom, jer su njezini korisnici ovlašteni kontinuirano konzumirati pružene usluge. Pružatelj usluge ne smije prema svojoj procjeni prestati obavljati djelatnost, niti pružati usluge koje su utvrđene javnim službama. K tome, svaka usluga koja se pruža u režimu javnih službi treba se odvijati kontinuirano, a obvezu kontinuiranog

pružanja usluge treba sagledati u skladu s prirodom same usluge, pa se neke usluge, kao što je to slučaj s prikupljanjem staklenog otpada mogu odvijati na tjednoj bazi, dok neke druge, kao što je to slučaj s hitnom zdravstvenom uslugom, zahtijevaju 24-satnu mogućnost pružanja usluge.

Načelo supsidijarnosti zahtjeva da se svaka usluga pruža na razini najbližoj korisnicima. Smatra se da upravo ova blizina čini ključnu prevagu u poznavanju specifičnih prilika i izazova u pružanju neke usluge. Stoga, svaka usluga koja se može uspješno pružati u okviru niže teritorijalne jedinice treba biti ustrojena na ovoj razini. No, u slučaju da niža teritorijalna jedinica ne može osigurati kvalitetno i neometano pružanje neke usluge koja se obavlja u režimu javne službe, njezino pružanje bez odgode treba preuzeti viša teritorijalna jedinica.

Načelo zaštite javnog interesa obvezuje pružatelja službe voditi računa o interesima zajednice u kojoj se usluga pruža te voditi računa da pojedinačni interes nekog korisnika službe ne ide na štetu javnog interesa. Pružatelj usluga pri tome se treba služiti načelom razmjernosti, cijeneći, posebno u obavljanju gospodarskih javnih službi, opravdanost pojedine investicije i koristi koju od takve investicije ima cjelokupna zajednica, a ne samo pojedinci na određenoj mikrolokaciji.

Načelo univerzalnosti i jednakosti uživatelja službe usmjereno je na jednaku dostupnost usluge svim njezinim korisnicima. Usluge koje se pružaju u režimu javnih službi usmjerene su prema svim pojedincima na nekom prostoru i niti jedna osoba ne smije biti isključena od korištenja takve usluge, sve dok uslugu koristi sukladno propisima o korištenju takve usluge. Pri tome svaki pojedinac koji koristi javnu uslugu treba se tretirati na jednak način, isključujući bilo kakav oblik diskriminacije ili povlašćivanja nekog korisnika službe u odnosu na druge.

Načelo sigurnosti za cilj ima učiniti uslugu koja se pruža kao javna služba pristupačnom svim korisnicima. Drugim riječima, ovo načelo inzistira na tome da pojedinci iz socijalno ugroženih kategorija ili oni koji se nalaze u manje razvijenim krajevima ne smiju biti uskraćeni za korištenje neke usluge, već je javna vlast, a zatim i pružatelj usluge, različitim mehanizmima obavezan omogućiti pružanje usluge svim korisnicima po pristupačnoj, a ne nužno po tržišnoj cijeni.

Načelo kvalitetnog obavljanja usluge zahtjeva da se usluga koja se pruža u režimu javne službe pruža sukladno najvišim standardima znanosti i struke. Kako bi ostvario ovo načelo, pružatelj javne usluge obavezan je prilagođavati način pružanja usluge potrebama zajednice, ulagati u infrastrukturu i *know-how* pružanja neke usluge te izaći u susret realnim očekivanjima korisnika. Ostvarivanju ovoga načela u značajnoj mjeri mogu poslužiti različiti oblici vrednovanja pojedine usluge te gledišta korisnika o kvaliteti pružene usluge.

Načelo ekonomičnosti i učinkovitosti usmjereno je na vođenje računa da se javna usluga koja se obavlja u režimu javne službe provodi društveno odgovorno, odnosno da se sa sredstvima namijenjenima obavljanju takve usluge raspolaze s pozornošću „dobrog gospodarstvenika“. Ujedno, ovo načelo zahtjeva da se usluge pojedincima pružaju učinkovito, odnosno u razumnim rokovima, pri čemu se rok za pružanje pojedine usluge također treba dovesti u korelaciju s prirodom svake usluge.

Načelo nemerkantilnosti ukazuje kako se djelatnosti u režimu javnih službi ne smiju obavljati s ciljem stjecanja dobiti pružatelja takvih usluga. Drugim riječima, pružatelji ove usluge trebaju pružati čak i pod cijenu financijskog gubitka, koji se onda pokriva od strane zajednice koja je takvu službu utvrdila javnom službom. U za građane najnepovoljnijem slučaju, služba bi trebala biti samoodrživa, što znači da cijena usluge treba odgovarati stvarnom trošku pružanja takve usluge.

Načelo transparentnosti zahtjeva da pružatelji usluga koje se provode u režimu javnih službi javno objavljuju svoju misiju, viziju, strategiju, cjenike, financijska izvješća te na taj način pokažu korisnicima kako jamče sigurno i kontinuirano pružanje djelatnosti u skladu s načelom nemerkantilnosti. Kako se pružatelji ovih usluga često financiraju ili sufinanciraju javnim sredstvima, njihovo poslovanje treba biti otvoreno javnosti.

Konačno, *načelo zaštite korisnika* traži da javna vlast osigura učinkovite pravne mehanizme zaštite prava i pravnih interesa korisnika ovih usluga u slučaju njihova kršenja. Ovo se u prvom redu odnosi na upravnopravne mehanizme pravne zaštite, poput prava na prigovor protiv pružatelja usluge koja nije isporučena ili nije isporučena sukladno zakonu, propisu ili općem aktu. Međutim, ovo načelo uključuje i propisivanje mehanizama učinkovite sudske zaštite u slučaju da pojedinac ne može zaštititi svoje interese u okviru upravnopravne zaštite.

Poštivanjem i ostvarivanjem ovih načela obavljanje javnih službi u Republici Hrvatskoj dodatno bi se osnažilo te bi građanima bila zajamčena zaštita u slučaju nepravovremeno ili nedostatno kvalitetno pruženih javnih usluga.

LITERATURA

Knjige i članci

1. Auby J. M., *Droit Administratif Special*, Sirey, Paris 1966.
2. Borković, I., *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2002.
3. Duguit, L., *Les transformations du droit public*, Librairie Armand Colin, Paris 1927.
4. Dworkin, R., *Shvaćanje prava ozbiljno*, Kružak, Zagreb 2003.
5. Đerđa, D., *Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj*, Inženjerski biro, Zagreb 2010.
6. Đulabić, V., *Povelje javnih službi: pokušaj podizanja kvalitete javne uprave i jačanja uloge građana*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. 56, 1/2006, str. 7.-48.
7. Đulabić, V., *Socijalne službe u konceptu službi od općeg interesa*, Revija za socijalnu politiku, god. 14, 2/2007, str. 137.-162.
8. Grubišić, K., *Sveučilišno pravo i pravo znanstvenih organizacija, Komentar Zakona o visokom obrazovanju i znanstvenoj djelatnosti*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2023.
9. Guastini, R., *Sintaksa prava*, Naklada Breza, Zagreb, 2016.
10. Jéze, G., *Les principes généraux du droit administratif. Tom 3. Le fonctionnement des services publics*, Marcel Giard, Paris 1926.

11. Kelsen, H., Čista teorija prava, Naklada Breza, Zagreb, 2012.
12. Koprić, I.; Marčetić, G.; Musa, A.; Đulabić, V.; Lalić Novak, G, *Upravna znanost: javna uprava u suvremenom europskom kontekstu*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 2021.
13. Krbek, I., *Pravo javne uprave FNRJ, I. knjiga: Osnovna pitanja i prava građana*, Birozavod, Zagreb, 1960.
14. Laubadere A., *Manuel de droit administratif*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1969.
15. MacCormick, N., *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, New York, 2009.
16. Pavčnik, M., *Teorija prava*, Cankarjeva založba, Ljubljana 2001.
17. Pavčnik, M., *Teorija prava*, GV Založba, Ljubljana 2011.
18. Pusić, E., *Država i državna uprava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 2007.
19. Visković N., *Teorija države i prava*, Birotehnika, CDO, Zagreb 2001.

Pravni propisi:

1. Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010, 5/2014
2. Zakon o gospodarskim javnim službama, Uradni list Republike Slovenije, br. 32/1993, 30/1998, 127/2006, 38/2010
3. Zakon o hidrografskoj djelatnosti, Narodne novine, br. 68/1998, 110/1998, 163/2003, 71/2014
4. Zakon o kazalištima, Narodne novine, br. 23/2023
5. Zakon o komunalnom gospodarstvu, Narodne novine, br. 68/2018, 110/2018, 32/2020
6. Zakon o ljekarništvu, Narodne novine, br. 117/2008
7. Zakon o odgoju i obrazovanju u osnovnoj i srednjoj školi, Narodne novine, br. 87/2008, 86/2009, 92/2010, 105/2010, 90/2011, 5/2012, 16/2012, 86/2012, 126/2012, 94/2013, 152/2014, 7/2017, 68/2018, 98/2019, 64/2020, 133/2020, 151/2022
8. Zakon o općem upravnom postupku, Narodne novine, br. 47/2009, 110/2021
9. Zakon o poštanskoj usluzi, Narodne novine, br. 144/2012, 153/2013, 78/2015, 110/2019
10. Zakon o pravu na pristup informacijama, Narodne novine, br. 25/2013, 85/2015, 69/2022
11. Zakon o predškolskom odgoju i obrazovanju, Narodne novine, br. 10/1997, 107/2007, 94/2013, 98/2019, 57/2022
12. Zakon o trgovačkim društvima, Narodne novine, br. 111/1993, 34/1999, 121/1999, 52/2000, 118/2003, 107/2007, 146/2008, 137/2009, 111/2012, 125/2011, 68/2013, 110/2015, 40/2019, 34/2022, 114/2022, 18/2023
13. Zakon o ustanovama, Narodne novine, br. 76/1993, 29/1997, 47/1999, 35/2008, 127/2019, 151/22.

14. Zakon o zdravstvenoj zaštiti, Narodne novine, br. 100/2018, 125/2019, 133/2020, 147/2020, 136/2021, 119/2022, 156/2022, 33/2023
15. Uredba sa zakonskom snagom o ustanovama, Službeni list Republike Bosne i Hercegovine, br. 6/1992, 8/1993

PRINCIPLES OF PERFORMING THE PUBLIC SERVICE IN CROATIAN LAW

The aim of this paper is to determine whether there are unique rules at the level of legal principles in the Republic of Croatia, which should bind all providers of public services, as well as the public authorities which organizes, evaluates and supervises the performance of activities carried out by public service providers, all with the aim of protecting the rights of users of these services. The paper first points out the importance and applicability of legal principles in general. Then the laws regulating performance of social and economic public services are analyzed, as well as European Union regulations on services of general interest. Finally, the paper concludes which principles are common to performance of every public service, and what is their meaning, for the purpose of forming a common and general legal regime of these principles.

Key words: *public services, principles, Republic of Croatia*

Prof. dr. sc. Bosiljka Britvić Vetma, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu*
Prof. dr. sc. Frane Staničić, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu**

PRISTUP JAVNOJ SLUŽBI U HRVATSKOM PRAVU

UDK: 331.102.1 : 35(497.5)

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: 22. 2. 2024.

Autori u radu analiziraju pristup javnoj službi u hrvatskom pravu u kontekstu promjena u ustavnosudskoj praksi. Naime, pristup javnoj službi, pod jednakim uvjetima, u kontekstu zapošljavanja u javnoj službi zajamčen je Ustavom Republike Hrvatske. Međutim, u desetljećima koja su prethodila recentnoj ustavnosudskoj praksi, nije postojao put pravne zaštite u postupcima primitka u javnu službu. Odnosno, neizabrani kandidati nisu mogli osporavati izbor izabranog kandidata. Ustavni sud Republike Hrvatske stao je na kraj ovoj praksi 2019. godine, svrstavši postupak izbora kandidata za radno mjesto u javnoj službi u „druga postupanja javnopravnih tijela“ prema članku 156. Zakona o općem upravnom postupku. Na taj način je uspostavljen put pravne zaštite u takvim postupcima – prigovor čelniku tijela te upravni spor pred nadležnim upravnim sudom. Međutim, odluka ustavnog suda ostavila je niz spornih pitanja koja nisu riješena u praksi ni do danas. Stoga će autori prikazati promjene u sustavu pristupa javnoj službi u hrvatskom pravu, ali i brojna otvorena pitanja te ponuditi svoje odgovore na njih.

Ključne riječi: *javna služba, pravna zaštita, prigovor, upravni spor*

1. UVOD

Unatoč činjenici da je Ustavni sud Republike Hrvatske (dalje u tekstu: Ustavni sud) postavio novi način uređenja pravne zaštite u postupcima pristupa javnoj službi (u kontekstu zapošljavanja) još u prosincu 2019. godine (U-III-4016/2015 od 17. prosinca 2019. godine¹), ta činjenica nije znatnije p(rep)oznata u stručnoj i znanstvenoj javnosti.² U istinitost navedenoga mogli smo se uvjeriti i na raznim znanstveno-stručnim skupovima na kojima je predstavljanje i analiza navedene odluke Ustavnog suda izazivalo veliko zanimanje i nevjericu, kao i pregledom

* Prof. dr. sc. Bosiljka Britvić Vetma, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu. E-mail: bbritvic@pravst.hr. ORCID: 0000-0002-3393-5895.

** Prof. dr. sc. Frane Staničić, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu. E-mail: frane.stanicic@pravo.unizg.hr. ORCID: 0000-0001-8304-790.

¹ Dostupna na: <https://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/fOdluka.xsp?action=openDocument&docu mentId=C12570D30061CE54C12584D9003ACEF3> (12.2.2020.).

² Jedan od rijetkih članaka koji smo pronašli, a koji se bavi zapošljavanjem u javnim službama napisan je početkom 2020. godine i autorica je u njemu predvidjela citiranu odluku Ustavnog suda. Vidi Erić, B., *Zapošljavanje u javnim službama i pravni lijek na odluku o odabiru kandidata*, <https://www.iusinfo.hr/aktualno/u-sredistu/zaposljavanje-u-javnim-sluzbama-i-pravni-lijek-na-odluku-o-odabiru-kandidata-40607> (15. 2. 2024.)

recentne prakse Visokog upravnog suda Republike Hrvatske (dalje u tekstu: Visoki upravni sud) koji upravnim sudovima ukazuje na promjenu nastalu zbog ustavnosudske prakse (vidi dodatno *infra*). Dodatno, Ustavni sud je postavio opće pravilo, ali nije razjasnio brojne nedoumice koje primjena tog općeg pravila izaziva u praksi. Ovo je posebno bitno jer citirana odluka Ustavnog suda uistinu predstavlja kopernikanski obrat i promjenu prakse koja je ustaljena u vrlo dugom razdoblju najmanje od 1993. i stupanja na snagu Zakona o ustanovama³. U skladu s tom praksom, koja je bila potvrđena od strane upravnih sudova, Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, Vrhovnog suda Republike Hrvatske i samog Ustavnog suda, nije postojala mogućnost pravne zaštite u postupcima primitka u javnu službu. Odnosno, neizabrani kandidat(i) nije(su) imao(li) mogućnost osporavanja odluke o izboru izabranog kandidata. Međutim, Ustavni sud je citiranom odlukom odlučio prekinuti opisanu praksu i omogućio je svakom neizabranom kandidatu da ospori odluku o izboru izabranog kandidata. Ovakvu odluku Ustavnog suda u svakom slučaju treba pozdraviti jer do tada važeća praksa uistinu nije bila u skladu s ustavnom odredbom o tome da javne službe moraju biti svima dostupne pod jednakim uvjetima.⁴ Naime, nije postojao način da se ospori da – na javnom natječaju – nije odabran najbolji kandidat (ili čak kandidat koji ne zadovoljava uvjete), osim kroz postupak inspeksijskog nadzora. Dakako, u tom postupku inicijator nije stranka, pa se teško može reći da se na taj način mogu zaštititi individualna subjektivna prava (u konkretnom slučaju, pravo na primitak u javnu službu pod jednakim uvjetima).⁵ Nesporno je da mora postojati sudska kontrola nad postupcima primitka u javnu službu zbog razloga koje je izložio Ustavni sud, a koje ćemo detaljnije obrazložiti *infra*. Međutim, isto je tako nesporno da je Ustavni sud propustio dati bilo kakve detaljnije upute na koji način provoditi postupke pravne zaštite u postupcima primitka u javne službe. Odnosno, njegovo uklapanje tih postupaka u „druga postupanja javnopravnih tijela“ prema članku 156. Zakona o općem upravnom postupku (dalje u tekstu: ZUP)⁶ stvara poteškoće praktične i procesne naravi koje valja otkloniti. Stoga je cilj ovoga rada, ponajprije, prikazati novi način uređenja pravne zaštite u postupcima primitka u javne službe uspostavljen praksom Ustavnog suda. Drugo, u radu ćemo analizirati procesne momente prilikom korištenja pravne zaštite u tim postupcima i ukazati na manjkavosti njihovog uklapanja u postupanja uređena člankom 156. ZUP-a. Treće, dat ćemo odgovore na sporna pitanja koja su se u praksi pokazala, a glede promjena u postupanju pružatelja javnih službi prilikom zapošljavanja.

³ 76/93, 29/97, 47/99, 35/08, 127/19, 151/22

⁴ „Svaki državljanin Republike Hrvatske ima pravo, pod jednakim uvjetima, sudjelovati u obavljanju javnih poslova i biti primljen u javne službe.“ – članak 44. Ustava Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.

⁵ Staničić, F., *Novo uređenje pravne zaštite u postupcima primitka u javne službe*, Novi informator, br. 6617 (2020), str. 2. Staničić navodi da se takvi izbori mogu osporavati – putem prijave nadležnoj inspekciji, odnosno podnošenja predstavke o potrebi pokretanja upravnog postupka temeljem članka 42. stavka 2. Zakona o općem upravnom postupku.

⁶ Narodne novine, br. 47/09, 110/21.

2. POJAM JAVNE SLUŽBE

Naše izlaganje moramo početi određivanjem pojma javne službe. Naime, francuski Državni savjet još je u 19. stoljeću odredio javnu službu kao aktivnost uprave po načelima javnog prava.⁷ U teoriji je ovo razrađeno na način da je ključni element javne službe sadržajno ostvarivanje općeg interesa. Kako je pregnantno to izrazio Duguit, državu legitimira obavljanje javnih službi – službi u interesu stanovnika i zajednice u kojoj žive. Duguit je također smatrao da je čitava država samo skup javnih službi.⁸ Stoga danas javne službe čine jednu od osnovnih komponenata suvremene javne uprave. Dakako, zbog njihovog razvoja danas govorimo o vrlo kompleksnim aktivnostima koje obuhvaćaju vrlo širok dijapazon. Danas se one nazivaju još i službama od općeg interesa⁹, pod utjecajem koncepta razvijenog u EU koji pokušava odijeliti javne službe koje imaju više ekonomsko-komercijalnih elemenata od onih koje su više vezane uz vrijednosti društvene solidarnosti.

Iz navedenoga jasno proizlazi da je nužno odrediti što, za potrebe ovoga izlaganja, smatramo javnim službama, što nikako nije jednostavan zadatak. Po svojoj prirodi se javne službe mogu podijeliti u dvije temeljne grupe. Prve su gospodarske javne službe, koje obavljaju djelatnosti koje su po svojoj prirodi komercijalne¹⁰, poput primjerice, komunalnih djelatnosti, javnog prijevoza u obalnom pomorskom prometu, javni željeznički prijevoz, univerzalna poštanska usluga i dr. Kod takvih službi, dakle, nije riječ isključivo o tržišnom pružanju usluga onima koji su sposobni takve usluge kupiti, nego o uslugama za funkcioniranje kojih je odgovorna država. Takve se službe ne mogu, ni u kojem slučaju, potpuno prepustiti mehanizmima tržišta. Tijela javne vlasti imaju određenu odgovornost u pogledu gospodarskih javnih službi.¹¹ U drugu grupu se ubrajaju negospodarske javne službe, koje nemaju komercijalni karakter poput obrazovanja, znanosti, zdravstva, kulture i socijalne skrbi.¹² Riječ je o društveno korisnim i potrebnim službama koje nisu primarno usmjerene na mehanizme tržišta. Takve se službe vrlo često ne bi mogle obavljati kad subjekti javne vlasti ne bi bili odgovorni za njihovo obavljanje. Njihovo obavljanje opravdava se činjenicom postojanja javnog interesa za takvim službama.¹³ Ono što im je svima zajedničko jest da postoji javni interes da se određene djelatnosti podvrgnu pod poseban režim. Stoga pod javnim službama podrazumijevamo one djelatnosti čije je obavljanje od javnog interesa,

⁷ Borković, I., *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 12.

⁸ *Ibid.*, str. 13.

⁹ O tome vidi u: Đulabić, V., *Razvoj službi od općeg interesa u pravu i politici Europske unije i njihov utjecaj na Republiku Hrvatsku*, u: Barbić, J., *Službe od općeg interesa u pravu i politici Europske unije i njihov utjecaj na Republiku Hrvatsku*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2021., str. 21-38.

¹⁰ Klarić, M., Nikolić, M., *Ustrojstvo javnih službi u europskom pravnom poretku*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol 48 (2011), 1., str. 90.

¹¹ Đulabić, V., *Povelje javnih službi: pokušaj podizanja kvalitete javne uprave i jačanja uloge građana*, Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu, vol 56 (2006), 1, str. 32.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

koje mogu obavljati različiti subjekti, ali pod uvjetima koje je postavila javna vlast. U pravilu se status javne službe određenoj djelatnosti podjeljuje zakonom ili drugim općim aktom, a javna vlast regulira, nadzire zakonitost rada i osigurava adekvatnu kvalitetu obavljanja javne službe.

3. PRISTUP JAVNOJ SLUŽBI

Kada govorimo o pristupu javnim službama možemo analizirati pristup javnim službama u dva aspekta. Ponajprije, možemo govoriti o pristupu zapošljavanju i radu u državnim i javnim tijelima, odnosno pravnim osobama koje obavljaju javnu službu. Drugo, možemo govoriti o pravu svih na pristup uslugama koje pružaju subjekti koji obavljaju javnu službu. Naime, kako se ističe i u literaturi, kod nas se pojam „javna služba“ pojavljuje u dva značenja. Prvo je ono koje je definirano Ustavom Republike Hrvatske. Prema tom značenju, javna služba predstavlja zapošljavanje i rad u državnim i javnim tijelima. Prema drugom značenju, pojam „javna služba“ obuhvaća tzv. „društvene djelatnosti“ – obrazovanje, znanost, zdravstvo, socijalnu i mirovinsku skrb, koje po svojoj prirodi nemaju komercijalni karakter.¹⁴ Fokus našega rada neće biti na drugom aspektu pristupa javnim službama nego ćemo se u našem izlaganju baviti pravom na zapošljavanje i rad u javnim službama i pravnom zaštitom u postupcima zapošljavanja u javnim službama. Fokus našega izlaganja bit će na pravu na pristup javnim službama koje se obavljaju kao negospodarske javne službe.

3.1. Pravo na pristup javnim službama prije prosinca 2019. godine

Bitno je istaknuti da Ustav Republike Hrvatske u članku 44. propisuje da svaki državljanin Republike Hrvatske ima pravo, pod jednakim uvjetima, sudjelovati u obavljanju javnih poslova i biti primljen u javne službe. U dugogodišnjoj pravnoj praksi možemo reći da se, sve do kraja 2019. godine, zanemarivala ova odredba Ustava u dijelu koji propisuje pravo svakog državljanina Republike Hrvatske da bude pod jednakim uvjetima primljen u javne službe.

Treba istaknuti da je u Republici Hrvatskoj temeljni pravni oblik djelovanja negospodarskih javnih službi najčešće kroz javne ustanove.¹⁵ Prema tome, temeljni zakon koji uređuje djelovanje javnih ustanova koje obavljaju javne službe jest Zakon o ustanovama. Za potrebe ovoga rada treba istaknuti odredbu čl. 11. toga zakona koja je glasila:

„Pravni status zaposlenih u ustanovama, uvjeti za stupanje u službu i ostala pitanja u svezi s njihovim radom uređuju se općim propisima o radu, ako zakonom nije drugačije određeno.“

¹⁴ Klarić, M., Nikolić, M., *op. cit.* u bilj. 8, str. 89.

¹⁵ Staničić, F., *op. cit.* u bilj. 5, str. 2.

Nakon izmjena¹⁶ Zakona o ustanovama iz 2019. godine ta odredba glasi ovako:
„Na radnopravni status zaposlenih u ustanovama primjenjuju se opći propisi o radu, ako zakonom nije drukčije određeno.“

Iz ove odredbe, u njenom originalnom tekstu, proizlazilo je tumačenje da se kod zapošljavanja u javnim službama, a kod nas i danas, posebno u negospodarskim javnim službama, preteže zapošljavanje u javnim ustanovama, isključivo primjenjuje Zakon o radu. Iz ove (pogrešne) premise, slijedio je zaključak da se, u postupcima zapošljavanja u javnim službama ne može osporavati odluka o izboru zaposlenika. Odnosno, iako se formalno u svim slučajevima zapošljavanja u javnim službama provodi javni natječaj, neizabrani kandidati koji su sudjelovali u natječajnom postupku nisu imali mogućnost osporiti izbor određenog kandidata. Naime, Vrhovni sud Republike Hrvatske je konzistentno, u nizu svojih revizijskih odluka, prvo, zauzimao stav da je nesporno da se na sve radne odnose, što uključuje i primitak u službu, primjenjuje radno zakonodavstvo.¹⁷ Zatim je konzistentno zauzimao gledište da Zakon o radu ne uređuje pravo na sudsku zaštitu prava neizabranog kandidata

¹⁶ Iz obrazloženja Konačnog prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o ustanovama (Narodne novine, 127/2019) kojima je izmijenjen čl. 11. vidi se da se ne radi o suštinskoj izmjeni, nego „terminološkoj“, odnosno kako se u obrazloženju navodi: „odredbom ovoga članka terminološki se doraduje odredba članka 11. Zakona, imajući u vidu da osobe koje se zapošljavaju u ustanovama ne „stupaju u službu“ nego zasnivaju radni odnos s ustanovom kao poslodavcem, odnosno, da se na radnopravni status zaposlenih u ustanovama primjenjuju opći propisi o radu, ako zakonom nije drukčije određeno.“. Vidi na https://www.sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/2019-11-12/133002/PZ_657.pdf (13.2.2024.).

¹⁷ „Riječ je o javnoj ustanovi u kojoj se na radnopravni status zaposlenih, sukladno odredbi čl. 11. Zakona o ustanovama („Narodne novine“ broj: 76/93, 29/97, 47/99, 35/08 i 127/19), primjenjuju opći propisi o radu.“, VSRH Revr 782/2017-6 od 24. lipnja 2020.

„Prema odredbi čl. 11. Zakona o ustanovama („Narodne novine“, broj 76/93) radni status zaposlenih u ustanovama, **uvjeti za stupanje u službu** (istaknuli autori) i ostala pitanja u vezi s njihovim radom uređuje se općim propisima o radu, ako zakonom nije drugačije određeno, iz čega proizlazi da su za ocjenu navedenih pitanja mjerodavne odredbe Zakona o radu.“, VSRH Revr 708/08-2 od 8. travnja 2009.

„Prema odredbi čl. 11. Zakona o ustanovama pravni status zaposlenih u ustanovama, uvjeti za stupanje u službu i ostala pitanja koja su u svezi s njihovim radom uređuju se općim propisima o radu, ako Zakonom nije drukčije određeno.“, VSRH Gr1 233/08-2 od 21. svibnja 2008.

u natječaju.¹⁸ Prema tome, redovno sudstvo nije bilo nadležno za pružanje sudske zaštite u slučaju kada bi ostali kandidati koji su sudjelovali u javnom natječaju eventualno smatrali da je izabran kandidat koji ili nije najbolji kandidat ili koji ne zadovoljava uvjete natječaja. Kao što ćemo pokazati, upravno sudstvo također je smatralo da nije nadležno za pružanje pravne zaštite u ovakvim slučajevima (jer se ne radi o upravnom aktu). Paradoksalno, pravna zaštita u tom smislu postojala je oduvijek u sustavu državne uprave jer po svim zakonima koji su uređivali status državnih službenika neizabrani kandidati imaju pravo na žalbu protiv rješenja o prijmu u službu. Isto vrijedi i za lokalne službenike. Naime, propisano je da je primitak u državnu i lokalnu službu upravna stvar.¹⁹ U skladu s tim, sudsku zaštitu u slučajevima primitka u državnu i lokalnu službu pružalo je i pruža upravno sudstvo.

Međutim, koliko god to danas možda zvučalo čudnim i paradoksalnim, istovremeno se smatralo normalnim i prihvatljivim da u postupcima primitka u javnu službu nema mogućnosti pravne zaštite neizabranih kandidata u odnosu na izabranog kandidata. Takvo je pravno stanje bilo na snazi od samostalnosti Republike Hrvatske, pa do kraja 2019. godine. Naime, tada je Ustavni sud Republike Hrvatske donio odluku koja je stubokom promijenila postupak prijma u javne službe. Paradoksalno, ta odluka, koja je u osnovi označila kopernikanski obrat Ustavnog suda i potpuni otklon od tridesetogodišnje prakse do danas, gotovo četiri godine od njenog donošenja, nije u potpunosti ili nije uopće poznata domaćoj široj, ali i stručnoj javnosti.

¹⁸ „Osim toga, valja imati u vidu da Zakon o radu (‘‘Narodne novine’’, broj 38/95, 65/95, 17/01, 82/01 – dalje u tekstu ZR) ne sadrži odredbe koje bi omogućavale sudsku zaštitu kandidatu kojeg poslodavac nije primio u radni odnos. Naime, ZR u odredbama čl. 126. pruža zaštitu radniku u ostvarivanju prava iz radnog odnosa, a očito je da tužiteljica u vrijeme donošenja osporenih odluka tuženika nije bila radnica tuženika.’’, VSRH Rev r-110/02-2 od 19. ožujka 2002.

„Odredbama čl. 126. Zakona o radu (‘‘Narodne novine’’, broj 38/95, 54/95, 65/95, 17/01, 82/01 i 114/03 – dalje u tekstu ZR) uređena je zaštita prava radnika kod poslodavca i sudska zaštita prava iz radnog odnosa. Odredbom čl. 126. st. 1. ZR propisano je da radnik koji smatra da mu je poslodavac povrijedio neko pravo iz radnog odnosa može u roku od 15 dana od dostave odluke kojom je povrijeđeno njegovo pravo, odnosno od dana saznanja za povredu prava, zahtijevati od poslodavca ostvarenje toga prava, - a prema odredbi st. 2. toga zakonskog članka – ako poslodavac u roku 15 dana od dostave zahtjeva radnika iz st. 1. toga članka ne udovolji tom zahtjevu, radnik može u daljnjem roku od 15 dana zahtijevati zaštitu povrijeđenog prava pred nadležnim sudom. U smislu odredbe čl. 1. toga Zakona tim Zakonom se uređuju radni odnosi u Republici Hrvatskoj, ako drugim zakonom ili međunarodnim ugovorom, koji je sklopljen i potvrđen u skladu s Ustavom te objavljen, nije drukčije određeno. Isti zakon nije predvidio sudsku zaštitu prava neizabranog kandidata u natječaju za popunjavanje slobodnih radnih mjesta, a takvu zaštitu nije predvidio niti Zakon o srednjem školstvu (‘‘Narodne novine’’, broj 19/92, 27/93, 50/95) koji je propisao da se nastavnici biraju na temelju javnog natječaja (čl. 79.).’’, VSRH Revr 738/06-2 od 1. veljače 2007.

¹⁹ Odnosno, Zakon o državnim službenicima (Narodne novine, br. 155/23) u članku 42. stavku 1. propisuje da je, *inter alia*, odlučivanje o prijmu u državnu službu upravna stvar, dok Zakon o službenicima i namještenicima u lokalnoj i područnoj samoupravi (Narodne novine, br. 86/08, 61/11, 04/18, 112/19) u članku 5. stavku 1. propisuje da se, *inter alia*, o prijmu u službu odlučuje rješenjem. I ranije važeći Zakon o državnim službenicima je propisivao da je rješenje o prijmu u službu upravni akt (članak 52. stavak 2.). Međutim, nesporno je da se uvijek radi o upravnom aktu koji se, kao i svaki upravni akt, može osporavati pred mjesno nadležnim upravnim sudom (ili ranije pred Upravnim sudom Republike Hrvatske).

3.2. Odluka Ustavnog suda

Vrlo ćemo kratko prikazati okolnosti slučaja koji je bio povod za donošenje ove odluke Ustavnog suda. Podnositelj se javio na natječaj Javne profesionalne vatrogasne postrojbe Grada Osijeka za prijem u radni odnos na neodređeno vrijeme za radno mjesto vozač vatrogasnog vozila - vatrogasac. Podnositelj je smatrao kako je tijekom natječaja učinjeno više propusta te je 26. studenoga 2014. izjavio žalbu (prigovor) Javnoj profesionalnoj vatrogasnoj postrojbi Grada Osijeka na donesenu odluku Upravnog vijeća, a u kojoj je iznio svoje prigovore na provedeni postupak izbora kandidata. Upravno vijeće obavijestilo je podnositelja da je na 12. sjednici održanoj 5. prosinca 2014. "raspravljalo o njegovoj žalbi". Podnositelj je nakon toga 7. siječnja 2015. podnio tužbu Upravnom sudu u Osijeku radi poništavanja odluke Upravnog vijeća Javne profesionalne vatrogasne postrojbe Grada Osijeka. Upravni sud u Osijeku je rješenjem od 30. ožujka 2015.²⁰ odbacio tužbu podnositelja. Upravni sud je smatrao da se na predmetni slučaj primjenjuje Zakon o ustanovama koji propisuje da se pravni status zaposlenih u ustanovama, uvjeti za stupanje u službu i ostala pitanja u svezi s njihovim radom uređuju općim propisima o radu, ako zakonom nije drugačije određeno (čl. 11. st. 1.). Prema tome, smatrao je Upravni sud u Osijeku, odluka o izboru kandidata temeljem javnog natječaja nije upravni akt, tj. njome se ne odlučuje o pravima, obvezama niti pravnom interesu tužitelja već se njome odabiru kandidati, a s kojima se nakon toga sklapa ugovor o radu. Prema tome, slijedilo bi da se ne radi o stvari o kojoj se može voditi upravni spor u skladu s čl. 3. Zakona o upravnim sporovima. Podnositelj je protiv rješenja Upravnog suda u Osijeku o odbacivanju tužbe izjavio žalbu Visokom upravnom sudu Republike Hrvatske, koju je Visoki upravni sud rješenjem²¹ odbio kao neosnovanu. Visoki upravni sud smatrao je da je prvostupanjski sud pravilno ocijenio da se ne radi o upravnoj stvari koja može biti predmet upravnog spora, te je zakonito temeljem odredbe čl. 30. st. 1. t. 7. ZUS-a odbacio tužbu tužitelja kao nedopuštenu. Naime,

²⁰ „Statutom Javne profesionalne vatrogasne postrojbe Grada Osijeka Klasa: 363-01/09-01/58, Urbroj: 2158/01-01-09-8 od 21. srpnja 2009. u članku 2. je propisano da je Javna profesionalna vatrogasna postrojba Grada Osijeka javna ustanova osnovana za obavljanje vatrogasne djelatnosti na području Grada Osijeka. Člankom 11. stavkom 1. Zakona o ustanovama (Narodne novine, broj 76/93., 29/97., 47/99. i 35/08.) propisano je da pravni status zaposlenih u ustanovama, uvjeti za stupanje u službu i ostala pitanja u svezi s njihovim radom uređuju se općim propisima o radu, ako zakonom nije drugačije određeno. Prema Pravilniku o radu predmetne ustanove koji je priložen u spisu tuženika, razvidno je da je člankom 6. predviđeno da se radni odnos zasniva ugovorom o radu. (...) S obzirom da se odluka o izboru kandidata ne donosi u obliku rješenja, ista nema karakter upravnog akta tj. istom se ne odlučuje o pravima, obvezama niti pravnom interesu tužitelja već se istom odabiru kandidati, a s kojima se nakon toga sklapa ugovor o radu u skladu s člankom 6. Pravilnika o radu predmetne ustanove.“, USOS, Us13/15-5 od 30. ožujka 2015.

²¹ „Člankom 11. stavkom 1. Zakona o ustanovama ('Narodne novine' 76/93., 29/97., 47/99. i 35/08.) propisano je da se pravni status zaposlenih u ustanovama, uvjeti zastupanja u službu i ostala pitanja u svezi s njihovim radom uređuju općim propisima o radu, ako zakonom nije drugačije određeno. Kako se pravni status zaposlenih u ustanovama, uvjeti zastupanja u službu i ostala pitanja u svezi s njihovim radom uređuju općim propisima o radu, u konkretnom slučaju radi se o tužbi koja je podnesena protiv Odluke o izboru dva kandidata ustanovu Javna profesionalna vatrogasna postrojba Grada Osijeka, pravilno je sud ocijenio da se ne radi o upravnoj stvari koja može biti predmet upravnog spora, te je zakonito temeljem odredbe članka 30. stavka 1. točke 7. ZUS-a odbacio tužbu tužitelja kao nedopuštenu.“ VUS, Usž-682/15-2 od 16. srpnja 2015.

i Visoki upravni sud smatrao je da se pravni status zaposlenih u ustanovama, uvjeti zastupanja u službu i ostala pitanja u svezi s njihovim radom uređuju općim propisima o radu, u konkretnom slučaju radi se o tužbi koja je podnesena protiv Odluke o izboru dva kandidata ustanovu Javna profesionalna vatrogasna postrojba Grada Osijeka. Odnosno, ne radi se o upravnoj stvari.

Iz navedenih okolnosti slučaja jasno proizlazi da je gledište upravnog sudstva da nije nadležno za pružanje pravne zaštite u predmetima zapošljavanja u javnim službama zbog kogentne odredbe članka 11. Zakona o ustanovama koja upućuje na ekskluzivnu primjenu radnog zakonodavstva na sve pravne odnose zaposlenika u ustanovama. Kako smo već naveli, Zakon o radu ne sadrži odredbe koje bi uređivale pravnu zaštitu u ovakvim slučajevima, što je u svojoj praksi višekratno potvrdio Vrhovni sud. Prema tome, zaključak koji je nemoinovno izvesti je vrlo jednostavan. U pravnom sustavu Republike Hrvatske ne postoji pravna zaštita dostupna neizabranim kandidatima u postupcima prijma u javnu službu. Drugim riječima, nemoguće je osporiti odluku kojom je određen kandidat izabran na javnom natječaju kao najbolji kandidat. Ponovimo, unatoč jasno postojećem sustavu pravne zaštite u postupcima prijma u državnu i lokalnu (i područnu) službu gdje svaki neizabrani kandidat ima prvo pravo na žalbu protiv odluke o prijmu izabranog kandidata, a potom i pravo na upravnosudsku zaštitu. Takvo je stanje bilo neupitno, a usudili bismo se reći, i uklesano u kamenu gotovo trideset godina. Postojao je posredni način osporavanja takvih izbora putem prijave nadležnoj inspekciji, odnosno podnošenja predstavke o potrebi pokretanja upravnog postupka po službenoj dužnosti (vidi čl. 42. ZUP-a), ali je takav vid pravne zaštite neizravan te osoba koja je inicirala pokretanja postupka, čak i kada se postupak pokrene, nije stranka u tome postupku, pa se teško može reći da joj je omogućena zaštita njenih prava ili interesa.

Iz sadašnje perspektive čini nam se gotovo nemogućim da ovo pitanje nije ranije bilo postavljeno kao sporno – pred Ustavnim sudom – i razriješeno. Naime, ako je uspostavljen sustav javnog natječaja za sve primitke u javne službe, a jest, kako se ispunjava(la) svrha javnog natječaja ako nije postojala mogućnost da itko ukaže na to da je izabran kandidat koji ili nije najbolji kandidat ili, drastičnije, uopće ne zadovoljava uvjete natječaja? Dakako, opet naglašavamo da postoje nadležne inspekcije, ali netko ih ponajprije mora upozoriti na nezakonitost, zatim moraju postupiti, utvrditi eventualnu nezakonitost, donijeti odluku da se mora poništiti takav postupak, eventualno ponoviti javni natječaj. A cijelo to vrijeme nezakonito izabrani kandidat obavlja javnu službu (i prima za to plaću jer nesporno radi na radnom mjestu na koje je izabran). Uistinu nam se, zbog toga, postavlja pitanje nije li ovakvo uređenje pristupa u javnu službu predstavljalo apsolutnu negaciju smisla provođenja javnog natječaja.

Ipak, Ustavni sud je u citiranoj odluci iz prosinca 2019. odlučio, rekli bismo napokon, prekinuti takvo stanje. Naime, Ustavni sud je istaknuo da javna služba predstavlja zapošljavanje i rad u državnim i javnim tijelima. Javna služba zbog svoje važnosti ima poseban društveni položaj i zajednica je smatra važnom za svoju egzistenciju odnosno socijalni, ekonomski i kulturni razvitak. Članak 44. Ustava

jamči da svaki državljanin Republike Hrvatske ima pravo, pod jednakim uvjetima, sudjelovati u obavljanju javnih poslova i biti primljen u javne službe. Težište tog jamstva je na jednakim uvjetima koji se moraju osigurati svima. Implicite, time je zabranjen svaki oblik privilegiranja pojedinaca na bilo koji način prilikom primanja u javne službe. Pravo, pod jednakim uvjetima, biti primljen u javne službe ne znači samo formalnu jednakost u natječaju, već i pravo svakog kandidata da se, na jednak način za sve, uzmu u obzir stručna, moralna i druga svojstva. To znači određeni postupak prijema i mogućnost sudske kontrole takvog postupka prijema, iako to nije jamstvo da će osoba koja je kandidat u konačnici biti primljena. Ustavni sud smatra kako se radi o interesu (pa i pravu) kandidata jer je sam učinak odluke o izboru kandidata za tu osobu važan, o tome ovisi hoće li se s tom osobom sklopiti ugovor o radu ili ne. Članak 44. Ustava zahtijeva jednake uvjete kad je riječ o primitku u javne službe. Međutim, formalna jednakost kandidata u natječaju nije dostatna za ispunjenje zahtjeva tog ustavnog jamstva. Ustavni sud stoga smatra da pristup javnim službama mora biti osiguran i kroz mogućnost sudske kontrole takvog postupka.

Ponovimo, do donošenja ove odluke bilo je „posve jasno“ da upravni sudovi ne pružaju sudsku zaštitu u slučaju da je neizabrani kandidat na javnom natječaju smatrao da je izabrani kandidat izabran mimo zakona. *Ratio* takvog gledišta upravnog sudstva proizlazio je iz čl. 11. Zakona o ustanovama koji propisuje primjenu općih propisa o radu glede pravnog statusa zaposlenih u ustanovama, uvjeta za stupanje u službu i ostalih pitanja u svezi s njihovim radom.

Stoga su upravni sudovi i Visoki upravni sud Republike Hrvatske zauzimali gledište da takve tužbe treba odbaciti jer se radi o radnopravnim stvarima o kojima se ne donosi upravni akt.²²

Ni Zakon o radu nije pružao sudsku zaštitu u takvim slučajevima jer nije predvidio sudsku zaštitu podnositelja kao kandidata kojeg poslodavac nije primio u radni odnos. Stoga je nezadovoljni neizabrani kandidat bio bez ikakve sudske

²² „Osporena odluka kojom se zainteresirana osoba, viši asistent, bira za nastavnika u znanstveno nastavno zvanje docenta za znanstveno područje tehničkih znanosti, polja računarstva, grana informacijski sustav i odgovarajuće radno mjesto nije upravni akt te protiv tog akta nije dopušteno voditi upravni spor.“, VUS Us-8777/2011-7 od 12. ožujka 2014.

zaštite.²³ Međutim, ocjena je Ustavnog suda da se time ne poštuje čl. 44. Ustava. Naime, težište jamstva da svaki državljanin Republike Hrvatske ima pravo, pod jednakim uvjetima, sudjelovati u obavljanju javnih poslova i biti primljen u javne službe jest na jednakim uvjetima. To znači određeni postupak prijema i mogućnost sudske kontrole takvog postupka prijema, iako to nije jamstvo da će osoba koja je kandidat u konačnici biti primljena. Zbog toga Ustavni sud smatra da pristup javnim službama mora biti osiguran i kroz mogućnost sudske kontrole takvog postupka. Ovo znači da neizabrani kandidat mora imati osiguran pristup sudu, tj. da može sudski osporavati izbor izabranog kandidata. Iz odluke Ustavnog suda je očito da je za pružanje sudske zaštite nadležno upravno sudstvo, a Ustavni sud je u citiranoj odluci postavio pravila za takav postupak.

4. POSTUPAK PRAVNE ZAŠTITE U POSTUPCIMA PRIJMA U JAVNU SLUŽBU NAKON ODLUKE USTAVNOG SUDA

U ovom dijelu rada analizirat ćemo učinak odluke Ustavnog suda kojom je, po prvi puta, u Republici Hrvatskoj uspostavljen sustav pravne zaštite neizabranih kandidata u postupcima pristupa (primitka) javnim službama. Naime, nakon odluke Ustavnog suda, upravno sudstvo prihvatilo je svoju nadležnost u ovakvim stvarima te se vode sporovi glede odabira najboljeg kandidata odabranih u javnim natječajima u postupcima primitka u javne službe. Ustavni sud je u citiranoj odluci postavio sljedeća pravila:

Prvo, Ustavni sud smatra da postupak javnog natječaja o zasnivanju radnog odnosa u javnoj ustanovi i odluka o odabiru kandidata s kojim će se sklopiti ugovor o radu predstavlja drugo postupanje javnopravnog tijela iz područja upravnog prava, o kojem se ne donosi rješenje iz članka 156. ZUP-a²⁴. Radi se o vrlo široko uređenom obliku pravne zaštite. Naime, zaštita protiv drugih oblika postupanja javnopravnih tijela „pokriva“ sve ostale interakcije u koje javnopravna tijela i građani dolaze, a

²³ „Provedba javnog natječaja obvezan je korak u procesu zapošljavanja kad govorimo o zapošljavanju u javnim službama (ako nije drugačije uređeno posebnim propisom) te neprovođenje natječaja kad je isti propisan povlači za sobom prekršajnu odgovornost poslodavca. S druge strane, važeći pozitivni propisi koji uređuju predmetnu materiju kao i dosadašnja sudska praksa (u pretežitom dijelu) upućuju na to da ne postoji mogućnost ostvarivati sudskim putem pravnu zaštitu u slučaju donošenja Odluke o odabiru kandidata dakle u postupku koji tek prethodi zapošljavanju. Dok su ZDS i Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi („Narodne novine“, broj: 33/01., 60/01., 129/05., 109/07., 125/08., 36/09., 36/09., 150/11., 144/12., 19/13., 137/15., 123/17., 98/19.) svojim odredbama razradili takvu mogućnost, to u primjeni općih propisa u radu i TKU nije slučaj. Jedino što preostaje nezadovoljnom kandidatu po mišljenju autora je traženje sudske zaštite temeljem odredbi Zakona o suzbijanju diskriminacije („Narodne novine“, broj: 85/08., 112/12.) u kojem je, u članku 16. utvrđeno kako svatko tko smatra da mu je zbog diskriminacije povrijeđeno neko pravo može tražiti zaštitu tog prava u postupku u kojem se o tom pravu odlučuje kao o glavnom pitanju, a može tražiti i zaštitu u posebnom postupku propisanom u članku 17. tog zakona te kako se posebni postupci za zaštitu od diskriminacije u području rada i zapošljavanja smatraju sporovima iz radnih odnosa.“. Erić, B., *op. cit.* u bilj. 2.

²⁴ „Osoba koja smatra da joj je drugim postupanjem javnopravnog tijela iz područja upravnog prava, o kojem se ne donosi rješenje, povrijeđeno pravo, obveza ili pravni interes, može izjaviti prigovor sve dok takvo postupanje traje ili traju njegove posljedice.“.

koji proizlaze iz poslova javne uprave koji su joj povjereni zakonom, a u kojima se ne donosi rješenje.²⁵ ZUP definira²⁶ javnopravna tijela te u toj definiciji ne navodi pružatelje javnih usluga. Međutim, širu definiciju²⁷ javnopravnih tijela daje Zakon o upravnim sporovima (dalje u tekstu: ZUS)²⁸ iz koje je vidljivo da svi pružatelji javnih usluga, odnosno oni koji obavljaju javnu službu spadaju u javnopravna tijela jer je dopušten upravni spor protiv svih njihovih postupanja.²⁹ Treba navesti i da ZUP uređuje i pravnu zaštitu protiv postupanja pružatelja javnih usluga (vidi članke 157. i 158.). Međutim, taj pravni lijek nije prikladan u postupcima primitka u javne službe jer je, kako je ZUP-om normiran, dostupan samo korisnicima javnih usluga koji smatraju da su pružatelji javnih usluga povrijedili neko pravo ili pravni interes koji proizlazi iz odnosa korisnik – pružatelj usluge (koji je najčešće ugovorni). Stoga je jasno zašto je Ustavni sud izjednačio postupak primitka u javnu službu s drugim postupanjem javnopravnog tijela iz članka 156. ZUP-a, a ne postupanjem pružatelja javne usluge iz članka 157. ZUP-a. Nije niti pretjerano čudno što upravni sudovi sami nisu prihvatili ovu činjenicu jer, kako ističe Rajko, ispunjavanje pretpostavki za tu vrstu zaštite, po prirodi stvari, često nije jednostavno utvrditi. Kriteriji za to uglavnom se razvijaju upravnosudskom praksom, i to zasad češće utvrđivanjem koje radnje ili propuštanja radnji ne ulaze u okvire drugog oblika postupanja iz članka 156. ZUP-a, negoli identificiranjem materije koja ulazi u te okvire.³⁰

²⁵ Derda, D., *Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj*, Inženjerski biro, Zagreb, 2010., str. 345. Derda kao primjer uzima situaciju u kojoj osoba smatra da je javnopravno tijelo neopravdano ocijeni da je njena prijava za prijam u službu u jedinici lokalne samouprave nepotpuna ili nepravodobna. Naime, takvi se kandidati ne smatraju kandidatima te se o tome obavještavaju putem obavijesti u pisanom obliku koja nema pravnu prirodu upravnog akta, pa se ne može izjaviti žalba. *Ibid.*

Upravo iz navedenog primjera možemo vidjeti da odlučivanje o izboru u postupku primitka u javnu službu, koje ne završava donošenjem upravnog akta upravo odgovara opisanom institutu, tj. da uistinu spada u „druga postupanja javnopravnog tijela“.

²⁶ „Ovim se Zakonom uređuju pravila na temelju kojih tijela državne uprave i druga državna tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravne osobe koje imaju javne ovlasti (u daljnjem tekstu: javnopravna tijela), u okviru djelokruga utvrđenog na temelju zakona, postupaju i rješavaju u upravnim stvarima.“ – članak 1.

²⁷ „Javnopravnim tijelom u smislu ovoga Zakona smatra se tijelo državne uprave i drugo državno tijelo, tijelo jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravna osoba koja ima javnu ovlast i pravna osoba koja obavlja javnu službu (pružatelj javnih usluga).“ – članak 2. stavak 2.

²⁸ Narodne novine, br. 20/10, 143/12, 152/14, 94/16, 29/17, 110/21.

²⁹ „(1) Predmet upravnog spora jesu:

...

2. ocjena zakonitosti postupanja javnopravnog tijela iz područja upravnog prava kojim je povrijeđeno pravo, obveza ili pravni interes stranke protiv kojeg nije dopušteno izjaviti redoviti pravni lijek,

3. ocjena zakonitosti propuštanja javnopravnog tijela iz područja upravnog prava da u zakonom propisanom roku odluči o pravu, obvezi ili pravnom interesu ili redovitom pravnom lijeku stranke odnosno da postupi prema propisu,

...“- članak 3. ZUS-a. Međutim, u ovakvim slučajevima predmet upravnog spora bit će ocjena zakonitosti pojedinačne odluke kojom je javnopravno tijelo odlučilo o pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke u upravnoj stvari (upravni akt) protiv koje nije dopušteno izjaviti redoviti pravni lijek. Naime, spor će se voditi protiv rješenja.

³⁰ Rajko, A., *Prigovor kao pravni lijek prema Zakonu o općem upravnom postupku*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol 71 (2021), 3-4, str. 519.

Drugo, iz činjenice da je odlučivanje u postupku primitka u javnu službu izjednačeno s „drugim postupanjem javnopravnog tijela“ proizlazi i pravna zaštita propisana ZUP-om. Naime, protiv takvog postupanja javnih ustanova (donošenje odluke o odabiru kandidata s kojim će se sklopiti ugovor o radu) neizabrani kandidat ima pravo izjaviti prigovor. Radi se o redovnom pravnom lijeku uspostavljenim ZUP-om³¹, a koji pruža pravnu zaštitu izvan upravnog postupka, ali na području upravnog prava. ZUP ne propisuje posebno oblik, sadržaj i predaju prigovora, nego glede tih pitanja upućuje na odgovarajuću primjenu svojih odredaba koje se odnose na oblik, sadržaj i predaju žalbe. Stoga se na sadržaj prigovora odgovarajuće primjenjuje čl. 108. st. 1., pa prigovor mora sadržavati naznaku: 1. (ne)postupanja javnopravnog tijela koje se osporava, 2. (ne)postupanja pružatelja javnih usluga ili 3. naznaku upravnog ugovora i obveze iz tog ugovora koju javnopravno tijelo koje mu je stranka ne izvršava. Isto tako mora sadržavati naziv javnopravnog tijela čijim je (ne)postupanjem podnositelj nezadovoljan te razloge zbog kojih izjavljuje prigovor. Mora sadržavati i osnovne elemente propisane čl. 71. st. 2. koji uređuje sadržaj podneska (pa između ostalog, ime i prezime odnosno naziv podnositelja, njegovu adresu odnosno sjedište, OIB) te vlastoručni potpis u skladu s čl. 71. st. 5. Prigovor se predaje odgovarajućom primjenom čl. 110. st. 1., pa se predaje na način propisan za predaju podnesaka. Odnosno, predaje se u skladu s čl. 71. st. 3. te se mogu predati u pisanom obliku neposredno, poslati poštom, dostaviti elektroničkim putem ili izjaviti usmeno na zapisnik. Prema tome, moguć je i pisani i usmeni oblik prigovora.³²

Treće, o tome prigovoru ravnatelj javne ustanove mora, u skladu s čl. 122. ZUP-a donijeti rješenje u roku od osam dana od dana izjavljivanja prigovora. Naime, izjavljivanjem prigovora vezanih uz upravna postupanja aktivira se upravni postupak te se o prigovoru odlučuje rješenjem (upravnim aktom)³³. Stoga takav prigovor može biti rješenjem odbačen kada je nepravodoban, nedopušten ili izjavljen od neovlaštene osobe ili je u povodu istovjetnog prigovora već odlučeno u korist podnositelja te u slučajevima iz članka 18. stavka 2. ZUP-a i članka 73. stavka 2. ZUP-a.³⁴ U slučaju prigovora protiv odluke o izboru u postupku primitka u javnu službu može se pojaviti odbacivanje prigovora kao nepravodobnog ili izjavljenog od neovlaštene osobe (smatramo da je uvijek dopušten), s tim da se posebni problemi mogu pojaviti glede pravodobnosti prigovora, o čemu više *infra*. Prigovor može biti odbijen kao neosnovan ako se postupanjem iz članka 156. ZUP-a nije povrijedilo pravo, obveza ili pravni interes osobe. U slučaju prigovora protiv odluke o izboru

³¹ „Upravo je širenje predmeta važećeg Zakona o općem upravnom postupku (dalje u tekstu: ZUP) na dio upravne djelatnosti izvan rješavanja upravnih stvari u upravnom postupku (tj. na upravne ugovore te na postupanja javnopravnih tijela i pružatelja javnih usluga), koja nije ulazila u doseg njegova normativnog prednika, u osvrtima profesionalne zajednice redovito uvrštavano među važnije novosti koje je donijelo stupanje ZUP-a na snagu. Radi osiguravanja pravne zaštite u odnosu na odredbe ZUP-a što se ne odnose na upravni postupak, tim je Zakonom predviđen prigovor kao nova vrsta redovitoga pravnog lijeka.“ Rajko, A., *op. cit.* u bilj. 28, str. 513.

³² Staničić, F., *Abecedarij upravnog postupka*, Novi informator, br. 6781, str. 21.

³³ Rajko, A., *op. cit.* u bilj. 30, str. 523.

³⁴ *Ibid.*, str. 524.

u postupku primitka u javnu službu to će značiti da je u povodu prigovora utvrđeno da je postupak izbora zakonito i pravilno proveden. I konačno, prigovor može biti usvojen kao osnovan, što onda nužno znači poništenje odluke o odabiru najboljeg kandidata.

Četvrto, u konačnici će o zakonitosti postupanja javne ustanove (odabiru kandidata s kojim će se sklopiti ugovor o radu) odlučiti upravni sud u povodu (eventualne) tužbe neizabranog kandidata protiv rješenja o prigovoru. U tom upravnom sporu predmet upravnog spora jest, kako to navodi Rajko, „klasična“ ocjena zakonitosti konačne pojedinačne odluke (odnosno upravni spor zbog šutnje uprave).³⁵ U takvom upravnom sporu tužitelj će zahtijevati poništenje rješenja koje je doneseno povodom njegovog ranijeg prigovora, ali i, logično, nalažanje tuženiku da otkloni nedostatke u njegovom postupanju koji su protupravno djelovali na prava, obveze ili pravne interese tužitelja (primjerice, da ponovi natječaj). Treba naglasiti, čak i ako tužitelj ne postavi reformacijski zahtjev, sud je ovlašten donijeti takvu presudu ako za to ima dovoljnu podlogu.³⁶ Isto tako, ako se spor vodi zbog šutnje uprave, tužitelj će tražiti od suda da naloži tuženiku donošenje rješenja (o prigovoru).³⁷

U skladu sa svim navedenim, možemo vidjeti da je Ustavni sud uspostavio sustav pravne zaštite u postupcima pristupa javnoj službi koja do njegove intervencije nije postojala. Uspostavio ju je kroz institut pravne zaštite protiv drugih postupanja javnopravnih tijela iz članka 156. ZUP-a. U skladu s tim, danas se postupak primitka u javne službe smatra „drugim postupanjem javnopravnog tijela“ te je protiv odluke o odabiru najboljeg kandidata na javnom natječaju moguće izjaviti prigovor. Izjavljivanjem prigovora ulazi se u sferu upravnog postupka jer je čelnik tijela (u pravilu, ravnatelj ustanove ili osoba koja obnaša funkciju izjednačenu s onom ravnatelja ustanove – dekan, rektor i sl.) dužan donijeti rješenje u roku od osam dana od dana izjavljivanja prigovora. Protiv toga rješenja, odnosno u slučaju šutnje uprave, podnositelj prigovora može pokrenuti upravni spor pred mjesno nadležnim upravnim sudom, predmet kojega je ili ocjena zakonitosti pojedinačne odluke (rješenja) ili ocjena zakonitosti propuštanja donošenja pojedinačne odluke. Sud može, ako usvoji tužbu, poništiti rješenje po prigovoru i naložiti tuženiku određeno postupanje (primjerice, ponavljanje natječaja) ili naložiti donošenje rješenja po prigovoru u slučaju spora zbog šutnje uprave.

5. RECEPCIJA ODLUKE USTAVNOG SUDA

Kao što smo naveli, najkasnije od 1993. i stupanja na snagu Zakona o ustanovama uspostavljeno je pravilo da neizabrani kandidat ne može osporavati izbor izabranog kandidata. Naveli smo i da je upoznavanje s novom ustavnosudskom praksom iz prosinca 2019. godine išlo polako i da šira, ali i znanstveno-stručna javnost nisu s

³⁵ *Ibid.*, str. 526.

³⁶ *Ibid.*, str. 527.

³⁷ Vidi i Staničić, F., *op. cit.* u bilj. 5, str. 4.

njom bili upoznati do relativno nedavno. To, nažalost, vrijedi i za upravno sudstvo, pa i Visoki upravni sud. Naime, upravni sudovi (ne svi) su odbacivali³⁸ tužbe u ovakvim predmetima i nakon donošenja citirane odluke Ustavnog suda. Neki upravni sudovi, i neki suci na upravnim sudovima ipak su meritorno rješavali³⁹ ovakve sporove, pa možemo istaknuti i da je, očito, vladala pravna nesigurnost.

Međutim, u vrlo recentnoj upravnosudskoj praksi možemo vidjeti da je Visoki upravni sud počeo ispravljati⁴⁰ pogreške upravnih sudova koji (ne svi) su i dalje odbacivali tužbe u ovakvim predmetima. Takva rješenja o odbacivanju mogu se

³⁸ Vidi, primjerice, rješenje Upravnog suda u Splitu 3 UsI-349/20-8 od 13. listopada 2021.

³⁹ Vidi, primjerice, presudu Upravnog suda u Splitu 14 UsI-1188/21-12 od 24. rujna 2021. u kojoj se odbija tužba protiv rješenja o prigovoru na odabir odabranog kandidata donesenog temeljem članka 156. ZUP-a, presudu Upravnog suda u Osijeku 4 Us I-565/2022-13 od 22. prosinca 2022. kojom se odbija tužba protiv rješenja o prigovoru na odabir odabranog kandidata donesenog temeljem članka 156. ZUP-a., presudu Upravnog suda u Rijeci 2 Uszp-23/2020-15 od 29. travnja 2021. kojom se odbija tužbeni zahtjev koja je, koliko nam je poznato, prva ove tematike te je zanimljivo da sud u Rijeci nije decidirano naveo radi li se o postupanju iz članka 156. ZUP-a ili o upravnom aktu.

⁴⁰ Tako vidi, primjerice, rješenje VUS UsZ-702/23-2 od 18. listopada 2023. kojim se poništava rješenje Upravnog suda u Splitu od 12. kolovoza 2022. u kojem VUS ističe:

„6. Navedeni stav prvostupanskog suda ne može se ocijeniti pravilnim, budući da je ranija sudska praksa, prema kojoj odluka fakultetskog vijeća o izboru u znanstveno nastavno zvanje (docent) nije upravni akt, izmijenjena, kako što je to učinjeno u odluci, poslovni broj: UsZ-2442/22-2 od 13. srpnja 2022.

7. Naime, kako to i navodi tužiteljica, Ustavni sud je u svojoj odluci, broj: U-III2189/2014. od 24. lipnja 2020. (odluka o izboru u suradničko zvanje asistent) zaključio da Zakon o radu ne sadrži odredbe koje omogućavaju sudsku zaštitu podnositelja kao kandidata kojeg poslodavac nije primio u radni odnos te da pristup javnim službama mora biti osiguran kroz mogućnost sudske kontrole takvog postupanja. Nadalje, u odluci, broj: U-III-3446/2016 od 26. svibnja 2020. (izbor u znanstveno-nastavno zvanje (docent), ponovio je svoje stajalište da sukladno Ustavu i zakonu, u odnosu na pojedinačne akte javnopravnih tijela, neovisno o tome imaju li oni ili nemaju svojstvo upravnih ili kakvih drugih akata, mora biti osigurana sudska zaštita te da se u konkretnom slučaju odlukama fakulteta odlučivalo o statusnim te radnopravnim pitanjima. Ujedno je naveo da, u skladu s odredbama sadržanim u članku 105. ZUP-a, protiv prvostupanskog rješenja stranka ima pravo izjaviti žalbu drugostupanskom tijelu, ako žalba nije isključena pa čak i kada rješenje nije doneseno u zakonom propisanom roku. Sukladno s odredbama sadržanim u članku 156. ZUP-a, osoba koja smatra da joj je drugim postupanjem javnopravnog tijela iz područja upravnog prava, o kojem se ne donosi rješenje, povrijeđeno pravo, obveza ili pravni interes, može izjaviti prigovor sve dok takvo postupanje traje ili traju njegove posljedice.

7. S obzirom da se i u konkretnom slučaju osporenom odlukom odlučivalo o statusnim i radnopravnim pitanjima zaposlenih u javnoj ustanovi, a povodom natječaja u kojem je tužiteljica sudjelovala, proizlazi da tužiteljica kao kandidatkinja koji nije odabrana na natječaju ima pravni interes osporavati navedenu odluku. Stoga se predmet vraća prvostupanskom sudu na ponovni postupak da meritorno odluči o tužbenom zahtjevu tužiteljice odgovarajućom primjenom odredbe članka 156. ZUP-a.“

Valjo slično stajalište VUS iznosi u rješenju UsZ-4233/2022-4 od 11. listopada 2023. kojim je poništio rješenje Upravnog suda u Splitu od 7. lipnja 2022.:

„11. Međutim, ovaj Sud ukazuje na stajalište izraženo u ustavnosudskoj praksi, a prema kojem nije prihvatljivo utvrđenje upravnih sudova da kandidati koji nisu odabrani na natječaju koji je objavila javna ustanova nisu ovlašteni na poništenje odluke o izboru protukandidata na natječaju, odnosno da nisu ovlašteni ni žalbom ni u sudsom postupku zahtijevati poništenje odluke o izboru kandidata na natječaju.

12. Naime, protivno ocjeni prvostupanskog suda, Ustavni sud u nizu odluka ističe da se radi o interesu (pa i pravu) kandidata jer je sam učinak odluke o izboru kandidata za tu osobu važan, a o tome ovisi da li će se s tom osobom sklopiti ugovor o radu ili ne, zbog čega se zaključuje da se radi o drugom postupanju javnopravnog tijela iz područja upravnog prava, a zbog čega ima osnove i za primjenu članka 156. Zakona o općem upravnom postupku („Narodne novine“, 47/09. i 110/21. – dalje: ZUP). Stoga nije bilo osnove da se tužba tužitelja odbaci pozivom na odredbu članka 30. stavka 1. točke 7. ZUS-a, jer je sud pogrešno ocijenio da ne postoje pretpostavke za vođenje upravnog spora.“

pronaći u upravnosudskoj praksi čak i u 2023. godini⁴¹, pa je i iz te činjenice vidljivo koliko je, u našem pravnom sustavu, bilo teško prihvatiti promjenu ustaljene paradigme – neizabrani kandidat ne može osporavati izbor izabranog kandidata u postupcima primitka u javnu službu. Naime, i Visoki upravni sud je promjenu u ustavnosudskoj praksi akceptirao 2021. godine⁴² tek nakon ustavnosudske intervencije⁴³ kojom je Ustavni sud ukinuo rješenje Visokog upravnog suda⁴⁴ i ukazao na promjenu u svojoj praksi. Zatim je VUS promijenio svoju praksu i do danas dosljedno primjenjuje kriterije Ustavnog suda, što se vidi i iz njegove *supra* citirane prakse. Stoga smatramo da se uistinu može reći da je sustav pravne zaštite u postupcima primitka u javne službe (napokon) zaživio.

6. PROBLEMI U PRAKSI NAKON ODLUKE USTAVNOG SUDA

Odluka Ustavnog suda označava prekid s dosadašnjom praksom i svakako je treba pozdraviti. Međutim, nakon njenog donošenja u praksi su i do danas prisutne određene nedoumice koje nisu razriješene. Smatramo da je Ustavni sud to morao učiniti i u svojoj odluci dati dodatne smjernice onima koji provode javne natječaje koji rezultiraju primkom u javne službe. Naime, postavljaju se pitanja na koja je

⁴¹ Vidi rješenje VUS Usz-770/23-2 od 5. travnja 2023. kojim se poništava rješenje Upravnog suda u Splitu od 23. siječnja 2023. iz kojega ističemo:

„5. Prema ocjeni ovoga Suda žalba je osnovana budući je Ustavni sud Republike Hrvatske svojom odlukom broj: U-III-2189/2014 od 24. lipnja 2020. usvojio ustavnu tužbu, ukinuo rješenje Visokog upravnog suda Republike Hrvatske broj: Us2261/2010-2 od 12. ožujka 2014. kojim je Visoki upravni sud odbacio kao nedopuštenu tužbu podnositelja podnesenu protiv odluke Sveučilišta u Z., Veterinarskog fakulteta, Fakultetskog vijeća kojim je u suradničko zvanje asistenta izabran jedan kandidat. U navedenoj odluci Ustavni sud Republike Hrvatske je zauzeo pravno stajalište da je Visoki upravni sud otklonio svoju nadležnost zanemarujući pritom činjenicu da je tuženik Sveučilište u Z. (Veterinarski fakultet) javna ustanova čije postupanje i odluke podliježu nadzoru i preispitivanju zakonitosti u smislu članka 2. i članka 3. stavka 1. točke 2. ZUS-a. Kako je iz tadašnjeg osporenog rješenja proizlazilo da kandidat koji nije odabran na natječaju nije ovlašten za poništavanje odluke o izboru protukandidata na natječaju, Ustavni sud je ocijenio kako se radi o interesu pa i pravu kandidata, jer je sam učinak odluke o izboru kandidata za tu osobu važan te o tome ovisi hoće li se s tom osobom sklopiti ugovor o radu ili ne.

6. Iako se u konkretnom slučaju radi o osporavanju odluke tuženika da se predmetni natječaj za izbor nastavnika u znanstveno-nastavno zvanje i na radno mjesto docenta za znanstveno područje Društvenih znanosti, polje Kineziologija, za poslove na grani Kineziološka edukacija, završi neizborom, a protiv koje odluke je tužitelj izjavio prigovor, imajući u vidu sve navedeno u ponovnom postupku prvostupanjski sud će meritorno odlučiti o tužbenom zahtjevu tužitelja.“

⁴² VUS, Uss-6/20-5 od 11. ožujka 2021. iz kojeg ističemo:

„Uvažavajući shvaćanje Ustavnog suda Republike Hrvatske, ovaj Sud je u ponovnom postupku razmotrio prigovore tužitelja iz tužbe u odnosu na osporenu odluku tuženika. (...) Stoga je uvažavajući shvaćanje Ustavnog suda Republike Hrvatske, nakon što je u ponovnom postupku razmotrio prigovore tužitelja iz tužbe te slijedom svega navedenog u smislu odredbe članka 39. stavak 2. Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine, broj 53/91., 9/92. i 77/92.), a sukladno ovlaštenju iz članka 90. Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine, broj 20/10., 143/12., 152/14., 94/16. i 29/17.), Sud uvažio tužbu tužitelja i poništio osporenu odluku tuženika s time da se donese novo rješenje pridržavajući se po članku 62. Zakona pravnog shvaćanja Suda i njegovih primjedaba u pogledu postupka.“

⁴³ USUD, U-III-2189/2014 od 24. lipnja 2020.

⁴⁴ VUS, Us-2261/2010 od 12. ožujka 2014.

teško pronaći odgovor, pa praksa zasigurno varira. U ovom dijelu rada analizirat ćemo moguća sporna pitanja ponuditi odgovore na ta pitanja.

6.1. Obavijest o odabiru najboljeg kandidata

Logično je da se, nakon provedenog postupka javnog natječaja sve kandidate mora obavijestiti o tome tko je izabran (a da svi ostali, posljedično, nisu izabrani). To se radi slanjem obavijesti o odabiru. Ona je, u pravilu, sadržavala podatak o tome tko je odabrani kandidat. Međutim, nakon odluke Ustavnog suda ona mora imati drugačiji sadržaj. Naime, ako se kod postupaka prijma u javnu službu radi o postupanjima iz članka 156. ZUP-a, to znači da je protiv takvog postupanja moguće izjaviti prigovor, kako je *supra* objašnjeno. U skladu s tim, svi sudionici u javnom natječaju moraju biti obaviješteni o tom pravu, što znači obvezu sastavljanja obavijesti o odabiru najboljeg kandidata koja će sadržavati uputu o pravnom lijeku. Odnosno, u obavijesti o odabiru najboljeg kandidata mora biti navedeno da se izbor može osporavati putem prigovora koji se šalje čelniku tijela koje je provelo izbor (ili kolegijalnom tijelu koje vodi javnopravno tijelo koje je provelo izbor). S obzirom da se na predaju prigovora primjenjuju pravila za predaju žalbe, to u uputi o pravnom lijeku treba navesti i da se može predati u pisanom obliku neposredno, poslati poštom, dostaviti elektroničkim putem ili izjaviti usmeno na zapisnik. Dodatno, nužno je navesti u kojem se roku prigovor može predati, što je problematično, o čemu više *infra*. S obzirom na (novu) mogućnost osporavanja odluke o izboru izabranog kandidata, bilo bi uputno da obavijest o odabiru bude obrazložena na način da iz nje bude razvidno da je, uistinu, odabran najbolji kandidat. Ovakvo rješenje ima dvije svrhe – prva da natjera tijelo da obrazloži svoj odabir – ako to nije u stanju, onda odabir vjerojatno nije ispravan te bi ga trebalo opet razmotriti. Drugo, adekvatno obrazloženje odabira nesumnjivo će smanjiti broj prigovora.

6.2. Rok za podnošenje prigovora

Kako smo naveli, u obavijesti o odabiru najboljeg kandidata trebalo bi navesti rok u kojem je protiv nje moguće izjaviti prigovor iz članka 156. ZUP-a. Problem leži u tome što je propisano da se takav prigovor može izjaviti „sve dok takvo postupanje traje ili traju njegove posljedice“. U tom kontekstu, sasvim razumno je zaključiti da posljedice neizbora odnosno izbora kandidata za kojega smatramo da nije trebao biti izabran traju neograničeno dugo. Odnosno, podnositelj prigovora neće nikada biti odabran, a izabrani kandidat će, u teoriji neograničeno dugo, biti na mjestu na koje je izabran. Stoga bi u teoriji ovaj prigovor bilo moguće podnijeti s neograničenim rokom. Takvo gledište, dakako, ne može izdržati test prigovora pravne sigurnosti te je nužno u obavijesti o odabiru ipak postaviti neki rok u kojem se prigovor može izjaviti. S obzirom da je rok koji jest propisan člankom 156. ZUP-a očito neadekvatan i vodio bi u trajnu pravnu nesigurnost za izabranog kandidata, smatramo da bi trebalo odrediti jednaki rok kao i za izjavljivanje žalbe u upravnom

postupku – 15 dana od dana dostave odluke o odabiru te takav rok navoditi u uputi o pravnom lijeku. Dodatno, ne bi bilo loše rješenje da se takav rok propiše u posebnim zakonima koji uređuju pojedine javne službe.

6.3. Dostava obavijesti o odabiru najboljeg kandidata

Postavlja se i pitanje na koji način dostaviti odluku o odabiru najboljeg kandidata. Naime, način dostave takve obavijesti nije propisan, a nedvojbeno je da bi se moralo raditi o nekom obliku formalne dostave koji je moguće dokazati (dostavnicom) jer postoji mogućnost izjavljivanja pravnog lijeka. Dodatni problem proizvodi činjenica da iz propisa ne proizlazi radi li se o roku koji se ne može produžiti jer članak 156. ZUP-a navodi rok „sve dok takvo postupanje traje ili traju njegove posljedice“, a već smo rekli da je ovaj rok u osnovi neodredivog trajanja. Ovo je posljedica jednostavne činjenice da pravna zaštita iz članka 156. ZUP-a nije predviđena za ovakve pravne situacije kod kojih, procesno, postoje određene zakonitosti kao što su formalni sadržaj akta, dostava akta, rokovi za postupanje. Prema našem mišljenju, jedini način za rješenje ovoga pitanje jest primjena, na odgovarajući način, članka 85. ZUP-a o osobnoj dostavi te bi obavijesti o odabiru trebalo dostavljati kao rješenja. Naime, rok propisan člankom 156. je, u osnovi, neodređeno dugog trajanja, ali bi se u ovakvim pravnim situacijama možda moglo razmisliti o „konstruiranju“ njegovog neizbježnog proteka i njegovim vezivanjem za sklapanje ugovora o radu s izabranim kandidatom. Međutim, kako ćemo *infra* pokazati, nikako nije jednostavno odgovoriti na pitanje kada je dopustivo sklopiti ugovor o radu s izabranim kandidatom. Ako bismo, s druge strane, uzeli da je moguće kao rok uzeti rok za žalbu propisan člankom 109. ZUP-a, onda je jasno da se radi o neproduživom roku, pa je tim uputnije dostavu obavijesti o odabiru provesti pravilima o osobnoj dostavi. Dakako, postoji i jednostavnije rješenje, ali ono zahtijeva zakonodavne izmjene – da se u posebnim zakonima propiše da se takva obavijest dostavlja elektroničkim putem ili javnom objavom na mrežnim stranicama javnopravnog tijela odgovarajućom primjenom modela iz Zakona o državnim službenicima⁴⁵. Dodatno, moglo bi se razmisliti i o tome da se u javnim natječajima propiše da javljanjem na natječaj kandidati pristaju na to da im se dostava obavijesti o odabiru najboljeg kandidata obavi elektroničkim putem na njihove adrese elektroničke pošte, odgovarajućom primjenom članka 94. stavka 4. ZUP-a⁴⁶.

⁴⁵ Vidi članak 76. stavak 2. Zakona o državnim službenicima.

⁴⁶ „Kad osobna dostava nije obvezna, dostava elektroničkim putem može se obaviti na adresu elektroničke pošte naznačene u zahtjevu ili s koje je zahtjev poslan, a smatra se obavljenom u trenutku kad je pismeno zabilježeno na poslužitelju za primanje poruka. Stranka elektroničkim putem potvrđuje primitak pismena na zahtjev službene osobe.“

6.4. Rješenje o prigovoru

Kako je navedeno, u povodu prigovora temeljem članka 156. ZUP-a čelnik tijela kojemu je upućen mora donijeti rješenje u roku od osam dana od dana primitka prigovora (naravno pod uvjetom da je uredan, ako nije provodi se postupak propisan člankom 73. u vezi s člankom 110. ZUP-a). To rješenje mora imati sadržaj propisan člankom 98. ZUP-a, posebno s obzirom na to da je protiv njega moguće pokrenuti upravni spor. Ističemo činjenicu da je i Visokom upravnom sudu i upravnim sudovima trebalo određeno vrijeme da osvijeste promjenu koju je donijela ustavnosudska praksa. Dodatno, broj mogućih donositelja ovakvih rješenja je iznimno velik (sve javne ustanove) te je razumno očekivati da mnoge ne vode osobe s pravnim obrazovanjem niti da imaju zaposlene pravnike. S obzirom na ovo, nužno je provesti edukaciju čelnika o tome da su u povodu prigovora dužni donijeti rješenje, što bi trebala provesti nadležna ministarstva. Moguće rješenje jest i da nadležna ministarstva naprave obrazac rješenja po prigovoru ovisno o mogućem ishodu (odbacuje se, odbija se i usvaja se) i diseminiraju te obrasce javnim ustanovama u svom resoru.

6.5. Sklapanje ugovora o radu s izabranim kandidatom

Dodatno, nužno je odgovoriti na pitanje – kada je dopušteno sklopiti ugovor o radu s izabranim kandidatom? Zauzeli bismo stav da to nije dopušteno dok traje rok za prigovor. Prema tome, ugovor o radu mogao bi se sklopiti nakon isteka roka za prigovor, ako prigovora nije bilo. Međutim, problem s tim je u tome da je rok za izjavljivanje prigovora prema članku 156. ZUP-a „sve dok takvo postupanje traje ili traju njegove posljedice“. Teoretski, može se ustvrditi da za neizabranog kandidata posljedice postupanja traju trajno – nikada ne može sklopiti ugovor o radu. Stoga je nužno, a bilo bi mudro da se to napravi zakonodavno, propisati rok u kojemu se može izjaviti prigovor u postupima prijma u javnu službu. Dakako, to je otežano postojanjem brojnih zakona koji uređuju različite djelatnosti koje su zakonodavno definirane kao javna služba. S tim u vezi, a s obzirom na to da smo predložili da rok za izjavljivanje ovakvog prigovora bude kao i rok za žalbu protiv rješenja – 15 dana od dana dostave obavijesti o odabiru, onda bi bilo dopustivo sklopiti ugovor o radu s izabranim kandidatom nakon isteka toga roka, ako prigovor nije izjavljen. Dodatni problem koji se može pojaviti jest pitanje različitih trenutaka dostave svim kandidatima iz javnog natječaja te utvrđivanja da je dostava nedvojbeno izvršena svima. Ovaj problem je potaknuo državu da izmijeni način dostave rješenja o prijmu u državnu službu na način sada propisan člankom 76. stavkom 2. Zakona o državnim službenicima (dostava javnom objavom) te bi zato bilo mudro u javnom natječaju propisati da javljanjem na javni natječaj kandidati pristaju da im obavijest bude dostavljena elektroničkim putem, na odgovarajući način primjenjujući članak 94. ZUP-a. Ovakva bi opcija osigurala brzu dostavu te relativno jednostavno dokazivanje trenutka dostave. Dakako, idealno rješenje bilo bi korištenje sustava državne informacijske infrastrukture, ali to je nešto što je rješenje za budućnost.

Naravno, moguće je da je protiv odluke o odabiru najboljeg kandidata izjavljen prigovor. Tu je nesporno da se u roku od osam dana od izjavljivanja prigovora mora donijeti rješenje povodom prigovora, koje se može osporavati u upravnom sporu. Opet se mora postaviti pitanje – kada se u ovoj situaciji može sklopiti ugovor o radu s izabranim kandidatom? Prije nego se o prigovoru odluči rješenjem, po donošenju rješenja kojim se prigovor odbacuje ili odbija (naravno, ako se prigovor usvoji mora se donijeti nova odluka o odabiru najboljeg kandidata) ili tek kada sud pravomoćno odluči u povodu tužbe protiv rješenja o prigovoru? Odgovora na ovo pitanje u zakonu nema, ali se priklanjamo tumačenju da se ne bi smjelo pristupiti sklapanju ugovora o radu, ako je prigovor izjavljen, do donošenja rješenja kojim se prigovor odbacuje ili odbija. Naravno, ako se prigovor usvoji, neće niti doći do sklapanja ugovora o radu. Smatramo da vođenje upravnog spora nije zapreka za sklapanje ugovora o radu s izabranim kandidatom jer tužba u upravnom sporu u pravilu nema odgodni učinak, a tako je i prema zakonima koji uređuju prijem u državnu i lokalnu službu.

Prema tome, možemo razlikovati sljedeće situacije:

1. teče rok za izjavljivanje prigovora od 15 dana od dana dostave obavijesti – nije dopušteno sklopiti ugovor o radu;
2. istekao je rok za izjavljivanje prigovora, prigovor nije izjavljen – dopušteno je sklopiti ugovor o radu;
3. izjavljen je prigovor – nije dopušteno sklopiti ugovor o radu do donošenja rješenja o prigovoru;
4. doneseno je rješenje povodom prigovora
 - a) rješenje kojim se prigovor odbacuje ili odbija – dopušteno je sklopiti ugovor o radu
 - b) rješenje kojim se prigovor usvaja – nije dopušteno sklopiti ugovor o radu
5. pokrenut je upravni spor protiv rješenja kojim se prigovor odbacuje ili odbija – dopušteno je sklopiti ugovor o radu.

6.5.1. Posljedica usvajanja prigovora

U slučaju da prigovor bude odbačen ili odbijen, jasno je da će se pristupiti sklapanju ugovora o radu. S druge strane, može se postaviti pitanje kakvo je daljnje postupanje javnopravnog tijela ako njegov čelnik povodom prigovora donese rješenje kojim prigovor usvaja. Očita je posljedica ta da se poništava odluka o odabiru najboljeg kandidata. Međutim, kakvo može ili mora biti daljnje postupanje javnopravnog tijela? Ono je raspisalo javni natječaj zato što mu je potreban radnik, a sada radno mjesto ne može biti popunjeno. Može li javnopravno tijelo izabrati sljedećeg najboljeg kandidata bez provođenja novog natječaja ili je dužno objaviti novi natječaj? Tada bi moralo donijeti novu odluku o odabiru, opet je poslati svim kandidatima i opet pričekati istek roka za prigovor. Ovisno o počinjenim greškama u postupku moguće je da niti neće biti moguće donijeti odluku o odabiru idućeg

najboljeg kandidata. Naše je mišljenje da je u takvim situacijama najoportunije raspisati novi natječaj i provesti novi postupak. Naravno, i u tom ponovljenom postupku moguće je da nezadovoljni kandidat(i) izjave prigovor protiv (nove) odluke o odabiru. Sve navedeno ukazuje nam na potrebu kvalitetnog provođenja postupka javnog natječaja i kvalitetnog obrazlaganja odluke o odabiru najboljeg kandidata.

6.6. Ovlasti upravnog suda u sporu protiv rješenja o prigovoru

Moramo postaviti i pitanje širine ovlasti upravnog suda u sporu protiv rješenja o prigovoru protiv obavijesti o odabiru najboljeg kandidata. Naime, ako je tužbu podnijela stranka koja smatra da je njen prigovor nezakonito odbačen ili odbijen, predmet upravnog spora bit će ocjena zakonitosti rješenja o prigovoru, a njen će tužbeni zahtjev biti poništavanje ili oglašivanje ništavim rješenja o prigovoru. Postavlja se pitanje, ako stranka postavi i dodatni zahtjev da sud riješi stvar u meritumu, koje su ovlasti suda glede tako postavljenog tužbenog zahtjeva. Naime, stranka bi mogla:

- a) postaviti zahtjev da sud naloži ponavljanje javnog natječaja;
- b) odlučiti o tome da se tužitelj zaposli umjesto odabranog kandidata.

I Rajko navodi da bi reformacijski dio tužbenog zahtjeva, glede tužbenih zahtjeva oko prigovora prema članku 156. ZUP-a u pravilu bilo nalažanje tuženiku da otkloni nedostatke u postupanju koji protupravno djeluju na prava, obveze ili pravne interese podnositelja prigovora – tuženika u upravnom sporu.⁴⁷ Ipak, i sam priznaje da je za ovu vrstu postupanja najteže precizno i jednoobrazno odrediti sadržaj reformacijskog zahtjeva.⁴⁸ Sud bi mogao donijeti reformacijsku odluku samo ako za to ima dovoljnu podlogu. Smatramo da je teško očekivati da u ovakvim sporovima sud može odlučiti o tome tko je najbolji kandidat i je li to upravo tužitelj. Stoga smatramo da se radi o onim slučajevima u kojima priroda stvari onemogućuje sud da riješi u meritumu (tko bi trebao biti izabran temeljem provedenog javnog natječaja), a posebno jer postupci javnog natječaja uglavnom sadrže i element intervjua, kojega sud nije niti može provesti sa svim kandidatima kako bi zaključio tko je najbolji. Glede pitanja može li sud naložiti ponavljanje javnog natječaja smatramo da je to upravo ono što tužitelj želi postići u sporu. Svrha ovog spora nije (samo) da se poništi odabir izabranog kandidata, nego i da se neizabranom kandidatu – tužitelju, omogući da konkurira i bude primljen u javnu službu. Stoga smatramo da bi sud imao ovlast naložiti javnopravnom tijelu ponavljanje natječaja. Ova ovlast suda proizlazi, prema našem mišljenju, iz činjenice da je prethodno bio raspisan javni natječaj za primitak u javnu službu, što znači da javnopravno tijelo treba radnika te bi javnopravno tijelo moralo detaljno obrazložiti zašto ne objavljuje novi natječaj ako bi tužitelj od suda zatražio izvršenje presude temeljem članka 81. stavka 3.

⁴⁷ Rajko, A., *op. cit* u bilj. 30, str. 527.

⁴⁸ *Ibid.*

ZUS-a⁴⁹. Svako drugačije tumačenje negiralo bi smisao provođenja javnih natječaja prilikom primanja u javne službe.

7. ZAKLJUČAK

Odluka Ustavnog suda iz prosinca 2019. godine iznimno je značajna u kontekstu ostvarivanja Ustavom zajamčenog prava pristupa javnoj službi pod jednakim uvjetima, što znači i pravo na sudsku zaštitu u takvim postupcima. Ova odluka uklonila je, prema našem mišljenju, već dugo prije toga neodrživu, situaciju u kojoj neizabrani kandidati nisu imali nikakvu mogućnost osporavanja odluke o izboru izabranog kandidata. Odnosno, uklonila je neustavnu nemogućnost sudske ocjene postupaka prijma u javne službe. Neobičnost i teško razumljivo postojanje ove pravne situacije posebno naglašava već desetljećima postojeći sustav pravne zaštite i sudskog nadzora postupaka primitka u državnu i lokalnu (područnu) službu. Nakon njenog donošenja nesporna je činjenica da neizabrani kandidat mora imati osiguran pristup sudu, tj. da može sudski osporavati izbor izabranog kandidata. Iz odluke Ustavnog suda očito je da je za pružanje sudske zaštite nadležno upravno sudstvo, a Ustavni sud u citiranoj odluci postavio je pravila za takav postupak.⁵⁰ Međutim, donošenje ove odluke Ustavnog suda ne znači da su riješeni svi praktični problemi koji mogu nastati zbog implementacije sustava pravne zaštite kako ju je uspostavio Ustavni sud. Kako smo pokazali, članak 156. ZUP-a i institut pravne zaštite protiv drugih postupanja javnopravnih tijela nije, moguće, idealan alat za pružanje pravne zaštite u postupcima primitka u javnu službu. Postoje brojni problemi u primjeni, kao i brojna neodgovorena pitanja koja će morati razriješiti upravna i upravnosudska praksa. U svakom slučaju, unatoč navedenim problemima i pravnim prazninama, citirana odluka Ustavnog suda znači potpunu promjenu paradigme u postupcima zapošljavanja u javnim službama i morat će značiti i potpunu promjenu u poimanju uloge upravnog sudstva u radnim odnosima zaposlenika u javnim službama te pristupu javnim službama u hrvatskom zakonodavstvu. Dodatno, mišljenja smo da je došlo vrijeme da se, po uzoru na Zakon o državnim službenicima i Zakon o službenicima i namještenicima u lokalnoj i područnoj samoupravi propiše jednoobrazni način pravne zaštite protiv odluka o odabiru najboljeg kandidata u postupku prijma u javnu službu. To može biti smjer upravnopravne pravne zaštite – propisivanjem da je takva odluka upravni akt, a može biti i smjer radnopravne pravne zaštite propisivanjem da se u radnom sporu pred nadležnim općinskim sudom može osporavati takva odluka. Izbor je stvar političke volje.

⁴⁹ „Ako tuženik odnosno tijelo nadležno za izvršenje ne izvrši presudu u određenom roku ili ako u izvršenju presude postupi protivno njezinoj izreci, pravnom shvaćanju ili primjedbama suda, tužitelj može zahtjevom za izvršenje od prvostupanjskog suda zahtijevati izvršenje presude, odnosno zatražiti utvrđenje nedopustivosti izvršenja.“

⁵⁰ Staničić, F., *op. cit.* u bilj. 4, str. 4.

LITERATURA

Knjige i članci

6. Borković, I., *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002.
7. Đerđa, D., *Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj*, Inženjerski biro, Zagreb, 2010.
8. Đulabić, V., *Povelje javnih službi: pokušaj podizanja kvalitete javne uprave i jačanja uloge građana*, Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu, vol 56 (2006), 1, str. 7-48.
9. Đulabić, V., *Razvoj službi od općeg interesa u pravu i politici Europske unije i njihov utjecaj na Republiku Hrvatsku*, u: Barbić, J., *Službe od općeg interesa u pravu i politici Europske unije i njihov utjecaj na Republiku Hrvatsku*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2021., str. 21-38.
10. Erić, B., *Zapošljavanje u javnim službama i pravni lijek na odluku o odabiru kandidata*, <https://www.iusinfo.hr/aktualno/u-sredistu/zaposljavanje-u-javnim-sluzbama-i-pravni-lijek-na-odluku-o-odabiru-kandidata-40607>
11. Klarić, M., Nikolić, M., *Ustrojstvo javnih službi u europskom pravnom poretku*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol 48 (2011), 1., str. 89-102.
12. Vlada Republike Hrvatske, *Obrazloženje Konačnog prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o ustanovama*, https://www.sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/2019-11-12/133002/PZ_657.pdf
13. Rajko, A., *Prigovor kao pravni lijek prema Zakonu o općem upravnom postupku*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol 71 (2021), 3-4, str. 511-532.
14. Staničić, F., *Abecedarij upravnog postupka*, Novi informator, br. 6781, str. 21.
15. Staničić, F., *Novo uređenje pravne zaštite u postupcima primitka u javne službe*, Novi informator, br. 6617 (2020), str. 1.-4.

Sudska praksa

1. U-III-4016/2015 od 17. prosinca 2019.
2. U-III2189/2014. od 24. lipnja 2020.
3. VSRH Rev r-110/02-2 od 19. ožujka 2002.
4. VSRH Revr 738/06-2 od 1. veljače 2007.
5. VSRH Gr1 233/08-2 od 21. svibnja 2008.
6. VSRH Revr 708/08-2 od 8. travnja 2009.
7. VSRH Revr 782/2017-6 od 24. lipnja 2020.
8. VUS Us-8777/2011-7 od 12. ožujka 2014.
9. VUS, Usž-682/15-2 od 16. srpnja 2015.
10. VUS, Usž-770/23-2 od 5. travnja 2023.
11. VUS, Usž-4233/2022-4 od 11. listopada 2023.
12. VUS Usž-702/23-2 od 18. listopada 2023.
13. USOS, Us113/15-5 od 30. ožujka 2015.
14. USRI, 2 Uszp-23/2020-15 od 29. travnja 2021

15. USST, 14 UsI-1188/21-12 od 24. rujna 2021
16. USST, 3 UsI-349/20-8 od 13. listopada 2021.

ACCESS TO PUBLIC SERVICE IN CROATIAN LAW

In this paper, the authors analyze the approach to public service in Croatian law in the context of changes in constitutional judicial practice. Access to the public service, under equal conditions, in the context of employment in the public service is guaranteed by the Constitution of the Republic of Croatia. However, in the decades that preceded the recent constitutional court practice, there was no way of legal protection in the procedures of admission to the public service. That is, the unelected candidates could not challenge the election of the elected candidate. The Constitutional Court of the Republic of Croatia put an end to this practice in 2019, classifying the procedure of selecting candidates for a position in the public service as “other proceedings of public law bodies” according to Article 156 of the Act on General Administrative Procedure. In this way, the path of legal protection in such procedures was established - a complaint to the head of the body and an administrative dispute before the competent administrative court. However, the decision of the Constitutional Court left a number of disputed issues that have not been resolved in practice even to this day. Therefore, the authors will present the changes in the system of access to public service in Croatian law, as well as numerous open questions and offer their answers to them.

Key words: *public service, legal protection, complaint, administrative-judicial dispute*

Izv. prof. dr. sc. Marko Turudić, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu*
Prof. dr. sc. Lana Ofak, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu**

ODGOVORNOST DRŽAVNIH SLUŽBENIKA ZA ŠTETU

UDK: 347.51 : 35.084(497.5)

347.51 : 355.31(497.5)

Pregledni znanstveni rad

Primljeno: 12. 12. 2023.

U modernim državama tek od sredine 19. stoljeća počinje se razvijati shvaćanje da država odgovara građanima za štetu koju im počinje njezini službenici nezakonitim i nepravilnim vršenjem državne službe. Institut odgovornost države za štetu važan je dio upravnog prava, koji je u razvoju modernog upravnog prava prošao značajnu transformaciju; od potpune neodgovornosti države za prouzročenu štetu, preko odgovornosti države samo za štetu koju prouzroči u građanskopravnim odnosima, do današnjeg uređenja u kojem država odgovara i za štetu koju prouzroči kada nastupa s autoritetom vlasti. Glavni predmet istraživanja u ovom radu bit će odgovornost državnih službenika za počinjenu štetu. Analizirat ćemo ustavni i zakonski okvir koji se primjenjuje na odgovornosti državnih službenika, ali i relevantnu sudsku praksu. Uz državne službenike, za ovu tematiku od iznimne važnosti smatramo i odgovornost za štetu pripadnika oružanih snaga, te ćemo prikazati i analizirati normativno uređenje sukladno Zakonu o službi u Oružanim snagama Republike Hrvatske, kao i relevantnu sudsku praksu.

Ključne riječi: *odgovornost države za štetu, državni službenici, Zakon o državnim službenicima, Zakon o policiji, Zakon o službi u oružanim snagama Republike Hrvatske*

* Izv. prof. dr. sc. Marko Turudić, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu. E-mail: marko.turudic@pravo.unizg.hr. ORCID: 0000-0001-9569-9018

** Prof. dr. sc. Lana Ofak, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu. E-mail: lane.ofak@pravo.unizg.hr. ORCID: 0000-0001-7585-6370

1. UVOD

Pitanje odgovornosti države i njezinih službenika za štetu koja nastane građanima, pravnim osobama ili drugim subjektima od izuzetne je važnosti u razvoju upravnog prava, kako u Hrvatskoj, tako i u drugim zemljama.¹ Naime, brzi rast javnih usluga i funkcija koje obavlja država i veliki broj službenika koji rade u državnoj upravi i u oružanim snagama, podrazumijevali su i da će sve veći broj osoba pretrpjeti štetu koja proizlazi iz rada državnih tijela. Rješavanje ovog problema uključuje traženje odgovora na brojna pitanja, poput pravne osnove za utvrđivanje odgovornosti, zatim pitanja za kakve radnje i djelatnosti bi država i njezini službenici trebali biti odgovorni, koji su uvjeti odgovornosti, tko može postaviti zahtjev za naknadu štete, prema kome se taj zahtjev podnosi – prema državi ili prema službeniku koji je počinio štetu, koji su sudovi o tome nadležni odlučivati – redovni ili upravni, te kakav je odnos između države i službenika koji je obavljanjem službe počinio štetu? Važno je naglasiti, da komparativno gledajući, svaka je zemlja na svoj način pristupila rješavanju ovih pitanja što je neminovno posljedica i različitih povijesnih okolnosti u kojima su se njihovi pravni sustavi, uključujući i upravno pravo, razvijali.² Potpuno je sigurno da će se ponekad dogoditi situacije da obavljanjem službe nekome nastane šteta. Teret toga, u modernim demokratskim zemljama, treba se smatrati legitimnim troškom koji nadoknađuje država, a koji je svojstven za obavljanje složenih javnih poslova. Glavna svrha odgovornosti države za štetu je nadoknada štete oštećenim osobama, ali taj je institut ujedno i način nadzora osoba ili tijela koje obavljaju službu odnosno određenu djelatnost za državu.³ Na taj način država i od oštećenika dolazi do saznanja o načinu i kvaliteti rada svojih službenika te može poduzeti i druge mjere i radnje kako bi se poslovi u tijelima državne uprave obavljali kvalitetno.⁴

Tek od sredine 19. stoljeća počinje se u modernim državama razvijati shvaćanje da država odgovara građanima za štetu koju im počinje njezini službenici nezakonitim i nepravilnim vršenjem službe.⁵ Razvoj pravne države doveo je do napuštanja načela neodgovornosti države za štetu, prvo kod onih odnosa kada država nastupa i djeluje

¹ V. Krbek, I., *Upravno pravo FNRJ* (I. knjiga), Beograd, Biro za izradu obrazaca izdavačko-stamparsko preduzeće, 1955., str. 189-202.; Borković, I., *Upravno pravo*, Zagreb, Narodne novine, 2002., str. 131-154.; Staničić, F., *Odgovornost države za štetu nastalu nezakonitim ili nepravilnim radom – problemi u praksi*, Hrvatska pravna revija, siječanj 2016., str. 35-41.; Bell J.; Lichère, F., *Contemporary French Administrative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022., str. 233-269.

² V. Blachly, F. F.; Oatman, M. E., *Approaches to Governmental Liability in Tort: A Comparative Survey*, Law and Contemporary Problems, vol. 9, no. 2, 1942., str. 181-213.; Schwartz, B., *French Administrative Law and the Common-Law World*, New York University Press, 1954., str. 250-305.; Schiemann, K., *The State's Liability in Damages for Administrative Action*, Fordham International Law Journal, vol. 33, no. 5, 2011., str. 1548-1563.

³ Čuveljak, J., *Odgovornost države za štetu nastalu fizičkim i pravnim osobama obavljanjem službe ili druge djelatnosti državnih organa i drugih javnopravnih osoba*, Hrvatska javna uprava, vol. 3, no. 1, 2001., str. 128.

⁴ *Ibid.*

⁵ Krbek, I., *op. cit.* u bilj. 1, str. 189.; Borković, I., *op. cit.* (bilj. 1), str. 131.

bez autoriteta vlasti, a krajem 19. stoljeća načelo odgovornosti za štetu širi se i na situacije kada država nastupa sa autoritetom vlasti.⁶

Od navedene odgovornosti za štetu državni službenici – osobe koje su najčešće štetu zaista i počinile, su u najvećoj mjeri izuzeti. Bilo bi nerazumno, nerazmjerno i kontraproduktivno držati državne službenike odgovornima za štetu koja je nastala obavljanjem svojih zaduženja u dobroj vjeri – a većina nastale štete je upravo takva. Ipak, iznimke moraju postojati, i u najvećoj mjeri, kako će se pokazati u ovom radu, odnose se na štetu koju su državni službenici prouzročili namjerno ili iz krajnje nepažnje.

U ovom radu usredotočit ćemo se na zakonsko uređenje odgovornosti državnih službenika za štetu u Republici Hrvatskoj. Nakon osnovnog prikaza temelja normativnog uređenja opće odgovornosti države za štetu, osvrnut ćemo se na (ne)postojanje ustavnog uređenja odgovornosti državnih službenika za štetu, opće normativno uređenje, te neke od posebnih uređenja kroz posebne zakone. U radu će se analizirati i javno dostupna sudska praksa. Uz navedeno, važnim i komplementarnim smatramo i normativno uređenje odgovornosti pripadnika oružanih snaga za prouzročenu štetu. Tako ćemo prikazati i analizirati normativno uređenje sukladno Zakonu o službi u Oružanim snagama Republike Hrvatske, kao i recentniju sudska praksu.

2. OPĆENITO O ODGOVORNOSTI DRŽAVE ZA ŠTETU

Do odgovornosti države za štetu koju je svojim djelovanjem prouzročila drugima dolazi relativno kasno u pravnom razvoju. Kroz najdulje vrijeme, država nije uopće odgovarala za tako prouzročenu štetu. Do promjene dolazi tek razvojem modernog upravnog prava, odnosno podvođenjem djelovanja uprave pod načelo zakonitosti. Ali čak i tada dolazi do stupnjevitog razvoja. Tako prvim stupnjem možemo shvatiti onaj koji dolazi sredinom 19. stoljeća, kada se uvodi odgovornost države za štetu prouzročenu u neautoritarnom djelovanju države, odnosno djelovanju gdje je država nastupala bez autoriteta vlasti (npr. građanskopravni odnosi).⁷ Posljednja faza dolazi krajem 19. stoljeća, kada se napokon osvještava nužnost odgovornosti države i za štetu koja nastane kroz djelovanje u kojem država nastupa s autoritetom vlasti. Navedena faza je i trenutno aktualna i prevladavajuća u modernim demokratskim porecima.

Što se tiče specifičnosti hrvatskog uređenja odgovornosti države za štetu, najvažnije je istaknuti činjenicu kako Ustav Republike Hrvatske⁸ (dalje: Ustav) ne sadrži nijednu odredbu koja uređuje odgovornost države za štetu općenito, ali ni

⁶ Borković, I., *op. cit.* u bilj. 1, str. 131-132. No, kako i Borković naglašava, riječ je o pojednostavljenom prikazu razvoja instituta odgovornosti države za štetu, s obzirom da je vremenske granice teško definirati zbog razlika u prihvatanju tog instituta u pojedinim zemljama.

⁷ Borković, I., *op. cit.* u bilj. 1, str. 131.

⁸ Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10 i 5/14.

odgovornost drugih javnopravnih tijela za štetu. Navedeno znači da se odgovornost države i drugih javnopravnih tijela za štetu mora uređivati zakonima, i to često nizom posebnih zakona za različita područja djelovanja države i njezinih službenika. Navedeno je rezultiralo sa sljedeće dvije posljedice:

Oštećeni građani svoje pravo na naknadu štete ne ostvaruju temeljem Ustava, već zakona. Kako je Ustav temeljni pravni izvor, prava zajamčena Ustavom su „jača“ i neusporedivo teže promjenjiva od zakonskih prava koja su podložnija zakonskim intervencijama.⁹

Budući da je odgovornost države za štetu nužno urediti zakonskim normama, usvojen je čitav niz zakona kojima se u većoj ili manjoj mjeri uređuje odgovornost države za štetu općenito ili u posebnim područjima.¹⁰

Prema Zakonu o sustavu državne uprave, temeljno je pravilo da štetu koja fizičkoj ili pravnoj osobi nastane nezakonitim ili nepravilnim obavljanjem poslova državne uprave nadoknađuje Republika Hrvatska.¹¹ Pretpostavke odgovornosti su: da obavljanje poslova državne uprave sadrži elemente nezakonitosti ili nepravilnosti, dakle da je riječ o radu s greškom, da je nastala šteta i da postoji uzročna veza između nezakonitog ili nepravilnog rada i nastale štete.¹²

U Hrvatskoj je prihvaćen sustav objektivne odgovornosti, što znači da oštećeni ne mora dokazati i krivnju službene osobe.¹³ Pitanje krivnje postaje važno jedino u slučaju kada država od službenika zatraži povrat isplaćene naknade, a isto vrijedi i u slučaju štete koja je nanesena tijelu.

2.1. Pravo regresa i odgovornost službene osobe za štetu prouzročenu državnom tijelu

Iako u hrvatskom pravu prevladava primarna i neposredna odgovornost države za prouzročenu štetu te se šteta isplaćuje iz proračuna, ipak postoje situacije u kojima je dopušteno da država traži nadoknadu sredstava isplaćenih na osnovu naknade štete od službene osobe koja je štetu izravno i prouzročila.

Važno je napomenuti kako se i kod prava na regres i odgovornosti službene osobe za štetu prouzročenu državnom tijelu zahtijeva postojanje krivnje ili krajnje nepažnje na strani službene osobe. Takvo rješenje jedino i ima smisla, budući da bi pravo na regres i odgovornost za štetu službene osobe kod bilo koje štete imalo teške posljedice za rad i zapošljavanje u državnoj službi. Naime, uspostavljanje odgovornosti službenih osoba za bilo koju štetu moglo bi dovesti do nepostojanja

⁹ Borković, I., *op. cit.* u bilj. 1, str. 139.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Zakon o sustavu državne uprave, Narodne novine, br. 66/19., članak 14.

¹² Borković, I., *op. cit.* u bilj. 1, str. 140.; Staničić, F., *op. cit.* u bilj. 1, str. 36.

¹³ Borković, I., *ibid.*, str. 145.; Staničić, F., v. *ibid.*

samoinicijative zbog straha od obveze regresa čak i najmanje nenamjerne greške za vrijeme obavljanja službe.¹⁴

3. ODGOVORNOST DRŽAVNIH SLUŽBENIKA ZA ŠTETU

Kako ne postoji ustavna norma koja na sustavan način uređuje odgovornost države za štetu, pa tako ni odgovornost državnih službenika za štetu ni pravila regresa, navedena pitanja su morala biti riješena na zakonskoj razini. Temeljni zakon koji uređuje navedena pitanja je Zakon o državnim službenicima.¹⁵ Predmetne odredbe su sadržane u 11. dijelu zakona, te ih se može opisati šturima. Ipak, polaze od temeljnog i ispravnog koncepta odgovornosti državnih službenika jedino za štetu koja je prouzročena namjerno ili iz krajnje nepažnje.¹⁶

Navedenim odredbama uređuje se i pravo regresa državnog tijela prema državnim službenicima koji su počinili štetu fizičkim i pravnim osobama, ali i odgovornost državnih službenika za štetu koju su izravno počinili državnom tijelu u kojem su zaposleni. Tako se izričito određuje kako se u kontekstu odgovornosti za štetu državnog službenika štetom smatra i šteta koju je državno tijelo imalo naknađujući fizičkim i pravnim osobama štetu koju su pretrpjeli namjerom ili krajnjom nepažnjom službenika.¹⁷

Nadalje, izričito se navodi kako se i posebnim zakonima koji uređuju i pojedine službe mogu propisati i posebni slučajevi odgovornosti za štetu nanesenu u službi ili u svezi sa službom, ali se odgovornost mora temeljiti na namjeri ili krajnjoj nepažnji.¹⁸ Jedan od takvih posebnih zakona je i Zakon o policiji,¹⁹ kojim se između ostalog uređuje i odgovornost policijskih službenika za štetu počinjenu u obavljanju policijske službe. Odgovornost policijskog službenika se temelji na namjeri ili krajnjoj nepažnji, te nema značajnih odstupanja od odgovornosti državnih

¹⁴ Borković, I., *op. cit.* u bilj. 1, str. 147.

¹⁵ Zakon o državnim službenicima, Narodne novine, br. 92/05, 140/05, 142/06, 77/07, 107/07, 27/08, 34/11, 49/11, 150/11, 34/12, 49/12, 37/13, 38/13, 1/15, 138/15, 61/17, 70/19, 98/19, 141/22.

¹⁶ *Ibid.*, članak 116. stavak 1.

¹⁷ *Ibid.*, članak 116. stavak 2.

¹⁸ *Ibid.*, članak 116. stavak 3.

¹⁹ Zakon o policiji, Narodne novine, br. 34/11, 130/12, 89/14, 151/14, 33/15, 121/16, 66/19.

službenika za štetu kako je propisana Zakonom o državnim službenicima.²⁰ Slične odredbe postoje i u članku 105. Zakona o sudovima.²¹

Iz utvrđivanja je li šteta nastala, iznosa nastale štete i ostalih okolnosti pod kojima je šteta nastala isključena je primjena Zakona o općem upravnom postupku²² (dalje: ZUP). Tako je izričito propisano kako će navedeno utvrđivati čelnik tijela ili osoba koju on za to ovlasti "rješenjem koje nije upravni akt".²³ Ovu odredbu moguće je objasniti odabirom zakonodavca da se eventualni sporovi oko utvrđene štete i njenog iznosa rješavaju u građanskopravnoj parnici, a ne pokretanjem upravnog spora. Naime, čelnik tijela odnosno osoba koju od za to odredi pri utvrđivanju štete mora prije donošenja rješenja koje nije upravni akt saslušati državnog službenika za kojega se sumnja da je prouzročio predmetnu štetu.²⁴ Ako se službenik ne složi s utvrđenjem kako je prouzročio štetu ili sa iznosom utvrđenja štete, nema upravnog akta na koji se može žaliti ili pokrenuti upravni spor, već je u slučajevima kada državni službenik odbije nadoknaditi štetu propisana nadležnost redovnih sudova po općim propisima obveznog prava.²⁵

Ako državni službenik prihvaća činjenicu da je prouzročio štetu i njen iznos, o visini i načinu naknade štete može sa čelnikom tijela sklopiti pisani sporazum koji ujedno predstavlja i ovršni naslov.²⁶ Ako bi utvrđivanje visine štete prouzročilo nerazmjerne troškove, naknada štete može se odrediti u paušalnom iznosu, a rok za naknadu štete ne može isteći prije dana u koji se isplaćuje plaća za obračunsko razdoblje u kojemu je donijeto rješenje.²⁷ Prema visini štete, a po zamolbi službenika, može se rješenjem dopustiti plaćanje u obrocima.

²⁰ *Ibid.* Prema članku 117. policijski službenici dužni su nadoknaditi štetu koju u službi ili u svezi s obavljanjem službe namjerno ili krajnjom nepažnjom nanese Republici Hrvatskoj. U disciplinskom postupku zbog teže povrede službene dužnosti može se odlučiti o naknadi štete nastale Ministarstvu. Odredbe članka 118. Propisuju da se policijski službenik može se u cijelosti ili dijelom osloboditi odgovornosti za nastalu štetu ako je do nje došlo postupanjem po nalogu nadređenog rukovoditelja, pod uvjetom da ga je policijski službenik prethodno pisano ili usmeno, ako to okolnosti nalažu, upozorio da će provedbom naloga nastati ili da bi mogla nastati šteta. Sukladno članku 119., policijskog službenika koji je odgovoran za štetu počinjenu krajnjom nepažnjom može se iz opravdanih razloga djelomično ili u cijelosti osloboditi obveze naknade štete. Smatrat će se da postoje opravdani razlozi ako je šteta nastala obavljanjem policijskih poslova, zbog znatnih napora u obavljanju policijskih poslova ili pod okolnostima kada je štetu bilo teško izbjeći. Utvrđivanje postojanja opravdanih razloga provodi povjerenstvo od 3 člana koje imenuje ministar. Povjerenstvo, nakon provedenog postupka, predlaže odluku koju donosi ministar.

²¹ Članak 105. Zakona o sudovima, Narodne novine, br. 28/13, 33/15, 82/15, 82/16, 67/18, 126/19, 130/20, 21/22, 60/22, 16/23. propisuje da Republika Hrvatska odgovara za štetu koju stranci u postupku nanese sudac svojim nezakonitim ili nepravilnim radom u obnašanju sudačke dužnosti. Republika Hrvatska zatražit će od suca povrat isplaćene naknade samo kad je sudac štetu učinio namjerno ili iz krajnje nepažnje. Republika Hrvatska tražit će od suca povrat isplaćene naknade zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku ako je povreda nastala namjerom ili krajnjom nepažnjom suca. Predsjednik suda pred kojim je došlo do povrede prava na suđenje u razumnom roku dužan je nadležnom državnom odvjetništvu dostaviti podatke potrebne za pokretanje postupka.

²² Zakon o općem upravnom postupku, Narodne novine, br. 47/09, 110/21.

²³ Članak 117. stavak 1. Zakona o državnim službenicima.

²⁴ *Ibid.*, članak 117. stavak 2.

²⁵ *Ibid.*, članak 118.

²⁶ *Ibid.*, članak 119. stavak 1.

²⁷ *Ibid.*, članak 119. stavak 3. i članak 120.

Kao alternativa novčanoj naknadi štete državnom službeniku se, ako je to moguće s obzirom na prirodu štete, može na njegov zahtjev dopustiti uspostava prijašnjeg stanja u primjerenom roku o njegovu trošku na temelju pisanog sporazuma.²⁸ Ako državni službenik ne izvrši povrat u prijašnje stanje sukladno zaključenom pisanom sporazumu, donijet će se rješenje o naknadi štete na način opisan *supra*.

Ako je državni službenik povrijedio i službenu dužnost, u postupku zbog povrede službene dužnosti može se odlučivati i o naknadi štete koja je tako nastala državnom tijelu.²⁹ Ako se do okončanja postupka ne može utvrditi visina štete, odlučivat će se samo o odgovornosti zbog povrede službene dužnosti te će se o naknadi štete odlučivati u postupku za naknadu štete prema odredbama navedenima *supra*.³⁰ Ako se u postupku zbog povrede službene dužnosti³¹ donese pravomoćno rješenje u kojem je odlučeno i o naknadi štete, navodi se kako se može tražiti donošenje rješenja o ovrsi pred nadležnim sudom.³²

Ako je do štete došlo postupanjem po nalogu nadređenog državnog službenika, a državni službenik je prethodno stavio pisano upozorenje nadređenom da bi izvršenjem naloga mogla nastati šteta, državnog službenika će se u cijelosti osloboditi od odgovornosti za štetu.³³

3.1. Sudska praksa utvrđivanja odgovornosti državnih službenika za štetu

3.1.1. Državni službenici u prometu

Zanimljivu drugostupanjsku presudu 7. srpnja 2016. donio je Županijski sud u Varaždinu, stalna služba u Koprivnici.³⁴ Policijski službenik je 3. rujna 2009. vozio službeno policijsko vozilo te je s vozilom skliznuo izvan kolnika i desnim kotačima udario u betonski rub mosta pri čemu je vozilo odbačeno u korito rijeke te je na taj način oštećeno. Republika Hrvatska je u prvostupanjskom sudskom postupku tražila naknadu tako prouzročene štete od policijskog službenika, budući da mu je utvrđeno kako je u vrijeme prometne nesreće imao 0,60 g/kg alkohola u krvi. Republika Hrvatska je smatrala kako je policijski službenik štetu počinio krajnjom nepažnjom zbog navedene alkoholiziranosti.

Prvostupanjski sud (Općinski sud u Varaždinu) je utvrdio kako je provedeno liječničko vještačenje te je liječnički vještak u svom nalazu i mišljenju naveo da

²⁸ *Ibid.*, članak 121. stavak 1.

²⁹ *Ibid.*, članak stavak 1.

³⁰ *Ibid.*, članak 122. stavak 2.

³¹ Taj je postupak, sukladno članku 102. Zakona o državnim službenicima, upravni postupak na koji se primjenjuju odredbe ZUP-a.

³² Članak 122. stavak 3. Zakona o državnim službenicima.

³³ *Ibid.*, članak 123.

³⁴ Presuda Županijskog suda u Varaždinu od 7. srpnja 2016, GŽ-3485/14-2.

u predmetnoj situaciji alkoholiziranost policijskog službenika nije imala nikakav utjecaj na sposobnost sigurnog upravljanja vozilom.³⁵

Provedeno je i prometno vještačenje te je njime utvrđeno da se je nesreća dogodila u oštrom lijevom zavoju i da je u zoni tjemena zavoja došlo do destabilizacije vozila, početka zanošenja i silaska s kolnika te konačno slijetanja u potok. Nesreća se dogodila na dijelu ceste na kojem je brzina kretanja vozila ograničena na 90 km/h, no zavoj u kojem se je nesreća dogodila se nije mogao savladati tom brzinom, već je granična brzina prolaska kroz taj zavoj za vrstu vozila kakvo je vozio tuženik oko 71,6 km/h, a tuženik se je u trenutku početka zanošenja kretao brzinom od oko 71 km/h, što znači da se je kretao graničnom brzinom za taj zavoj.³⁶ Također je naveo da bi se nesreća izbjegla da se je vozilo kretalo još manjom brzinom, 68 km/h ili manje od toga. Utvrđeno je da je tuženik u vrijeme nesreće s još dva policijska službenika išao na intervenciju na koju su pozvani radi razbojništva u prodavaonici u J. te da mu je Ž. S., nadređeni službenik, naredio da on upravlja vozilom, a saslušanjem ta dva policijska službenika kao svjedoka, kao i saslušanjem tuženika, je utvrđeno da je na mjestu nesreće na kolniku bilo šljunka.

Sukladno navedenom, prvostupanjski sud je odbio tužbu. Drugostupanjski sud odbija žalbu navodeći kako policijski službenik nije postupao iz krajnje nepažnje. Navodi kako alkoholiziranost policijskog službenika nije bila u nikakvoj vezi sa štetnim događajem te da je tuženik vozilom upravljao brzinom koja je, iako granična, bila primjerena za prolazak zavojem u kojem je došlo do destabilizacije vozila. Budući da su svi putnici iz vozila suglasno izjavili da je na kolniku bilo šljunka, vjerojatno je da je upravo taj šljunak uzrokovao destabilizaciju vozila, jer iz utvrđenog činjeničnog stanja ne proizlazi da bi policijski službenik vršio nekakvu radnju za vrijeme upravljanja vozilom koja bi mogla izazvati destabilizaciju vozila. Stoga je ocjena i ovog suda da tuženik nije postupao tako da u svom ponašanju nije upotrijebio ni onu pažnju koju bi upotrijebio svaki prosječni čovjek.³⁷

Dakle, Županijski sud u Varaždinu odluku temelji na stavu kako činjenica da je policijski službenik bio alkoholiziran se automatski ne može smatrati krajnjom nepažnjom jer smatra da je dokazano kako alkoholiziranost nije utjecala na slijetanje automobila sa ceste. Suprotan argument bi svakako bio da se u "pažnju koju bi upotrijebio svaki prosječan čovjek" nikako ne može podvesti vožnja automobila pod utjecajem alkohola.

Druga zanimljiva presuda je presuda Općinskog suda u Varaždinu od 14. listopada 2022.³⁸ Tuženi policijski službenik je 2. rujna 2017. za vrijeme radnog vremena i koristeći službeno vozilo prouzrokovao prometnu nesreću u kojoj je ozlijeđen drugi policijski službenik - suvozač. Tuženi policijski službenik je u odvojenom prekršajnom postupku priznao krivnju, te je proglašen krivim zbog neprilagođene brzine. Republika Hrvatska je, kao poslodavac, policijskom službeniku suvozaču

³⁵ *Ibid.*, str. 2.

³⁶ *Ibid.*, str. 2.

³⁷ *Ibid.*, str. 3.

³⁸ Presuda Općinskog suda u Varaždinu od 14. listopada 2022., 11 P-559/2021-19.

koji je ozlijeđen u prometnoj nesreći, isplatila na ime naknade štete iznos od tadašnjih 76. 300,00 kn.

Republika Hrvatska dalje ističe kako imajući u vidu da je tuženik pravomoćno proglašen krivim i kažnjen u prekršajnom postupku zbog neprilagođene vožnje kolnikom, razvidno je kako je tuženik postupao s krajnjom nepažnjom, s time da je do navedene prometne nesreće nesporno došlo prilikom obavljanja službe i u svezi sa službom za vrijeme radnog vremena tuženika, te da je izostala ona pozornost i pažnja koja se očekuje od službenika prosječnih sposobnosti, navodeći kako je isti bio lakomislen i nepažljiv u obavljanju službene dužnosti, te je kao policijski službenik i vozač policijskog vozila prilikom intervencije postupao nemarno i brzinu kretanja vozila nije prilagodio atmosferskim prilikama te stanju ceste uslijed čega je došlo do prometne nesreće u kojoj je stradao njegov kolega i suvozač, a kojih posljedica je on kao policijski službenik trebao biti svjestan obzirom se u svakodnevnom poslu susreće sa intervencijama takve vrste.³⁹

Općinski sud u Varaždinu odbija tužbeni zahtjev, te navodi kako je nesporno da je tuženik u prekršajnom postupku proglašen krivim što predmetnog dana brzinu vožnje nije prilagodio uvjetima i stanju kolnika, slijedom čega mu je izrečena mjera upozorenja „Opomena“. Međutim, takva okolnost ne može predstavljati činjeničnu osnovu prema kojoj bi se stupanj krivnje tuženika mogao okarakterizirati kao namjera i grupa nepažnja, a uzevši u obzir i činjenicu kako sud kod ocijene odgovornosti za štetu nije vezan odlukom prekršajnog suda već da je pitanje i ocjenu odgovornosti za štetu tuženika potrebno sagledati sveobuhvatno, sa svih strana i prema okolnostima konkretnog slučaja. Dakle, u okolnosti konkretnog slučaja svakako bi se mogli pripisati način i brzina kretanja vozila kojim je upravljao tuženik, vrsta vozila, naletna brzina, mogućnost izbjegavanja slijetanja s ceste, utjecaj tereta odnosno pomanjkanje tereta budući se radilo o polupraznom kombiju (kako u svom iskazu navodi tuženik, obzirom su u službenom vozilu bile samo dvije osobe, a isto je predviđeno za osmero), mogućnost izbjegavanja pretrčavanja životinje preko ceste, utjecaj eventualnog alkohola u krvi i slično. Nabrojane okolnosti slučaja nisu utvrđivane niti u prekršajnom postupku niti ih je sud utvrdio u ovom parničnom postupku, obzirom tužiteljica nije predlagala provođenje prometnog vještačenje, a koje bi prema mišljenju ovog suda bilo, obzirom na stručna znanja i vještine sudskih vještaka, objektivni, nedvojbeni, nepobitan i najrelevantniji dokaz o eventualnoj namjeri i gruboj nepažnji tuženika.

3.1.2. Nenamjerno pucanje iz vatrenog oružja

U pogledu štete počinjene nenamjernim pucanjem iz vatrenog oružja, Vrhovni sud Republike Hrvatske 11. ožujka 2003. donio je presudu⁴⁰ kojom prihvaća reviziju tuženika, policijskog službenika. Tuženi policijski službenik je 29. rujna 1994. uslijed nepažljivog rukovanja pištoljem nanio prostrijelnu ranu kolegi Z.M., budući

³⁹ *Ibid.*, str. 3.

⁴⁰ Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske 11. ožujka 2003., Rev 3725/1999-2.

da je prilikom repetiranja pištolja tuženik previdio činjenicu da se u pištolju nalazi šaržer, te je došlo do ispaljenja metka iz pištolja. Općinski sud u Valpovu kao prvostupanjski, te Županijski sud u Osijeku kao drugostupanjski sud su zaključili da je tuženik do tada prošao teoretsku obuku rukovanja kratkim oružjem i daje stoga morao znati kako se pištolj koristi. Sukladno tome, prvostupanjski i drugostupanjski sud zaključuju kako je tuženik postupao u krajnjoj nepažnji, te da Republika Hrvatska ima pravo na regres u iznosu od tadašnjih 153.725,24 kn koje je isplatila Z.M. na ime naknade štete.

Vrhovni sud prihvaća reviziju i odbija kao neosnovan tužbeni zahtjev Republike Hrvatske prije svega na temelju kaznenog postupka koji je vođen protiv tuženog policijskog službenika. Naime, tuženik je pravomoćno osuđen za kazneno djelo protiv opće sigurnosti počinjeno iz nehata. Vrhovni sud navodi kako se konkretno kazneno djelo počinjeno iz nehata sa građanskopravnog aspekta ne može ocijeniti kao štetna radnja počinjena krajnjom nepažnjom. Naprotiv, konkretno nehatno postupanje tuženika sa građanskopravnog aspekta može se ocijeniti kao postupanje s običnom nepažnjom (*culpa levis*), tj. kad štetnik nije postupao kao naročito pažljiv čovjek. Preneseno na predmetni događaj, uz uvažavanje svih okolnosti ovog slučaja, a koje su dovele do ove nezgode, posebno činjenice da je nezgoda uzrokovana pištoljem, tada potpuno novim tipom oružja s kojim se tuženik do tada, osim teoretske obuke praktično nije ni upoznao, niti njime rukovao, te vodeći računa o specifičnom ratnom okruženju u kojem se tuženik tada nalazio i djelovao (blizina crte bojišnice), ocjena je ovog suda da se konkretno postupanje tuženika ne može ocijeniti krajnjom nepažnjom, već naprotiv postupanje s običnom nepažnjom.

4. ODGOVORNOST ZA ŠTETU PRIPADNIKA ORUŽANIH SNAGA

Odgovornost za štetu pripadnika oružanih snaga uređena je Zakonom o službi u oružanim snagama Republike Hrvatske.⁴¹ Način uređenja naknade štete vrlo je sličan temeljnom uređenju iz Zakona o državnim službenicima, ali ipak s određenim specifičnostima.

Temeljno pravilo je kako za štetu koju pripadnik Oružanih snaga u službi i u vezi s obavljanjem službe poćini trećim osobama odgovara Republika Hrvatska.⁴² Ipak, Republika Hrvatska ima pravo regresa iznosa štete isplaćenog trećim osobama, kao i naknadu budućih iznosa ako ih je dužna obročno isplaćivati na temelju pravomoćne sudske odluke, ako je pripadnih oružanih snaga štetu poćinio namjerno ili iz krajnje nepažnje.⁴³ Kao i kod drugih državnih službenika, vojna osoba je odgovorna i za

⁴¹ Zakonom o službi u oružanim snagama Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 73/13, 75/15, 50/16, 30/18 i 125/19.

⁴² *Ibid.*, članak 193. stavak 1.

⁴³ *Ibid.*, članak 193. stavak 2. i 3.

štetu koju je prouzročila Republici Hrvatskoj izravno ako je postupila namjerno ili s krajnjom nepažnjom.⁴⁴

Postojanje, visina i odgovornost za naknadu štete utvrđuje se u postupku pred vojnostegovnim sudom.⁴⁵ Postupak pokreće nadređeni zapovjednik razine bojne, njemu ravne ili više razine u ustrojstvenoj jedinici u kojoj se šteta dogodila.⁴⁶ Postupak se zaključuje donošenjem odluke koja nije upravna stvar.⁴⁷

Postupak utvrđivanja štete vodi sudac pojedinac i obvezno je prije donošenja odluke saslušati osobu protiv koje se postupak vodi.⁴⁸ O načinu naknade štete moguće je sklopiti pisani sporazum koji predstavlja ovršnu ispravu, a ako vojna osoba odbije nadoknaditi štetu, šteta će se nadoknaditi prema općim propisima obveznog prava.⁴⁹ Zanimljivo je kako je ovdje, za razliku od Zakona o državnim službenicima, izričito naveden rok zastare od 10 godina za potraživanje naknade štete.⁵⁰ Također, ako je vojna osoba prekršila vojnu stegu i paralelno s tim počinila i štetu Republici Hrvatskoj, o toj šteti odlučivati će se u stegovnom postupku pred vojnostegovnom sudu. Međutim, ako se taj iznos štete ne može utvrditi do okončanja stegovnog postupka, vojnostegovni sud će se ograničiti samo na utvrđivanje stegovne odgovornosti, dok će se o naknadi štete naknadno odlučivati u ranije opisanom postupku naknade štete.⁵¹ Vrlo slična odredba postoji i u Zakonu o državnim službenicima.

Vojnu osobu je moguće u cijelosti ili dijelom osloboditi odgovornosti za štetu, odnosno može se obustaviti postupak za naknadu štete ako je do nje došlo postupanjem po nalogu nadležnoga zapovjednika, pod uvjetom da ga je vojna osoba prethodno pisanim putem upozorio da će provedbom naloga nastati ili da bi mogla nastati šteta.⁵² Ono što je različito od Zakona o državnim službenicima je mogućnost da se vojnu osobu koja je odgovorna za štetu počinjenu krajnjom nepažnjom može iz opravdanih razloga djelomično ili u cijelosti osloboditi obveze naknade štete, a opravdani razlozi su okolnosti ako je šteta nastala obavljanjem službe ili vojne vježbe u Oružanim snagama, zbog znatnih napora u obavljanju službe, smještaja stvari koji ne odgovara propisanim uvjetima ili pod okolnostima kada je štetu bilo teško izbjeći.⁵³

Za razliku od Zakona o državnim službenicima, u Zakonu o službi u Oružanim snagama Republike Hrvatske izričito se navodi kako se visina naknade štete utvrđuje prema vrijednosti uništene, oštećene ili nestale imovine u vrijeme nastanka štete, na iznos teku zatezne kamate, te je iznos moguće i utvrditi u paušalnom iznosu ako bi

⁴⁴ *Ibid.*, članak 194. stavak 1. .

⁴⁵ *Ibid.*, članak 195. stavak 1.

⁴⁶ *Ibid.*, članak 194. stavak 2.

⁴⁷ *Ibid.*, članak 195. stavak 1.

⁴⁸ *Ibid.*, članak 195. stavak 2. i 3.

⁴⁹ *Ibid.*, članak 195. stavak 5.

⁵⁰ *Ibid.*, članak 195. stavak 6.

⁵¹ *Ibid.*, članak 196.

⁵² *Ibid.*, članak 197. stavak 1.

⁵³ *Ibid.*, članak 197. stavci 2. i 3.

točno utvrđenje prouzročilo nesrazmjerne troškove.⁵⁴ Također, izričito je navedeno da će svaka vojna osoba odgovarati za dio štete koji je sama prouzročila, a da će nadoknađivati štetu u jednakim dijelovima ako se ne može utvrditi pojedinačni udio svakog počinitelja štete.⁵⁵

Određba koja naizgled isključuje postojanje krivnje ili krajnje nepažnje za odgovornost za štetu nalazi se u članku 200., koji uređuje odgovornost računopolagatelja i rukovatelja sredstvima. Naime, propisano je kako su računopolagatelj i rukovatelj sredstvima oružanih snaga odgovorni za štetu na imovini koja im je povjerena na čuvanje, osim ako se dokaže da je šteta nastala krivnjom treće osobe ili je šteta nastala slučajem ili zbog više sile. Dakle, ako se ne dokaže krivnja treće osobe, slučaj ili viša sila – računopolagatelj i rukovatelj sredstvima odgovaraju za štetu neovisno o tome postoji li na njihovoj strani krivnja ili krajnja nepažnja.

4.1. Sudska praksa utvrđivanja odgovornosti za štetu pripadnika oružanih snaga

4.1.1. Djelomična naknada štete oštećenoj osobi od strane pripadnika oružanih snaga

Vrhovni sud Republike Hrvatske je u presudi od 6. travnja 2005.⁵⁶ prihvatio zahtjev za zaštitu zakonitosti Republike Hrvatske protiv pripadnika oružanih snaga te naložio pripadniku oružanih snaga koji je počinio štetu da Republici Hrvatskoj isplati iznos od 17.333,66 tadašnjih kuna i troškove parničnog postupka.

Tuženi pripadnik oružanih snaga je 24. prosinca 1991. nakon što je ušao u sukob sa grupom mladića, izvadio pištolj s namjerom da puca u zrak, ali je pritom hicem u rame pogodio F. I. F. I. je zbog štete koja mu je nastala uslijed zadobivene ozljede ishodio pravomoćnu presudu kojom su mu tuženik i Republika Hrvatska obvezani isplatiti svotu od 12.600,00 kn sa pripadajućim kamatama i iznos od 3.900,00 kn na ime parničnog troška. F. I. je temeljem navedene pravomoćne presude protiv tuženika i Republike Hrvatske pokrenuo zasebne ovršne postupke, radi naplate dosuđene svote, i to prema svakome za po 1 dijela dosuđenog iznosa, da je ovršnom postupku vođenom kod Općinskog suda u Osijeku protiv tuženika sa istim sklopio sporazum da mu tuženik isplati iznos od 3.000,00 DEM, a u ostalom dijelu prema tuženiku da nema daljnjih potraživanja, tako da je protiv tuženika povukao prijedlog za ovrhu nakon što mu je tuženik isplatio 3.000,00 DEM, dok je u ovršnom postupku vođenom kod Općinskog suda u Zagrebu protiv Republike Hrvatske radi prisilne naplate 1 dijela svote dosuđene navedenom pravomoćnom presudom Republika Hrvatska dana 3. svibnja 1999. godine isplatila F. I. svotu od 17.333,66 kn.

⁵⁴ *Ibid.*, članak 198.

⁵⁵ *Ibid.*, članak 199.

⁵⁶ Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske od 6. travnja 2005., Gzz 149/2004-2.

Sukladno navedenom, niži sudovi su utvrdili kako Republika Hrvatska nema pravo tražiti regres od tuženika budući da je on F.I. već isplatio svoju obvezu, te da mu je F. I. oprostio daljnja potraživanja. Vrhovni sud Republike Hrvatske se nije složio s navedenom argumentacijom, te je naveo kako je tuženik kao vojna osoba počinio štetnu radnju pucnjem iz pištolja, i pritom iz krajnje nepažnje nanio ozljedu trećoj osobi, to je utemeljen zahtjev Republike Hrvatske da potražuje iznos kojeg je na ime naknade štete isplatila oštećenoj trećoj osobi, koja šteta je nastala štetnom radnjom vojne osobe počinjene iz krajnje nepažnje. Prema prosudbi Vrhovnog suda Republike Hrvatske izložena utvrđenja upućuju na zaključak da se oštećeni F. I. odrekao dosuđenog potraživanja prema tuženiku samo u onom opsegu od 1 dijela za koliko je prema tuženiku i pokrenuo ovršni postupak kod Općinskog suda u Osijeku, a ne i glede naplate preostale 1 dosuđene svote glede kojeg iznosa je pokrenuo ovršni postupak protiv Republike Hrvatske, u kojem postupku je i ustrajao, te naplatio iznos od 17.333,66 kn.

4.1.2. Prolazak kroz crveno svjetlo i nezaustavljanje na znak "STOP" kao automatska krajnja nepažnja

U predmetu koji se odnosio na prolazak vozilom kroz crveno svjetlo, Vrhovni sud Republike Hrvatske 27. veljače 2001. donio je presudu⁵⁷ kojom je odbio reviziju tuženika. Tuženik je kao vojna osoba upravljajući teretnim vozilom 24. veljače 1993. prouzročio prometnu nesreću, jer je ušao u raskrižje kada je na semaforu bilo upaljeno crveno svjetlo.

Prvostupanjskim rješenjem u prekršajnom postupku tuženik je proglašen krivim za učinjeni prekršaj, no drugostupanjskim rješenjem prekršajni postupak obustavljen je zbog zastare vođenja prekršajnog postupka. Šteta je bila u iznosu od 5.189,49 kn.

Nalazeći da je tuženik štetu prouzročio uslijed krajnje nepažnje, nižestupanjski sudovi su utvrdili da je osnovan tužbeni zahtjev za regres od strane Republike Hrvatske, te su ga u cijelosti prihvatili.

Tuženik je revizijom osporavao tužbeni zahtjev za regres, ali Vrhovni sud Republike Hrvatske navodi kako su nižestupanjski sudovi pravilno primijenili materijalno pravo, jer je (*inter alia*) tuženik trećoj osobi štetu počinio iz krajnje nepažnje, jer je štetu izazvao ulaskom vozila u raskrižje kad je na semaforu imao crveno svjetlo.

U drugom predmetu, Vrhovni sud Republike Hrvatske 8. rujna 2015. donio je rješenje⁵⁸ kojim je ukinuo presude nižestupanjskih sudova i predmet vratio na ponovno suđenje. U navedenom predmetu Republika Hrvatska je tražila regres od zakonskih nasljednika preminule vojne osobe u iznosu od 247.116,71 kn, zatezne kamate i troškove parničnog postupka. Nižestupanjski sudovi su odbili zahtjev

⁵⁷ Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske od 27. veljače 2001., Rev-1093/2997-2.

⁵⁸ Rješenje Vrhovnog suda Republike Hrvatske od 8. rujna 2015., Rev-x 357/15-2.

Republike Hrvatske, ali je Vrhovni sud Republike Hrvatske utvrdio pogrešnu primjenu materijalnog prava.

Naime, vojna osoba je 14. siječnja 1993. vozeći vozilo mobilizirano od strane Hrvatske vojske, propustila zaustaviti se na znaku "STOP", te je tako prouzročila prometnu nesreću u kojoj je vozač drugog vozila teško ozlijeđen. Vojna osoba je osuđena za kazneno djelo protiv sigurnosti javnog prometa. Republika Hrvatska je isplatila naknadu štete ozlijeđenoj osobi, te je pokrenula sudski postupak radi regresiranja od vojne osobe, a nakon njegove smrti protiv zakonskih nasljednika.

Glavno pitanje predmeta je je li vojna osoba pri uzrokovanju prometne nesreće postupala iz krajnje nepažnje? Vrhovni sud Republike Hrvatske navodi sljedeće: svaka bi osoba već i uz upotrebu samo pažnje svakog prosječnog čovjeka stala na znaku STOP i prije ulaska na cestu s prednošću prolaza propustila sva vozila koja se kreću tom cestom, pa kako vojna osoba to nije učinila, za zaključiti je da nije upotrijebio dužnu pažnju, onu kojom bi postupio svaki prosječan vozač, odnosno da je nezgodu skrivio postupajući krajnje nepažljivo - a ne da je do te nezgode došlo zbog njegove obične nepažnje, jer nije postupio kao naročito pažljiv čovjek.

Konkretno, da je upotrijebio već i pažnju prosječnog čovjeka, što je trebao, jer je upravljao motornim vozilom, dakle s opasnom stvari, i ulazio na prometnicu s prednošću prolaza te mogao očekivati na toj prometnici drugo vozilo, odnosno da nije u svom postupanju zanemario i onu pažnju koja se može i mora očekivati od svakog (apstraktnog) čovjeka prosječnih sposobnosti, ne bi propustio stati na cesti na kojoj je to trebao učiniti (obzirom na znak STOP). Ponašanje vojne osobe po tome nije odgovaralo ponašanju svakog prosječnog vozača.

5. ZAKLJUČAK

U slučaju da država fizičkoj ili pravnoj osobi svojim djelovanjem prouzroči štetu, u gotovo svim slučajevima tako nastalu štetu namirivat će država iz proračuna. Službena osoba koja je štetu izravno zaista i počinila bit će lišena obveze nadoknađivanja štete. To je i jedino ispravno budući da se ne smije službenu osobu držati financijski odgovornom za greške koje se događaju u svakodnevnom radu. Ipak, država se može namiriti od službene osobe ako je službena osoba štetu počinila namjerno ili s krajnjom nepažnjom. U ovom radu smo prikazali relevantnu sudsku praksu glede utvrđivanja odgovornosti službenih osoba, ali i pripadnika oružanih snaga za počinjenu štetu. Kako su državni službenici koji su najčešće stranke u postupcima za naknadu štete – policijski službenici, njima i pripadnicima oružanih snaga zajednički su glavni i najčešći razlozi vođenja postupaka – korištenje vatrenog oružja ili prometne nesreće u službenim vozilima. Sam sadržaj opisanih predmeta i obrazloženja sudskih presuda ukazuju na dosljednost sudske prakse u utvrđivanju uvjeta za odgovornost za štetu službenih osoba, te se i na taj način službene osobe dodatno štite u slobodnom obavljanju svoje službe.

LITERATURA

Knjige i članci

1. Bell J., Lichère, F., *Contemporary French Administrative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022.
2. Blachly, F. F., Oatman, M. E., *Approaches to Governmental Liability in Tort: A Comparative Survey*, Law and Contemporary Problems, vol. 9, no. 2, 1942., str. 181-213.
3. Borković, I., *Upravno pravo*, Zagreb, Narodne novine, 2002.
4. Čuveljak, J., *Odgovornost države za štetu nastalu fizičkim i pravnim osobama obavljanjem službe ili druge djelatnosti državnih organa i drugih javnopravnih osoba*, Hrvatska javna uprava, vol. 3, no. 1, 2001., str. 127-143.
5. Krbek, I., *Upravno pravo FNRJ* (I. knjiga), Beograd, Biro za izradu obrazaca izdavačko-štamarsko preduzeće, 1955.
6. Schieman, K., *The State's Liability in Damages for Administrative Action*, Fordham International Law Journal, vol. 33, no. 5, 2011., str. 1548-1563.
7. Schwartz, B., *French Administrative Law and the Common-Law World*, New York University Press, 1954.
8. Staničić, F., *Odgovornost države za štetu nastalu nezakonitim ili nepravilnim radom – problemi u praksi*, Hrvatska pravna revija, siječanj 2016., str. 35-41.

Pravni propisi

1. Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10 i 5/14.
2. Zakon o državnim službenicima, Narodne novine, br. 92/05, 140/05, 142/06, 77/07, 107/07, 27/08, 34/11, 49/11, 150/11, 34/12, 49/12, 37/13, 38/13, 1/15, 138/15, 61/17, 70/19, 98/19, 141/22.
3. Zakon o općem upravnom postupku, Narodne novine, br. 47/09, 110/21.
4. Zakon o policiji, Narodne novine, br. 34/11, 130/12, 89/14, 151/14, 33/15, 121/16, 66/19.
5. Zakon o sudovima, Narodne novine, br. 28/13, 33/15, 82/15, 82/16, 67/18, 126/19, 130/20, 21/22, 60/22, 16/23.
6. Zakon o sustavu državne uprave, Narodne novine, br. 66/19.
7. Zakonom o službi u oružanim snagama Republike Hrvatske, Narodne novine, br 73/13, 75/15, 50/16, 30/18 i 125/19.

Sudska praksa

1. Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske od 27. veljače 2001., Rev-1093/2997-2
2. Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske 11. ožujka 2003., Rev 3725/1999-2
3. Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske od 6. travnja 2005., Gzz 149/2004-2
4. Rješenje Vrhovnog suda Republike Hrvatske od 8. rujna 2015., Rev-x 357/15-2

5. Presuda Županijskog suda u Varaždinu od 7. srpnja 2016, GŽ-3485/14-2
6. Presuda Općinskog suda u Varaždinu od 14. listopada 2022., 11 P-559/2021-19

LIABILITY OF CIVIL SERVANTS FOR DAMAGES

It was not until the middle of the 19th century that the concept started to emerge that the state holds responsibility towards its citizens for any harm caused by its officials as a result of their unlawful or improper execution of state duties. The institute of state liability for damages is an important part of administrative law, which has undergone a significant transformation in the development of modern administrative law; from the complete non-liability of the state for the damage caused, through the state's liability only for the damage it causes in civil law relations, to today's arrangement in which the state is also responsible for the damage it causes when it acts from the position of the authority. The main subject of research in this paper will be the liability of civil servants for the damage they committed. We will analyse the constitutional and legal framework that applies to the responsibilities of civil servants, as well as the relevant case law. In addition to civil servants, we also consider liability for damage caused by the members of the armed forces to be extremely important for this topic, and we will present and analyse the normative regulation in accordance with the Act on Service in the Armed Forces of the Republic of Croatia, as well as the relevant case law.

Key words: *state liability for damages, civil servants, Act on Civil Servants, Act on Police, Act on Service in the Armed Forces of the Republic of Croatia*

Prof. dr. sc. Nataša Žunić Kovačević, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci*
Dr. sc. Ivan Malenica**

VAŽNOST JAVNIH SLUŽBENIKA

UDK: 35.08 (497.5)
35.075 (4 : 497.5)

Pregledni znanstveni rad
Primljeno: 12. 2. 2024.

„*Obliti privatorum publica curate*“ - Zaboravite privatne, bavite se državnim poslovima natpis je iz Kneževa dvora u Dubrovniku¹, a posredno govori o značaju i važnosti javnih poslova odnosno javnih službi i javnih službenika. Poznate su kao javne službe djelatnosti zdravstva, obrazovanja, znanosti, socijalne skrbi i kulture. No, takvom enumeracijom nisu obuhvaćene sve javne službe pa niti svi javni službenici, a njihovo definiranje teorijski i normativno nije jednostavno niti ima općeprihvaćene definicije toga pojma. Njihova je svrha građanima pružiti javne usluge koje su jedna od temeljnih funkcija države. Slično, nepostojanje općeprihvaćene definicije pojma javnih službenika također je u normativnom i teorijskom pristupu povod i uzrok različitim uređenjima položaja, prava i obaveza službenika. U radu se prikazuju zajednička načela obavljanja usluga od općeg interesa te razvoj javnih usluga i koncepta usluga od općeg gospodarskog interesa u pravu EU s obzirom na utjecaj istih na položaj javnih službenika. Posebno se prikazuju čimbenici razvoja javnih službi i to odabrani, financijski na primjeru recentnih promjena položaja javnih službenika u hrvatskim javnim službama.

Ključne riječi: *javna služba, javne usluge, javni službenik, čimbenici promjena*

1. UVODNO RAZMATRANJE

Pojam javni službenik (lat. *magistratus*, engl. *civil servant*, *public servant*, franc. *agents*, *fonctionnaire*) različito se definira u pojedinim pravnim sustavima pa čak i u istom upravnom sustavu susrećemo različitosti u normativnim i teorijskim definicijama. Riječ je o najbrojnijoj kao i najvažnijoj kategoriji zaposlenih u javnim organizacijama koje obavljaju zadaće u djelokrugu javne uprave. U pravilu, o značaju javne službe i javnih službenika zaključuje se temeljem posebnosti poslova i zadaća, uvjeta zasnivanja radnog odnosa, plaća i drugih prava službenika te nadzora javnih službi. Javni službenici se u pravilu se primaju u javnu službu javnim natječajem. Nakon toga se postavlja ili imenuju na radno mjesto, zvanje ili položaj a za koje

* Prof. dr. sc. Nataša Žunić Kovačević, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci. E-mail: zunic@pravri.hr. ORCID: 0000-0001-6923-5658

** Dr. sc. Ivan Malenica. ORCID: 0000-0003-4480-0336.

¹ Lonza, N., *Obliti privatorum publica curate: preci i srodnici jedne političke maksime*, Anali Zavoda za povijesne znanosti Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti u Dubrovniku , br. 44/2006, str. 25-46. Natpis *Obliti privatorum publica curate* iz Kneževa dvora u Dubrovniku autorica zaključuje da ta politička maksima nije sročena u Dubrovniku, već je vjerojatno preuzet.

su se stručno obrazovali. To se ponajprije odnosi na užu skupinu javnih službenika - državne službenike.² Javni službenici su profesionalci koji imaju specifična prava, obveze i odgovornosti u odnosu prema građanima što proizlazi iz naravi posla kojeg obavljaju odnosno jer obavljaju poslove od javnog interesa. Zbog svega navedenoga javni službenici potpadaju pod poseban režim javnog prava, poznatog kao službeničko pravo. Tako primjerice, javni službenici zbog povrede svojih radnih obveza ili zloupotrebe ovlasti odgovaraju prema odredbama javnog prava za povrede službene dužnosti. Doktrina novog javnog menadžmenta promijenila je tradicionalno shvaćanje uloge koju javni službenici imaju prema građanima.³ U bitnome je sadržaj pojma javnog službenika određen sadržajem i naravi javne službe.⁴ Razdjelnica javnih službenika od državnih službenika nije uvijek jasna i precizna pa je iz perspektive analize značaja javnih službenika neophodno ukazati na razlikovanje tri različita segmenta javnoga sektora. Dok su u prvom segmentu državni službenici, drugi segment čine javne službe odnosno javni službenici, a treći segment zaposlenici u tijelima i ustanovama regionalne i lokalne samouprave. Navedene razine ili segmenti potvrđuju razlike, koju su vidljive u načinu uređivanja radnih odnosa i visine plaća, te ostalih materijalnih prava. Tako je segment državnih službenika ranije bio reguliran Zakonom o državnim službenicima⁵ pa se iz odredbi istoga Zakona može zaključiti da državni službenici imaju poseban status u odnosu na zaposlene u gospodarstvu i da se na njih ne primjenjuje opće radno zakonodavstvo, kao što su odredbe Zakona o radu.⁶ Primjerice, državni službenici se primaju u službu i njihov se status, prava i obveze uređuju rješenjem, a ne ugovorom o radu. Riječ je o statusu činovnika kojeg imaju državni službenici jer je njihov položaj statusnoga, a ne ugovornoga karaktera. Dodatno, sporovi se poslodavca i državnoga službenika rješavaju pred posebnim, službeničkim sudovima.

Drugi segment javnoga sektora jesu javni službenici, dakle oni zaposleni u javnim službama, a njihova prava, dužnosti i radno-pravni položaj uređivao Zakon o plaćama u javnim službama.⁷ Status javnih službenika kao osoba zaposlenih u javnim službama bitno je bliži statusu zaposlenih u gospodarstvu jer ne uživaju

² Marčetić, G., *Pojmovnik*, Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave, 2/2008., str. 539-544., gdje se navodi: „Po Krbeku, »Gdje nema te forme, (obično pismena isprava), nema ni državnog službenika«.

³ Marčetić, loc.cit.: „dužnosnik u upravnim organizacijama; funkcija upravljanja ljudskim potencijalima; javni službenik; ljudski potencijali; ljudski potencijali u javnoj upravi; metode i instrumenti upravljanja ljudskim potencijalima u javnoj upravi; namještenik; personalna funkcija; postavljenje; stratejsko upravljanje ljudskim potencijalima; upravljanje ljudskim potencijalima/resursima; upravljanje ljudskim potencijalima u javnoj upravi.” Tako se navodi da navedena doktrina promovira zapošljavanje na ugovor, smanjivanje prava i odgovornosti službenika, potrošačku etiku, itd.

⁴ Borković, I., *O pojmu službenika*, Hrvatska Javna Uprava, god. 1, 2/1999., str. 189.-213.

⁵ Zakon o državnim službenicima, Narodne novine 92/05, 140/05, 142/06, 77/07, 107/07, 27/08, 34/11, 49/11, 150/11, 34/12, 49/12, 37/13, 38/13, 01/15, 138/15, 61/17, 70/19, 98/19. Zakon je nevažeći od 1. siječnja 2024. kada je stupio na snagu novi propis, vidi u nastavku detaljnije.

⁶ Zakon o radu, Narodne novine br. 93/14., 127/17., 98/19., 151/22., 64/23.

⁷ Zakon o plaćama u javnim službama, Narodne novine, 27/01, 39/09.

poseban radno-pravni status koji obilježava državne službenike.⁸ Tako je njihov radnopravni položaj uređen „općim“ zakonom o radu, iako su brojna pitanja uređena i velikim brojem posebnih zakona o posebnim, pojedinim djelatnostima u okviru javnih službi. Dodatno, razlika je razvidna i na razini primjera eventualnih sporova između zaposlenika u javnim službama i poslodavaca, rješavaju se pred redovnim sudovima. I posljednji od navedenih segmenata jesu zaposlenici u tijelima i ustanovama regionalne i lokalne samouprave, gdje se razlikuju dodatno službenici u tijelima lokalne i regionalne samouprave, čija su prava regulirana Zakonom o službenicima i namještenicima u lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi,⁹ i ostali zaposleni u ustanovama kojima su osnivači jedinice lokalne ili regionalne samouprave. Tako službenici u tijelima lokalne i regionalne samouprave imaju status uređen slično kao državni službenici, pa ne potpisuju ugovor o radu dok javni službenici zaposleni u ustanovama lokalne i regionalne samouprave imaju status sličan statusu javnih službenika na nacionalnoj razini pa se njihov odnos s poslodavcem regulira ugovorom o radu.¹⁰

2. JAVNA SLUŽBA - DEFINICIJE I KONCEPTI

Javne službe su djelatnosti kojima se zadovoljavaju javne potrebe, a putem njih se realiziraju temeljne vrijednosti na kojima počiva svako suvremeno demokratsko društvo. Načela nediskriminacije, jednake dostupnosti službi svima pod jednakim uvjetima, jednakosti, društvene solidarnosti i pravednosti samo su neka od načela koja treba uzeti u obzir prilikom analize važnosti javnih službi. Doktrinarno, javna služba ima u definiciji pojma formalni i materijalni element. U formalnom je dijelu bitno da službu obavlja javnopravna osoba, dok materijalni dio definicije i pojma naglašava narav službe i njezin supstancijski i materijalni sadržaj. Narav javne službe potvrđuje se formalnim elementom jer se javna služba utvrđuje i podjeljuje općim aktom pa norma takvu djelatnost izdvaja kao posebnu javnu službu i time joj daje poseban društveni tretman. Supstancijski ili materijalni element predstavlja djelatnost koja je po svojoj naravi takva da je neophodna i prijeko potrebna za zadovoljavanje općih društvenih potreba.¹¹

Poput pojma javnih službenika i pojam javne službe nema općeprihvaćene definicije u kojoj bi bili sadržani svi elementi i osnovna obilježja službe. Teorijski koncept naglašava načela na kojima počiva javna služba, i to načelo kontinuiteta,¹²

⁸ Matković, T., *Plaće u javnom i privatnom sektoru u Hrvatskoj: srednjoročne promjene (2003. – 2017)*, u: Odnos plaća u javnom i privatnom sektoru u Hrvatskoj, Zagreb, 2020., str. 49-94.

⁹ Zakon o službenicima i namještenicima u lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, *Narodne novine* 86/08, 61/11, 04/18, 112/19.

¹⁰ Vidi tako, detaljno, Matković, op.cit.

¹¹ Rajko, Alen, *Razlike u značenjima pojmova pravna osoba s javnim ovlastima i pravna osoba koja obavlja javnu službu*, <https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/CLN20V01D2020B1347>, 15. kolovoza 2023.

¹² Neprekidno funkcioniranje javne službe

načelo prilagodljivosti,¹³ načelo primata javne službe u odnosu na privatnu službu, načelo nemerkantilnosti.¹⁴ U domaćoj pravnoj teoriji se detaljno razrađuje pojam javne službe i daje doprinos razvoju teorijskog koncepta javnih službi.¹⁵ Jedna od uobičajenih podjela javnih službi jest ona na gospodarske i negospodarske. Negospodarske javne službe poznate i kao društvene djelatnosti, obavljaju se u pravilu u okviru ustanova, a gospodarske javne službe osnivanjem ustanova, trgovačkih društava i pravnih osoba sui generis.¹⁶ Javne službe se u Ustavu Republike Hrvatske spominju skromno, u tri odredbe.¹⁷ Uređujući radnopravna pitanja ustavna odredba uređuje jamstvo dostupnosti javnih službi pod jednakim uvjetima¹⁸ te mogućnost ograničenja prava na štrajk u javnim službama određenima zakonom.¹⁹ Ustav RH uređuje da Vlada Republike Hrvatske usmjerava djelovanje i razvitak javnih službi.²⁰ Brojni su primjeri zakonskog uređenja djelatnosti što se obavljaju kao javna služba odnosno primjeri izričitoga zakonskog podjeljivanja statusa javne službe: komunalne djelatnosti,²¹ djelatnost Hrvatskih voda,²² zdravstvena djelatnost,²³ ljekarnička djelatnost,²⁴ djelatnost dječjih vrtića,²⁵ djelatnost visokih učilišta,²⁶ i brojne druge djelatnosti. Primjeri izričitog reguliranja pojma javnih službi u svrhu primjene pojedinoga posebnog zakona, nalazimo, primjerice, u Zakonu o državnim službenicima.²⁷ No, jasno je da smisao i svrha javnih službi jest samo pružanje javnih usluga.

¹³ Javna služba se nužno prilagođava promjenjivim potrebama javnog prava

¹⁴ Javnim službama financijska pitanja ne smiju biti primarna ili odlučna.

¹⁵ Vidi tako, npr. Đulabić, V., *Razvoj službi od općeg interesa u pravu i politici Europske unije i njihov utjecaj na Republiku Hrvatsku*, u: Barbić, J., *Službe od općeg interesa u pravu i politici Europske unije i njihov utjecaj na Republiku Hrvatsku*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2021., str. 21-38., Klarić, M.; Nikolić, M., *Ustrojstvo javnih službi u europskom pravnom poretku*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 48, 1/2011, 1., str. 89-102.

¹⁶ Tako, Rajko, op.cit.

¹⁷ Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/90., 135/97., 8/98. - službeni pročišćeni tekst, 113/00., 124/00. - službeni pročišćeni tekst, 28/01., 41/01. - službeni pročišćeni tekst, 76/10., 85/10. - službeni pročišćeni tekst, 5/14. (dalje u tekstu: Ustav RH)

¹⁸ Ustav RH, članak 44.

¹⁹ Ustav RH, članak 60. stavak 2.

²⁰ Ustav Republike Hrvatske, članak 110.

²¹ Zakon o komunalnom gospodarstvu, Narodne novine, br. 68/18., 110/18., 32/20, članak 8.

²² Zakon o vodama, Narodne novine, br. 66/19., 84/21., 47/23, članak 199. stavak 3.

²³ Zakon o zdravstvenoj zaštiti, Narodne novine, br. 100/18., 125/19., 133/20., 147/20., 136/21., 119/22., 156/22., 33/23., 145/23.) članak 28. stavak 1.

²⁴ Zakon o ljekarništvu ("Narodne novine" br. 121/03., 142/06., 35/08., 117/08.), članak 1.

²⁵ Zakon o predškolskom odgoju i obrazovanju, Narodne novine, br. 10/97., 107/07., 94/13., 98/19., 57/22., 101/23., 145/23, članak 1. stavak 3.

²⁶ Zakon o visokom obrazovanju i znanstvenoj djelatnosti, Narodne novine, br. 119/22, tako primjerice glasi određenje u članku 2, stavak 3: Djelatnost visokog obrazovanja obavlja se kao javna služba.

²⁷ Zakon o državnim službenicima, Narodne novine, br. 92/05., 140/05., 142/06., 77/07., 107/07., 27/08., 34/11., 49/11., 150/11., 34/12., 49/12. - službeni pročišćeni tekst, 38/13., 37/13., 1/15., 138/15., 102/15., 61/17., 70/19., 98/19., 141/22., 155/23, na snazi do 31.12.2023. Zakon o državnim službenicima, Narodne novine, br. 155/23, na snazi od 1.1. 2024.

Različite zemlje imaju i stvaraju različite tradicije u pogledu javnih službi. U tom pogledu, na europskom kontinentu razlikuje se najmanje dva dominantna koncepta javnih službi. Na jednoj strani je shvaćanje javnih službi karakteristično za zemlje kontinentalnog i europskog prava, a na drugoj je shvaćanje uobičajeno za anglosaksonski krug prava. Potonje su stajališta da se javni sektor treba što je moguće više približiti načelima djelovanja privatnog, profitnog sektora, dok je kontinentalno shvaćanje javnih službi kao društveno korisne djelatnosti kojima se zadovoljava opći, odnosno javni interes pa stoga javne službe nisu obične djelatnosti za koje je svejedno obavljaju li se putem mehanizma tržišta ili putem državne intervencije. Umjesto ekonomičnosti i sličnih vrijednosti, naglasak stoga treba biti na društvenoj pravednosti, jednakoj dostupnosti službi te jednakosti svih građana. Zato javne službe jesu djelatnosti koje predstavljaju izvor specifičnih prava za građane sa posebnim mehanizmima pravne zaštite. Drugim riječima, građani u kontinentalnom poimanju javnih službi nisu potrošači već korisnici javnih usluga sa posebnim i drugačijim statusom u odnosu na potrošača, kupca iz privatnog i profitnog poimanja javnog sektora. Dakle, jedan je model koji je moguće nazvati tržišni model javnih službi s dominantno ekonomskim vrijednostima. S druge strane je model u kojem je dominantna uloga javne vlasti i utemeljen na vrijednostima koncepta socijalne države koja građanima jamči određeni standard u pogledu javnih službi bez obzira na tržišne zakonitosti.

Uz povijesni prikaz razvoja i promjena javnih službi i prava javnih službenika u razmatranju značaja javnih službenika neizbježno je i razmatranje uloge koju ima pružanje javnih usluga u izgradnji države jer povijesni pregled pružanja javnih usluga pokazuje da ih se može razmatrati i kao politički alat za izgradnju državnog legitimiteta i koncepta nacionalnosti.²⁸

Za nastanak i razvoj koncepta javne službe posebno značajna je uloga francuske judikature i teorije upravnog prava i uprave uz oživljavanje i razvoj koncepta javnih službi kroz legislativu i aktivnosti institucija EU razvojem vlastite klasifikacije javnih službi i ujednačavanjem shvaćanja i tradicija koje postoje u zemljama članicama. Pojam »javne službe« rijetko se koristi u raspravama na razini Europske unije već je opće prihvaćena sintagma »službe od općeg interesa«.²⁹ Riječ je o službama koje u mnogim zemljama prolaze intenzivnu ali i kontinuiranu modernizaciju tog stalne potrebe za prilagodbom novim, dinamičnim društvenim okolnostima.

Pristupanje Republike Hrvatske Europskoj Uniji potvrdilo je već započet proces europeizacije i modernizacije javnih službi u Republici Hrvatskoj uz izravan

²⁸ Van de Walle, S., *The Role of Public Services in State- and Nation-building: Exploring Lessons from European History for Fragile States*, 2009.

²⁹ Đulabić V., *Socijalne službe u konceptu službi od općeg interesa*, Rev. soc. polit., god. 14, 2/2007, str 137-162

utjecaj na uređenje javnih službi i zakonodavstvo u sektoru javnih usluga.³⁰ Prema tradiciji francuskog prava, u zakonodavstvu Republike Hrvatske pojam javne službe označava obavljanje usluga u čijoj je izvedbi prisutan javni interes dok europsko pravo usluge u čiju je isporuku involviran javni interes obuhvaća pojmom usluge od općeg gospodarskog interesa. Navedeni pojam razvio se iz pojma usluge od općeg interesa koji se po prvi put spominje u Osnivačkim ugovorima iz 1957. godine. (Rimski ugovor).³¹ Sadržajni aspekt i značaj usklađenja sektora javnih službi s pravnim institutom usluga od općeg gospodarskog interesa u europskom pravu dio su europeizacijskog procesa. Terminološki izazovi postoje u određenju javnih službi kao javnih usluga odnosno usluga od općeg gospodarskog interesa. Ipak, zaključuje se da je potpuniji i konceptualno prihvaćen i na razini europskoga prava pojam službi od općeg interesa i službe od općeg gospodarskog interesa. Pri tome se ukazuje na to da izraz služba naglašava subjekt izvedbe, a izraz usluge funkciju izvedbe, što je razlog posebne kategorizacije i pravne regulacije, pa stoga dominira izraz „usluge od općeg gospodarskog interesa“.³²

Koncept usluga od općeg gospodarskog interesa u pravu EU nastao je kroz povijesno zahtjevan razvoj, evolucijski iz koncepta javnih službi izraženog u sustavu kontinentalnog prava i koncepta zajedničkih zvanja anglosaksonskog pravnog kruga.³³ U Europskoj uniji koncept usluga od općeg gospodarskog interesa najprije je bio zastupljen kao instrument zaštite potrošača u uvjetima stvaranja jedinstvenog tržišta usluga i ukidanja državnih monopola u uslužnom sektoru, pri čemu je svaka država članica nastavila biti odgovorna za definiciju, organizaciju, implementaciju, financiranje njezinih usluga od općeg interesa, sukladno vlastitoj povijesti, tradicijama, institucijama i kulturi. Od početnog koncepta usluga od općeg interesa sadržanog u osnivačkim ugovorima razvijen je koncept usluga od općeg gospodarskog interesa kao instrumenta ograničavanja tržišne slobode usluga na jedinstvenom europskom tržištu sa ciljem zaštite potrošača. Tako postaje prihvaćen kao komponenta europskog građanstva i razvijao se u pravno načelo pristupa uslugama od općeg interesa. U osnovi je tog koncepta usluga od općeg interesa upravo definiranje pojedine usluge na drugačiji način od standarda koji se primjenjuju za privatne usluge. Posebno značajno je primijetiti da se zbog posebnih uvjeta obavljanja smatra da nije moguće tržišna pravila primijeniti za djelatnosti usluga od općeg gospodarskog interesa. Dodatno, treba istaknuti i značaj Suda Europske unije koji je postupno razvijao koncept prioritarnih razloga vezanih uz

³⁰ Vidi, tako, Zakon o visokom obrazovanju i znanstvenoj djelatnosti ("Narodne novine" br. 119/22.), članak 2 „Djelatnost visokog obrazovanja, znanstvena i umjetnička djelatnost od interesa su za Republiku Hrvatsku te su dio međunarodnog, posebno europskog obrazovnog, znanstvenog i umjetničkog prostora.(...)(2) Visoko obrazovanje temelji se na: 1. europskoj humanističkoj i demokratskoj tradiciji te europskom sustavu visokog obrazovanja(...)“

³¹ Vidi Sarvan, D., *Usluge od općeg gospodarskog interesa u Europskom pravu*, Fondacija Centar za javno pravo, 2017.

³² Sarvan, D., loc. cit., Vidi, i Sarvan, Desanka. "Obavljanje komunalnih djelatnosti kao javne službe." Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave 8.4 (2008): 1055-1086..

³³ Sarvan, op.cit.

javni interes a temeljem čega je bilo moguće opravdati intervencije javnog sektora na tržištu u određenim slučajevima i pod određenim uvjetima u obavljanju javnih usluga, iako je bila riječ o ograničavanje slobode kretanja usluga. Takvi su razlozi bili najčešće u javnim politikama iz područja javne sigurnost i zdravlja, održavanje reda u društvu, socijalna politika, zaštita potrošača, zaštita radnika, uključujući socijalnu zaštitu radnika, dobrobiti životinja, očuvanje financijske ravnoteže sustava socijalnog osiguranja, sprječavanje prijevare, sprječavanje nepravednog natjecanja, zaštita okoliša, cestovna sigurnost; zaštita intelektualnog vlasništva, i dr.¹¹

Pojam usluge od općeg interesa je viši pojam koji obuhvaća tržišne i ne-tržišne usluge javne vlasti podvrgnute specifičnim obvezama prema kriteriju uključenog javnog interesa u njihovoj isporuci. Taj je pojam, usluge od općeg interesa, širi od pojma usluge od općeg gospodarskog interesa te obuhvaća i tržišne i ne-tržišne usluge koje vlasti kao takve označe i koje su podložne posebnim obvezama što ih imaju javne službe. Netržišne usluge nisu predmet uređenja posebne europske legislative, niti su obuhvaćene unutarnjim tržištem jer obuhvaćaju tradicionalne državne prerogative kao što su policija, pravosuđe i obvezno socijalno osiguranje, gdje je naglasak na obavljanju društveno-prihvatljivih i opravdanih djelatnosti bez namjere stjecanja dobiti,³⁴ iako pojedini aspekti organizacije ovih usluga jesu podvrgnuti načelima europskoga prava, poput zabrane diskriminacije.¹⁶ Usluge od općeg gospodarskog interesa obuhvaćaju tržišne usluge koje kao takve označe javne vlasti i koje podliježu pravilima unutarnjeg tržišta budući da je njihova aktivnost po prirodi gospodarska, te obuhvaćaju: a) usluge od općeg gospodarskog interesa koje obavljaju velike mrežne industrije, b) druge usluge od općeg gospodarskog interesa (npr. zbrinjavanje otpada, odvodnja otpadnih voda).

Države članice određuju koje se usluge smatraju uslugama od općeg interesa, a Europska komisija kao usluge od općeg interesa navodi: elektroničku komunikaciju, poštanske službe, promet, opskrbu energijom, telekomunikacije. U literaturi se kao usluge od općeg interesa prepoznate u svim državama članicama EU navode: usluge u riječnim lukama, ustanovljenje i izvedba javne telekomunikacijske mreže, distribucija vode, zapošljavanje, osnovne poštanske usluge, održavanje poštanske mreže u ruralnim područjima, regionalna policija, lučke usluge, zbrinjavanje otpada, hitna pomoć i osnovno zdravstveno osiguranje.³⁵

³⁴ Zakon o komunalnom gospodarstvu, u članku 9.: „Komunalne djelatnosti ne obavljaju se radi stjecanja dobiti, već radi osiguravanja isporuke komunalnih usluga korisnicima prema načelima komunalnog gospodarstva propisanim ovim Zakonom (načelo neprofitnosti).“

³⁵ Sokol, T.; Staničić, F., *Usluge od općeg gospodarskog interesa u pravu Europske unije i hrvatski regulatorni okvir u odabranim upravnim područjima*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. 69, 5-6/2019, 803-833.

Zajednička načela obavljanja usluga od općeg interesa su: univerzalnost, jednakost pristupa,³⁶ kontinuitet obavljanja, sigurnost i prilagodljivost,³⁷ kvaliteta usluga, efikasnost i prihvatljivost cijena usluga te zaštita ugroženih kategorija građana, transparentnost, zaštita korisnika, potrošača i okoliša i osiguravanje participacije građana. Takva načela navedena su u članku 4. Zakona o komunalnom gospodarstvu, te dalje uređena i definirana. Koncept univerzalne usluge je dinamičan i fleksibilan, uvažavajući politički, socijalni, gospodarski i tehnološki razvoj uz usklađivanje s potrebama građana te kompatibilan s načelom supsidijarnosti³⁸ jer osnovna načela univerzalne usluge države članice implementiraju u nacionalno zakonodavstvo uvažavajući različitosti u tradiciji, nacionalnim i regionalnim uvjetima. Može se primijetiti kako je koncept usluga od općeg gospodarskog interesa zajednička europska vrijednost potvrđen i Ugovorom iz Lisabona,³⁹ kao dijela zajedničkih vrijednosti Unije i njihova uloga u promicanju socijalne i teritorijalne kohezije. Razvoj koncepta usluga od općeg gospodarskog interesa kao zajedničke vrijednosti europskog društvenog modela nastavljen je inkorporacijom načela pristupa uslugama od općeg gospodarskog interesa i u Povelji o temeljnim pravima.⁴⁰ U hrvatskom zakonodavstvu pojam usluga od općeg interesa sadržajno odgovara pojmu javne službe.⁴¹

3. JAVNE SLUŽBE I JAVNI SLUŽBENICI - HRVATSKA ISKUSTVA

Od osamostaljenja Hrvatske do danas procesi reforme javnih službi odvijali su se kroz niz mjera usmjerenih razvoju službeničkog sustava i unaprjeđenju njegovih pojedinih elemenata, poput klasifikacije radnih mjesta u državnoj upravi te lokalnoj i regionalnoj samoupravi, uređenja statusnih odnosa službenika i namještenika, regulacije plaća državnih i lokalnih službenika te namještenika, uvođenja radne ocjene kao temelja za promicanje u plaći, napredovanje u službi, nagrađivanje za ostvarene rezultate rada i kao kriterija za raspored na odgovarajuće radno mjesto,

³⁶ Vidi, primjerice, Zakon o komunalnom gospodarstvu, članak 11: "Pristup, dostupnost i korištenje komunalnih usluga osigurava se svim korisnicima pod jednakim i ne diskriminatornim uvjetima (načelo univerzalnosti i jednakosti pristupa)."

³⁷ Jednako, vidi, primjer, Zakon o komunalnom gospodarstvu, Članak 12: "Isporuka komunalnih usluga obavlja se na način i pod uvjetima koji su prilagođeni potrebama lokalne zajednice (načelo prilagodljivosti)."

³⁸ Vidi, primjerice, Zakon o komunalnom gospodarstvu, članka 10: "Obavljanje komunalnih djelatnosti i isporuke komunalnih usluga osigurava se na razini koja je najbliža korisnicima (načelo supsidijarnosti)."

³⁹ Bačić, A., *Reforma Europske unije–Lisabonski ugovor*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 46, 4/2009., str. 847.-851

⁴⁰ Povelja Europske unije o temeljnim pravima, Službeni list Europske unije, C 202/390, 7. 6. 2016. (dalje u tekstu: Povelja). Tako, članak 36. Povelje, : „Radi promicanja socijalne i teritorijalne kohezije Unije EU priznaje i poštuje pristup službama od općeg gospodarskog interesa u skladu s nacionalnim zakonima i praksom te u skladu s Ugovorima.“

⁴¹ Sarvan, D., *Usluge od općeg gospodarskog interesa u europskom pravu*, Pravo i porezi, vol. 25, 7-8/2016, str. 8-12.

zatim djelomična depolitizacija i profesionalizacija sustava državne uprave te normativni i institucionalni okvir za jačanje etike i etičke⁴² infrastrukture državnih službenika.⁴³

Može se ipak primijetiti da treba definirati i urediti jasna pravila te objektivne i transparentne kriterije donošenja formalnih personalnih odluka glede zapošljavanja, promicanja i napredovanja službenika, a što proizlazi i iz Nacionalnog plana razvoja javne uprave za razdoblje od 2022. do 2027. godine.⁴⁴ Dodatno treba potvrditi da je posebno važno u okviru javne uprave i javnih službi pitanje upravljanja ljudskim potencijalima (dalje: ULJP). Kontinuirane promjene, uvodno istaknute, u javnim službama su imperativ razvoja što donosi izazove, posebno pred voditelje javnih službi, upravnih organizacija a sve to zahtjeva donošenje niza personalnih i tehničkih odluka usmjerenih prilagodbi djelovanja razvojnim ciljevima javnih službi. Osim uvođenja novih metoda i načina rada zbog informacijsko-komunikacijsko-tehnološkog napretka, kvaliteta javnih usluga i učinkovitost javne uprave mogu se maksimizirati strateškim planiranjem zapošljavanja, napredovanja i nagrađivanja službenika temeljenog na odgovarajućim kompetencijama.⁴⁵

Po nekim autorima, područje ULJP-a jedno je od najslabijih karika domaćeg sustava javne uprave a s obzirom na brojnost problema, rješenje koje je potrebno pažljivo osmisлити i postupno primijeniti je cjeloviti kompetencijski model ULJP-a.⁴⁶ Primjena kompetencijskog modela u skladu je sa smjernicama sadržanima u međunarodnim dokumentima, aktima Vijeća Europe te drugim europskim i nacionalnim dokumentima poput Strateškog plana za razdoblje 2022. do 2024. Uprave za ljudske potencijale i sigurnost Europske komisije. Sukladno izvješćima i preporukama koje su europske institucije izradile za Hrvatsku nadležno ministarstvo treba planirati i razviti kompetencijski model koji uključuje normativni, strukturni i funkcionalni okvir izgradnje strateškog ULJP-a s naglaskom na jačanje ljudskih

⁴² Marčetić, G., *Etički kodeksi i etika javnih službenika*, Croatian and Comparative Public Administration, god. 13, 2/2013.

⁴³ Marčetić, op.cit.; vidi i, Musa, A, *European Standards with Regard to Civil Servants' Law and the Croatian Law on State Civil Servants of 2005*, Croatian and Comparative Public Administration, god. 6, 4/2006., str. 91.

⁴⁴ Odluka o donošenju Nacionalnog plana razvoja javne uprave za razdoblje od 2022. do 2027. godine i Akcijskog plana provedbe Nacionalnog plana razvoja javne uprave za razdoblje od 2022. do 2024. godine, Narodne novine, br. 38/2022.

Prema, Dobrić, J. D.; Ružić, E., *Važnost uvođenja kompetencijskog modela upravljanja ljudskim potencijalima u hrvatsku javnu upravu*, u: Sudarić, Ž.; Gongeta, S.; Stojanović, S. (ur.), Zbornik radova "13. Međunarodna konferencija Razvoj javne uprave", Veleučilište Lavoslav Ružička u Vukovaru, Vukovar, 2023, str.102-113., dostupno na <https://urn.nsk.hr/urn:nbn:hr:118:674077>.

⁴⁵ Horbec, I., »Učiti administraciju«: školovanje javnih službenika u 18. stoljeću, Hrvatska i komparativna javna uprava, god. 9., 4./2009, str. 1011-1055

⁴⁶ Radi se o sustavu koji se koristi za razvoj i upravljanje znanjima, vještinama i sposobnostima potrebnim za učinkovito ispunjenje organizacijskih uloga.

Model obuhvaća niz kompetencija koje opisuju različite aspekte i zahtjeve poslova te kriterije za procjenu sposobnosti službenika, poboljšanje njihovih radnih učinaka te planiranje i razvoj karijernog sustava. Osim toga, model predstavlja okvir za prilagodbu strategije zapošljavanja, procjenu raznolikosti potreba, poboljšanje selekcijskih postupaka i investiranje u obuku i profesionalni razvoj zaposlenika. Prema, Jambrović, Dobrić, Dana i Ružić, Eva, loc.cit.

kapaciteta. To znači procjenu kompetencija, izradu osobnog plana usavršavanja i/ili osposobljavanja te plana razvoja karijere, reviziju programa izobrazbe te fiskalno održivi sustav plaća. Tradicionalno upravljanje ljudskim resursima, odnosno personalno upravljanje, usmjereno je isključivo na primjenu merit načela u postupcima zapošljavanja, ocjenjivanja, nagrađivanja i napredovanja službenika te na uniformirano provođenje postupaka i politika. Planiranje personalnih aktivnosti je kratkoročno i marginalno, a uloge zaposlenika formalno određene, profesionalne i specijalističke. S druge strane, kompetencijski model ULJP-a uključuje strateško i integralno planiranje ljudskih potencijala, uz individualizirane radne odnose i fleksibilne uloge zaposlenika. Takav, novi model treba predstavljati nadgradnju tradicionalnog modela budući da uz poslove personalnog upravljanja naglasak stavlja dodatno na timski rad, inicijativu zaposlenika⁴⁷ i podizanje opće organizacijske uspješnosti.⁴⁸

Odredbe dosadašnjeg službeničkog zakonodavstva ukazuju na primjenu tradicionalnog modela personalnog upravljanja koje je po naravni kratkoročno, uz standardizirane i centralizirane forme te specijalističke i odijeljene funkcije stručnjaka za personalne poslove.⁴⁹ Isticanje važnosti uvođenja strateškog ULJP-a temeljenog na kompetencijama kao rješenja za modernizaciju personalnih politika intenziviralo se na međunarodnoj razini posljednja dva desetljeća. No, u domaćoj znanstvenoj i stručnoj literaturi ističe se da pozornost kompetencijskom modelu nije posvećena u sustavu javne uprave i javnih službi, već jedino u kontekstu privatnih poduzeća. Koristi uvođenja kompetencijskog modela kao inačice strateškog ULJP-a u javne službe su očekivano velike jer predstavlja dugoročno planiranje cjelovitog povezivanja svakog pojedinog zaposlenika s funkcijom ULJP-a i svim procesima organizacije čime se nastoje ostvariti učinkovite dvosmjerne veze između razvoja, praćenja i procjene unutarnjih potencijala organizacije te unaprjeđenja konkurentnosti organizacije.⁵⁰ Primjena kompetencijskog modela ULJP-a u hrvatsku javnu upravu znači europske standarde profesionalne i nepristrane, učinkovite te dostupne i transparentne uprave. Pravo na dobru upravu podrazumijeva rad javnih službi na nepristran i pravičan način, uz poštovanje rokova, pravo pojedinca kao korisnika javne usluge na sudjelovanje u postupku, itd. SIGMA 6⁵¹ standardi i principi iz 2023. godine predviđaju kontinuirano unapređenje javne uprave sa profesionalnim i efikasnim javnim službenicima, nu i transparentnu javnu upravu.⁵²

⁴⁷ Kanoti, D., *Motivacija javnih službenika kao čimbenik djelotvornosti*, Hrvatska i komparativna javna uprava, god. 9., 2/2009, str. 317-322.

⁴⁸ Đulabić, *Normalizacija statusa javnih službenika – rješenje ili zamka*, Institut za javnu upravu, Zagreb, 2019., str. 370.

⁴⁹ Marčetić, G., *Upravljanje ljudskim potencijalima u javnoj upravi i novi Zakon o državnim službenicima*, Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave, god. 6, 2/2006. str. 83-118.

⁵⁰ Prema Dobrić, loc.cit.

⁵¹ SIGMA (Support for Improvement in Governance and Management) je zajednička inicijativa OECD-a i Evropske unije i sadrži između ostalog i principe i načela o radu javne uprave.

⁵² Lopičić, I., *Reforma lokalne i regionalne samouprave u Republici Hrvatskoj*, Hrvatska i komparativna javna uprava, vol. 13, 2/2013, str. 659-666.

Uloga profesionalnih službenika u upravi je posebno velika. Kvaliteta službeničkog sustava ovisi o vrhu upravne piramide koja je hijerarhijski postavljena.⁵³ Zakonom o sustavu državne uprave, u članku 2, propisana je svrha državne uprave kao zakonito, svrhovito, djelotvorno i učinkovito obavljanje poslova državne uprave za koja se ustrojavaju ministarstva i državne upravne organizacije.⁵⁴ Tendencija ka profesionalizaciji službenika naročito se ogleda kroz Zakon o državnim službenicima kojim se zagovara zapošljavanje službenika u državnoj upravi temeljem kriterija sposobnosti, tzv. primjenom merit sustava.⁵⁵ U navedeni propis implementirane su i određene komponente doktrine novog javnog menadžmenta te dobrog upravljanja kao odrednice nagrađivanja službenika temeljem ostvarenih rezultata s mogućnošću napredovanja na koji se nadovezuje primjena adekvatnog platnog sustava. Ono što bi trebalo karakterizirati sve upravne organizacije počevši od državne, preko lokalne, regionalne te razine javnih službi obavljanje je društvenog posla, profesionalizam službenika te trajna podjela ovlasti i dužnosti. Razvoj javne uprave na prostorima Republike Hrvatske možemo pratiti kroz elemente povijesne lente kojima se potvrđuje važnost javnih službi i u izgradnji i očuvanju nacionalnog i svakog drugog suvereniteta. Javni službenici trebaju pridonositi stvaranju pozitivne organizacijske klime o kojoj ovisi učinkovitost službeničkog sustava u cjelini. S obzirom na navedeno, analizom razvoja javnih službi kroz povijest te kroz komparativni pregled raznih modela upravljanja sustavom ljudskih potencijala moguće je naći rješenja za razvoj službeničkog sustava u budućnosti.⁵⁶

4. JAVNA SLUŽBENICI - FINACIJSKI ČIMBENICI RAZVOJA I RECENTNIH PROMJENA U HRVATSKIM JAVNIM SLUŽBAMA

Reforme javne uprave i reforme javne službe kao službe od općeg interesa vrlo su intenzivni procesi promjena društva. Čimbenici promjena javne službe koji uvjetuju i određuju povod i svrhu promjena su brojni, najčešće sistematizirani

⁵³ Povijesno razmatranje razvoja državne uprave u Republici Hrvatskoj – osvrt na ljudske potencijale, knjiga sažetaka. Ljudi na vrhu svojim osobnim primjerom, radišnošću, moralom, kredibilitetom, profesionalnim iskustvom pridonose radnom ambijentu o kojemu ovisi efektivnost upravne organizacije. Spuštajući se hijerarhijskom ljestvicom, službenici obavljaju svoje zadaće rutinirano, ponavljajući upravne zadaće. Zbog toga se upravni posao može naučiti jedino kroz praksu. Kvaliteta nadolazećih generacija ovisi najviše o kvaliteti postojećeg upravnog kadra u vrhu (Ivanišević i sur., 1986: 335-350). Selekcija upravnog vrha vrši se među visoko obrazovanim kadrovima, gdje se stavlja posebni naglasak na postignute uspjehe tijekom studija, a odlučujući faktor je diploma. Usporedno, u Francuskoj se primaju studenti renomiranih škola, Nacionalna upravna škola (Ivanišević i sur., 1986: 335-350) iako je škola zatvorena 31.12.2021. godine odlukom francuskog predsjednika. Ipak, je njen rad nastavljen kroz novu ustanovu, Institut national de service public od 1. 1. 2022.

⁵⁴ Zakon o sustavu državne uprave, Narodne novine, br. 66/19., 155/23, „Svrha sustava državne uprave je zakonito, svrhovito, djelotvorno i učinkovito obavljanje poslova državne uprave.“

⁵⁵ Giljević, T.; Lopižić, I., *Zapošljavanje u hrvatskoj javnoj službi: što (ni) smo naučili iz europskih iskustava*, Institut za javnu upravu, Zagreb, 2019.

⁵⁶ Mateljak, Ž.; Gjurković, S., *Primjena koncepta novoga javnog menadžmenta u funkciji povećanja efikasnosti javne uprave u Republici Hrvatskoj*, Zbornik Sveučilišta u Dubrovniku, br. 3/ 2016, str. 117-134.

u nekoliko skupna. Jedna od čestih sistematizacija izdvaja skupinu čimbenika financijske naravi, a koji determiniraju reforme usmjerene prema većoj učinkovitosti i ekonomičnosti javnih službi. Riječ je o promjenama koje dovode ili trebaju dovesti do smanjenja troškova obavljanja pojedine javne službe, a opravdanje zahtjeva često je u visini troškova koje država izdvaja za njezino obavljanje. Ipak, čimbenici financijske naravi jesu i oni koji se odnose na plaće u javnim službama, a često determiniraju kao svrhu ili cilj veću učinkovitost javne službe. Posebnu skupinu čine strukturalni ili sistemski čimbenici koji su nadnacionalni, europski ali i međunarodni. Promjene i zahtjevi na razini Europske unije posebno i izravno se odražavaju na nacionalne reforme javnih službi i prava javnih službenika uz njihovu kontinuiranu europeizaciju, globalizaciju te modernizaciju.

U kontekstu financijskih čimbenika zanimljivom se čini prikazati reforma sustava plaća hrvatskih javnih službenika, predviđena Nacionalnim planom oporavka i otpornosti 2021 - 2026.⁵⁷ Novi modeli plaća i rada u državnoj službi i javnim službama, planirani su kao dio aktivnosti unaprjeđenja sustava plaća u državnoj upravi i javnim službama. Cilj je navedenih aktivnosti označenih kao „investicije“ unaprijediti sustav plaća u državnoj službi i javnim službama, i to posebno u odnosu na uočene nedostatke dotadašnjeg sustava plaća kao što su, na primjer, nejednake plaće za ista radna mjesta, nepostojanje utjecaja ocjene učinkovitosti rada na plaću službenika i namještenika, nepostojanje sustava nagrađivanja za službenike i namještenike koji ostvare iznimne rezultate značajne za rad državnog tijela odnosno javne službe u kojoj rade, nepostojanje koordinacije i nadzora nad sustavom plaća sa središnje razine, pravna nesigurnost pri obračunu plaća zbog postojanja više stotina (560) dodataka na plaću koje prate i razna tumačenja vezana uz njihov obračun, preveliki broj propisa kojima se uređuje sustav plaća te drugi nedostaci. Nacionalnim planom oporavka i otpornosti 2021. - 2026. predviđeno je donošenje dva zakona o plaćama: jednog za državnu službu, drugog za javne službe - sustav obrazovanja, zdravstva, kulture, socijalne skrbi i drugi. No, koordinativno tijelo Vlade Republike Hrvatske za unaprjeđenje sustava plaća u državnoj službi i javnim službama⁵⁸ je 2022. godine donijelo odluku o izradi jedinstvenog zakona o plaćama kojim bi se definirale plaće u državnoj službi i javnim službama. Takvo uređenje ima za cilj na jedinstven način urediti sustav plaća u državnoj službi i javnim službama, koji se temelji na načelu jednakosti plaća - jednaka plaća za jednak rad odnosno rad jednake vrijednosti. Novim zakonskim okvirom, na snazi od 2024. godine predviđeno je nove modele plaća primjenjivati na zaposlene u državnoj službi i javnim službama za koje se sredstva za plaće osiguravaju u državnom proračunu. Cilj takvog jedinstvenog uređenja je osigurati jednakost plaća na istim radnim mjestima, na način da plaća ne ovisi o državnom tijelu ili javnoj službi u kojemu radi službenik i namještenik već da je determinirana isključivo radnim mjestom i poslovima koji se na njemu obavljaju. Dakle, umjesto institucionalnoga daje se prednost funkcionalnom načelu. Takav pristup traži vrednovanje radnih mjesta pomoću unaprijed definiranih

⁵⁷ Odluka o sustavu upravljanja i praćenju provedbe aktivnosti u okviru Nacionalnog plana oporavka i otpornosti 2021. - 2026., Narodne novine br. 78/2021.

⁵⁸ Vidi, Odluka o osnivanju, Narodne novine br. 31/22. i 85/22.

standardnih mjerila i kriterija kao što su kompetencije, složenost, odgovornost i utjecaj na donošenje odluka, suradnja i komunikacija, upravljanje i posebni uvjeti rada, a na temelju čega mogu biti utvrđeni koeficijenti za obračun plaća za radna mjesta. Drugim riječima, u jedinstvenom uređenju ovog segmenta rada javnih službenika, radna mjesta koja su vrednovana na isti način razvrstat će se u isti platni razred i za svaki platni razred će biti utvrđen raspon koeficijenata. Jedinstvena platna ljestvica koju čini 16 platnih razreda, sa koeficijentima za obračun plaće u rasponu od 1,00 do 8,00 treba omogućiti službenicima i namještenicima promicanje u plaći na istom radnom mjestu, pri čemu visina plaće ovisi o učinkovitosti rada. Dakle, stjecanje prava na dodatke na plaću je u ovisnosti od ocjene učinkovitosti rada u prethodnom razdoblju rada javnog službenika. Mogućnost nagrađivanja službenika i namještenika koji tijekom godine postignu iznimne rezultate značajne za rad državnog tijela ili javne službe u kojoj rade dio je motivacijskog kriterija i elementa koji utječe na rad javnih službenika. Izrijeком se isključuju iz jedinstvenog uređenja plaća javnih službi pojedine državne i javne službe (neće se primjenjivati na djelatne vojne osobe, službenike i namještenike u Uredu predsjednika Republike Hrvatske, Ustavnom sudu Republike Hrvatske, zaposlenike u državnim tijelima osnovanim zakonom kojim se uređuje sigurnosno-obavještajni sustav Republike Hrvatske te na zaposlenike u Državnom uredu za reviziju, Agenciji za elektroničke medije, Hrvatskoj energetske regulatornoj agenciji, Hrvatskoj regulatornoj agenciji za mrežne djelatnosti, Hrvatskoj agenciji za civilno zrakoplovstvo, te umjetnike i zaposlenike tehnike u Hrvatskom narodnom kazalištu i Ansamblu narodnih plesova i pjesama Hrvatske - Lado, osim odredaba koje se odnose na osnovicu za obračun plaće; ne primjenjuje se na zaposlenike u diplomatsko-konzularnim predstavništvima Republike Hrvatske u inozemstvu i druge zaposlenike izaslane u inozemstvo, kao niti na zaposlenike iz drugih država koji zasnivaju radni odnos na određeno vrijeme u sustavu znanosti i visokog obrazovanja Republike Hrvatske na radnim mjestima financiranim iz financijskih instrumenata Europske unije i međunarodnih instrumenata.) Složenost pravnog okvira reforme sustava plaća u državnoj službi i javnim službama posebno se uočava s obzirom na odabrani jedinstveni normativni okvir.

Javne službe u smislu ranije važećeg Zakona o plaćama javnih službenika jesu: javne ustanove i druge pravne osobe kojima se sredstva za plaće osiguravaju u državnom proračunu, Hrvatski zavod za mirovinsko osiguranje, Hrvatski zavod za zapošljavanje, Hrvatski zavod za zdravstveno osiguranje i javne ustanove kojima se sredstva za plaće osiguravaju iz sredstava Hrvatskog zavoda za zdravstveno osiguranje.⁵⁹ Novim, Zakonom⁶⁰ koji je na snazi od početka 2024. godine pojam javne službe uređuje se načelom enumeracije pa su javne službe“(...) a) pravne osobe koje su kao proračunski korisnici državnog proračuna navedeni u Registru proračunskih i izvanproračunskih korisnika b) Hrvatski zavod za mirovinsko osiguranje, Hrvatski zavod za zdravstveno osiguranje i Hrvatski zavod za zapošljavanje c)

⁵⁹ Zakon o plaćama u javnim službama, Narodne novine, br. 27/01., 39/09.

⁶⁰ Zakon o plaćama u državnoj službi i javnim službama, Narodne novine, br. 155/23.

osnovnoškolske i srednjoškolske ustanove čiji je osnivač Republika Hrvatska ili jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave kojima se sredstva za plaće osiguravaju u državnom proračunu sukladno posebnom propisu kojim se uređuje odgoj i obrazovanje d) ostale pravne osobe iz sustava znanosti i obrazovanja kojima se sredstva za plaće osiguravaju u državnom proračunu i e) javne ustanove kojima Hrvatski zavod za zdravstveno osiguranje osigurava sredstva za plaće u okviru sredstava za troškove pružanja zdravstvene zaštite osiguranim osobama“. Dodatno, su točki 3 pojašnjeni pojmovi službenici i namještenici kao državni službenici i namještenici te zaposlenici u javnim službama.

Razlozi za načelo jedinstva u uređenju javnih službi i to u dijelu plaća, bili su poglavito u složenom i netransparentnom okviru koji je prethodio reformi. Do stupanja na snagu novoga Zakona, plaće zaposlenih u državnoj službi i javnim službama u Republici Hrvatskoj nisu bile regulirane jedinstvenim zakonom. Naime, radi se o velikom broju zaposlenih u ukupno 2009 institucija odnosno o ukupno 237.405 službenika i namještenika, od kojih 182.514 u javnim službama i 54.891 u državnoj službi. Taj je, službenički sustav uređen Zakonom o državnim službenicima⁶¹ kojim su uređeni prijam u državnu službu, klasifikacija radnih mjesta, stručno osposobljavanje i usavršavanje državnih službenika i namještenika, napredovanje u službi i druga pitanja od značaja za ostvarivanje prava i obveza državnih službenika. Isti, Zakon o državnim službenicima nije uređivao plaće državnih službenika, nego samo u poglavlju o temeljnim pravima na način da državni službenici i namještenici za svoj rad imaju pravo na plaću i to pravo na jednaku plaću za jednak rad, odnosno rad jednake vrijednosti, upućujući na to da se plaće i druga materijalna prava državnih službenika uređuju posebnim zakonom. Plaće službenika i namještenika u javnim službama bile su uređene Zakonom o plaćama u javnim službama⁶² i Uredbom o nazivima radnih mjesta i koeficijentima složenosti poslova u javnim službama.⁶³ Unatoč tome što su nazivi radnih mjesta i koeficijenti složenosti poslova definirani jedinstvenom Uredbom, u praksi je došlo do pojave različitih plaća za ista radna mjesta, najčešće kao rezultat brojnih i raznih dodataka na plaću ugovorenih granskim kolektivnim ugovorima za pojedine javne službe i ovisno koji je sindikat uspio ugovoriti kakve uvjete za službenike i namještenike iz javne službe u kojoj djeluje. Dodatno, pojedini su dodaci na plaću definirani i zakonima kao što je, na primjer, Zakonom o odgoju i obrazovanju u osnovnoj i srednjoj školi⁶⁴ definiran dodatak od 30 % zaposlenima u osnovnim i srednjim

⁶¹ Zakon o državnim službenicima, Narodne novine, br. 92/05., 140/05., 142/06., 77/07., 107/07., 27/08., 150/11., 34/12., 49/12., 37/13., 38/13., 01/15., 138/15. i 61/17., 70/19., 98/19. i 141/22.).

⁶² Zakon o plaćama u javnim službama, Narodne novine, br. 27/01. i 39/09, na snazi do 29.2. 2024.

⁶³ Uredba o nazivima radnih mjesta i koeficijentima složenosti poslova u javnim službama, Narodne novine, br. 25/13., 72/13., 151/13., 9/14., 40/14., 51/14., 77/14., 83/14. - ispravak, 87/14., 120/14., 147/14., 151/14., 11/15., 32/15., 38/15., 60/15., 83/15., 112/15., 122/15., 10/17., 39/17., 40/17.-ispravak, 74/17., 122/17., 9/18., 57/18., 59/19., 79/19., 119/19., 50/20., 128/20., 141/20., 17/21., 26/21., 78/21., 138/21., 9/22., 31/22., 72/22., 82/22., 99/22., 26/23. i 46/23.

⁶⁴ Zakon o odgoju i obrazovanju u osnovnoj i srednjoj školi, Narodne novine, br. 87/08., 86/09., 92/10., 105/10., 90/11., 5/12., 16/12., 86/12., 126/12. - službeni pročišćeni tekst, 94/13., 152/14., 7/17., 68/18., 98/19., 64/20., 133/20., 151/22., 155/23., 156/23.

školama koji rade na EU projektima. Pored kolektivnih ugovora i zakona, dodaci na plaću su ugovarani i raznim sporazumima sklopljenim između Vlade Republike Hrvatske i sindikata na neodređeno vrijeme. Primjer takvog Sporazuma je Sporazum o dodacima u obrazovanju i znanosti iz 2006. godine temeljem kojega zaposleni koji rade u osnovnim i srednjim školama te na fakultetima imaju pravo na dodatak na plaću od 13,725 %. Brojnost propisa kojima su uređene plaće u javnim službama je značajna i dovodi do pravne nesigurnosti u njihovoj primjeni i tumačenju, posebno s obzirom na činjenicu da postoji više granskih kolektivnih ugovora te da je za svaki granski kolektivni ugovor osnovano povjerenstvo odnosno komisija za njegovo tumačenje. Budući da granski kolektivni ugovori sadrže pojedina materijalna prava koja su ugovorena Temeljnim kolektivnim ugovorom za službenike i namještenike u javnim službama, isto pravo drukčije se primjenjuje u različitim javnim službama i to isključivo kao rezultat različitog tumačenja nadležnih povjerenstava odnosno komisija.

Sve navedeno poslužilo je kao povod i razlog sustavnoj promjeni u pristupu i uređenju javnih službi i to u segmentu plaća u javnim službama. Navedene promjene dio su reformskih zahvata neophodnih za modernizaciju cjelokupnoga javnog sektora i njegova dijela u javnim službama.⁶⁵

U donošenju odluka i uređenju plaća javnih službenika, kao i drugih vrsta naknada i nagrada koje treba osigurati javnim službenicima, vlade su uvijek suočene s potrebom da privuku visokokvalitetne i stručne kadrove, a istovremeno održe određenu racionalnost i štedljivost, kako iz političkih tako i fiskalnih razloga. Pitanje financijskog nagrađivanja za rad u javnim službama, uz pitanja plaća, znatno se razlikuju od zemlje do zemlje. Neke od ovih razlika proizlaze iz razlika gospodarskih i ekonomskih čimbenika, ali važan je i niz drugih čimbenika političke naravi, ali i povijesni, tradicijski, i brojni drugi čimbenici. Javni službenici primaju svoju plaću i beneficije dok su zaposleni, ali u mnogim slučajevima dobar dio svog životnog prihoda dobivaju nakon što napuste službu i zaposle se u privatnom ili kvazi-javnom sektoru. Nadalje, u nekim političkim sustavima mirovine javnog sektora su velikodušne i predstavljaju značajan dio proračunskih rashoda. Pitanje plaća i nagrada za javne službenike je iznimno zahtjevno i složeno, empirijski, teorijski i normativno.⁶⁶ Brojna, često suprotstavljena načela mogu se koristiti za usmjeravanje donositelja odluka pri odabiru koncepta uređenja plaća javnih službenika, ali politika je često dominantan čimbenik.⁶⁷ Ipak, odabrani koncept uređenja plaća javnih službenika važan je indikator poimanja o važnosti javnih službenika.⁶⁸

⁶⁵ Raadschelders, J., *Changing European ideas about the public servant: A theoretical and methodological framework*, u: *The European public servant: A shared administrative identity*, 2015, str. 15-34.

⁶⁶ Nalyvaiko, L.; Chanysheva, G.; Kozin, S., *Remuneration Of Public Servants In The Federal Republic Of Germany*, *Baltic Journal of Economic Studies*, god. 4, 5/ 2018, str. 228-232.

⁶⁷ Peters Guy, B., *Rewards for Being a Senior Public Servant: Principles and Issues*, Oxford Research Encyclopedia of Politics, 2021.

⁶⁸ Vidi, detaljna analiza predmetnog područja za razdoblje od 2003 do 2017. u: Matković, op.cit.

5. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Važnost javnih službenika proizlazi iz važnosti javne službe kao djelatnosti kojima se zadovoljavaju javne potrebe, a putem kojih se realiziraju temeljne vrijednosti na kojima počiva svako suvremeno društvo. Doktrinarno, javna služba ima u definiciji pojma formalni i materijalni element, gdje je u formalnom dijelu bitno da službu obavlja javnopravna osoba, dok materijalni dio definicije naglašava narav službe i njezin supstancijalni sadržaj. U pravilu, o značaju javne službe i javnih službenika zaključuje se temeljem posebnosti poslova i zadaća, uvjeta zasnivanja radnog odnosa, plaća i drugih prava službenika te nadzora javnih službi. Doktrina novog javnog menadžmenta promijenila je tradicionalno shvaćanje uloge koju javni službenici imaju prema građanima. Pojam javnih službenika kao i pojam javne službe nema općeprihvaćene definicije pa je teorijski i normativno gledano velik značaj načela na kojima počiva javna služba.

Od osamostaljenja Hrvatske do danas procesi reforme javnih službi odvijali su se kroz niz mjera usmjerenih razvoju službeničkog sustava i unaprjeđenju njegovih pojedinih elemenata, poput klasifikacije radnih mjesta, uređenja statusnih odnosa službenika i namještenika, regulacije plaća uz depolitizaciju i profesionalizaciju sustava državne uprave te normativni i institucionalni okvir za jačanje etike i etičke infrastrukture javnih službenika. Reforme javne uprave i reforme javne službe kao službe od općeg interesa vrlo su intenzivni procesi promjena društva. Čimbenici promjena sustav javnih službenika su brojni, najčešće sistematizirani u nekoliko skupna, a jedna od čestih sistematizacija izdvaja skupinu čimbenika financijske naravi. Takvi čimbenici determiniraju reforme usmjerene prema većoj učinkovitosti i ekonomičnosti javnih službi. Pitanje plaća i nagrada za javne službenike je iznimno zahtjevno i složeno, empirijski, teorijski i normativno. Brojna, često suprotstavljena načela mogu se koristiti za usmjeravanje donositelja odluka pri odabiru koncepta uređenja plaća javnih službenika, a politika je često dominantan čimbenik.

U razmatranju važnosti javnih službenika naglasak je na personalnom elementu, no njegova određenost proizlazi iz organizacijskog, dominantnog elementa odnosno javne službe. Personalni aspekt posebno obuhvaća važnost obrazovanja javnih službenika te analizu adekvatnosti obrazovnog puta za školovanje javnih službenika kao i pitanjima rada Državne škole za javnu upravu što nadilazi opseg i svrhu ovoga rada pa se navedena pitanja otvaraju kao neophodna za buduća istraživanja, prijedloge i promjene. Jednako, prikazani financijski aspekti položaja javnih službenika trebaju se ubuduće kritički analizirati kroz analizu novog zakonodavnog uređenja. I ovdje, zadatost opsega ovoga rada ostavlja mjesta budućim analizama a posebno s obzirom na protok vremena biti će moguće obuhvatiti u analizama učinak novih uredbi na položaj javnih službenika.

LITERATURA

Knjige i članci

1. Barbić, J., *Službe od općeg interesa u pravu i politici Europske unije i njihov utjecaj na Republiku Hrvatsku*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2021., str. 21-38
2. Borković, I., O pojmu službenika, Hrvatska Javna Uprava, god. 1, 2/1999., str. 189-213,
3. Dobrić, J. D.; Ružić, E., *Važnost uvođenja kompetencijskog modela upravljanja ljudskim potencijalima u hrvatsku javnu upravu*, u: Sudarić, Ž.; Gongeta, S.; Stojanović, S. (ur.), Zbornik radova "13. Međunarodna konferencija Razvoj javne uprave", Veleučilište Lavoslav Ružička u Vukovaru, Vukovar, 2023, str. 102-113., <https://urn.nsk.hr/urn:nbn:hr:118:674077>,
4. Đulabić V., *Socijalne službe u konceptu službi od općeg interesa*, Rev. soc. polit., god. 14, 2/2007, str 137-162,
5. Giljević, T.; Lopižić, I., *Zapošljavanje u hrvatskoj javnoj službi: što (ni) smo naučili iz europskih iskustava*, Institut za javnu upravu, Zagreb, 2019.,
6. Horbec, I., »Učiti administraciju«: školovanje javnih službenika u 18. stoljeću, Hrvatska i komparativna javna uprava, god. 9., 4./2009, str. 1011-1055,
7. Kanoti, D., *Motivacija javnih službenika kao čimbenik djelotvornosti*, Hrvatska i komparativna javna uprava, god. 9., 2/2009, str. 317-322,
8. Klarić, M.; Nikolić, M., *Ustrojstvo javnih službi u europskom pravnom poretku*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 48, 1/2011, 1., str. 89-102.
9. Lonza, N., *Obliti privatorum publica curate: preci i srodnici jedne političke maksime*, Anali Zavoda za povijesne znanosti Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti u Dubrovniku , br. 44/2006, str. 25-46,
10. Marčetić, G., *Etički kodeksi i etika javnih službenika*, Croatian and Comparative Public Administration, god. 13, 2/2013,
11. Marčetić, G., *Upravljanje ljudskim potencijalima u javnoj upravi i novi Zakon o državnim službenicima*, Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave, god. 6, 2/2006. str. 83-118,
12. Mateljak, Ž.; Gjurković, S., *Primjena koncepta novoga javnog menadžmenta u funkciji povećanja efikasnosti javne uprave u Republici Hrvatskoj*, Zbornik Sveučilišta u Dubrovniku, br. 3/ 2016, str. 117-134,
13. Musa, A, *European Standards with Regard to Civil Servants' Law and the Croatian Law on State Civil Servants of 2005*, Croatian and Comparative Public Administration, god. 6, 4/2006., 91-300,
14. Nalyvaiko, L.; Chanysheva, G.; Kozin, S, *Remuneration Of Public Servants In The Federal Republic Of Germany*, Baltic Journal of Economic Studies, god. 4, 5/ 2018, str. 228-232,
15. Peters Guy, B., *Rewards for Being a Senior Public Servant: Principles and Issues*, Oxford Research Encyclopedia of Politics, 2021.

16. Servan, D., *Usluge od općeg gospodarskog interesa u Europskom pravu*, Fondacija Centar za javno pravo, 2017.,
17. Sokol, T.; Staničić, F., *Usluge od općeg gospodarskog interesa u pravu Europske unije i hrvatski regulatorni okvir u odabranim upravnim područjima*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. 69, 5-6/2019, 803-833,

Mrežni izvori

1. Rajko, Alen, *Razlike u značenjima pojmova pravna osoba s javnim ovlastima i pravna osoba koja obavlja javnu službu*, <https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/CLN20V01D2020B1347>,

Pravni akti

1. Odluka o donošenju Nacionalnog plana razvoja javne uprave za razdoblje od 2022. do 2027. godine i Akcijskog plana provedbe Nacionalnog plana razvoja javne uprave za razdoblje od 2022. do 2024. godine, Narodne novine, br. 38/2022,
2. Odluka o sustavu upravljanja i praćenju provedbe aktivnosti u okviru Nacionalnog plana oporavka i otpornosti 2021. – 2026., Narodne novine, br. 78/2021,
3. Povelja Europske unije o temeljnim pravima, Službeni list Europske unije, C 202/390, 7. 6. 2016.,
4. Uredba o nazivima radnih mjesta i koeficijentima složenosti poslova u javnim službama, Narodne novine, br. 25/13., 72/13., 151/13., 9/14., 40/14., 51/14., 77/14., 83/14. - ispravak, 87/14., 120/14., 147/14., 151/14., 11/15., 32/15., 38/15., 60/15., 83/15., 112/15., 122/15., 10/17., 39/17., 40/17.-ispravak, 74/17., 122/17., 9/18., 57/18., 59/19., 79/19., 119/19., 50/20., 128/20., 141/20., 17/21., 26/21., 78/21., 138/21., 9/22., 31/22., 72/22., 82/22., 99/22., 26/23. i 46/23,
5. Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/90., 135/97., 8/98. - službeni pročišćeni tekst, 113/00., 124/00. - službeni pročišćeni tekst, 28/01., 41/01. - službeni pročišćeni tekst, 76/10., 85/10. - službeni pročišćeni tekst, 5/14,
6. Zakon o državnim službenicima, Narodne novine, br. 155/23,
7. Zakon o državnim službenicima, Narodne novine, br. 92/05., 140/05., 142/06., 77/07., 107/07., 27/08., 34/11., 49/11., 150/11., 34/12., 49/12. - službeni pročišćeni tekst, 38/13., 37/13., 1/15., 138/15., 102/15., 61/17., 70/19., 98/19., 141/22., 155/23,
8. Zakon o komunalnom gospodarstvu, Narodne novine, br. 68/18., 110/18., 32/20,
9. Zakon o ljekarništvu, Narodne novine, br. 121/03., 142/06., 35/08., 117/08,
10. Zakon o odgoju i obrazovanju u osnovnoj i srednjoj školi, Narodne novine, br. 87/08., 86/09., 92/10., 105/10., 90/11., 5/12., 16/12., 86/12., 126/12. - službeni pročišćeni tekst, 94/13., 152/14., 7/17., 68/18., 98/19., 64/20., 133/20., 151/22., 155/23., 156/23.
11. Zakon o plaćama u državnoj službi i javnim službama, Narodne novine, br. 155/23,
12. Zakon o plaćama u javnim službama, Narodne novine, br. 27/01, 39/09,
13. Zakon o predškolskom odgoju i obrazovanju, Narodne novine, br. 10/97., 107/07., 94/13., 98/19., 57/22., 101/23., 145/23,
14. Zakon o radu, Narodne novine br. 93/14., 127/17., 98/19., 151/22., 64/23,

15. Zakon o službenicima i namještenicima u lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, Narodne novine 86/08, 61/11, 04/18, 112/19,
16. Zakon o sustavu državne uprave, Narodne novine, br. 66/19., 155/23,
17. Zakon o visokom obrazovanju i znanstvenoj djelatnosti, Narodne novine, br. 119/22,
18. Zakon o vodama, Narodne novine, br. 66/19., 84/21., 47/23,
19. Zakon o zdravstvenoj zaštiti, Narodne novine, br. 100/18., 125/19., 133/20., 147/20., 136/21., 119/22., 156/22., 33/23., 145/23.

THE IMPORTANCE OF PUBLIC SERVANTS

“Obliti privatorum publica curate” - Forget about private affairs, deal with state affairs, the inscription is from the Duke's Palace in Dubrovnik, and indirectly speaks of the significance and importance of public services and public servants. They are known as public services of health, education, science, social welfare and culture. However, such an enumeration does not cover all public services, nor all public servants. Their theoretical and normative definition is not simple, nor does it have generally accepted definitions of the term. Their purpose is to provide citizens with public services, which are one of the fundamental functions of the state. Similarly, the absence of a generally accepted definition of the concept of public servants is also, in the normative and theoretical approach, a reason and cause for different arrangements for the positions, rights and obligations of officials. The paper presents the common principles of performing services of general interest and the development of public services and the concept of services of general economic interest in EU law with regard to their influence on the position of public servants. In particular, the factors of the development of public services are presented. Selected, financial factor of public services and servants development is the example of recent changes in the position of public servants in Croatia.

Keywords: *public service, public servant, development factors*

Marko Bošnjak, Juge à la Cour Européenne des Droits de l'Homme,
vice-président (Slovénie)

L'INDEPENDANCE DE LA JUSTICE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

DESIGNATION ET REVOCATION DES JUGES

UDK: 341.231.14(4)

341.645(4)

347.962(4)

Izlaganje sa znanstvenog skupa

Primljeno: 4. 12. 2023.

1. INTRODUCTION

J'ai le plaisir de dire aujourd'hui quelques mots sur l'indépendance de la justice dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Le droit fondamental à « un procès équitable » par « un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi » est inscrit à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Comme l'a récemment rappelé la Grande Chambre de la Cour dans l'arrêt *Grzęda c. Pologne* du 15 mars 2022, l'indépendance des juges est une condition indispensable à la prééminence du droit (§ 298).

Pourtant, ces dernières années nous observons de nombreuses tentatives inquiétantes par les pouvoirs exécutif et législatif d'user de leur influence afin d'intervenir dans la prise de décision des juges, et ainsi d'affaiblir l'indépendance judiciaire. Il est donc impératif de la défendre, et de lutter contre son érosion à l'heure où l'État de droit connaît une crise majeure dans certains États européens.

La notion d'indépendance implique l'existence de garanties contre toute influence indue sur le juge, depuis sa nomination jusqu'à la fin de son mandat. En cela, l'article 6 implique l'existence de garanties procédurales permettant une séparation effective entre le pouvoir judiciaire et d'autres organes de l'État, ainsi que toute autre partie susceptible d'influencer la prise de décision. La Cour a pu développer, à travers sa jurisprudence, un certain nombre de critères de nature statutaire permettant d'évaluer l'indépendance d'un tribunal au regard de l'article 6 § 1 de la Convention.

Je me pencherai aujourd'hui sur trois éléments importants dans l'examen de l'indépendance de la justice, développés par la Cour dans sa jurisprudence. Il s'agit du mode de désignation du juge, de son inamovibilité, ainsi que des conditions de sanctions disciplinaires et de révocation de celui-ci. En effet, ces éléments ont des implications fondamentales sur la légitimité de l'organe judiciaire dans une société démocratique gouvernée par l'État de droit. Je les examinerai respectivement, à la lumière de la jurisprudence de notre Cour.

2. MODE DE DESIGNATION DES MEMBRES DE L'ORGANE

Le mode de nomination des juges constitue un élément inhérent à la notion de « tribunal établi par la loi », comme l'a énoncé la Cour dans l'arrêt de Grande Chambre *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande* du 1er décembre 2020 (no. 26374/18). Dans cette affaire, le requérant soutenait que la nouvelle Cour d'appel islandaise, qui avait confirmé sa condamnation en raison d'infractions au code de la route, n'était pas un tribunal « établi par la loi », en raison d'irrégularités dans la nomination de l'une des juges ayant siégé dans son procès. La Cour y a estimé en particulier que, compte tenu des répercussions qu'un constat de violation de l'article 6 § 1 pouvait avoir, et des importants intérêts opposés qui étaient en jeu, le droit à un tribunal établi par la loi ne devrait pas faire l'objet d'une interprétation trop extensive, en vertu de laquelle, n'importe quelle irrégularité dans une procédure de nomination d'un juge risquerait d'enfreindre ce droit. De ce fait, la Cour a énoncé une démarche, en **trois étapes cumulatives**, pour rechercher si des irrégularités dans une procédure de nomination d'un juge étaient d'une gravité telle qu'elles emportaient violation du droit à un tribunal établi par la loi. La première étape consiste à rechercher s'il y a eu une violation manifeste du droit interne. Ensuite, la Cour recherchera si les violations du droit interne touchent une règle fondamentale de procédure de nomination des juges. En troisième lieu, la Cour recherchera si les violations alléguées du droit interne à un 'tribunal établi par la loi' ont fait l'objet d'un contrôle et d'un redressement effectifs par les juridictions internes. La Cour, compte tenu de la démarche en trois étapes qu'elle a retenue, a conclu à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention en l'espèce, jugeant que le droit du requérant à un tribunal établi par la loi avait été violé à raison de la participation à son procès d'un juge dont la procédure de nomination avait été viciée par de graves irrégularités qui avaient porté atteinte à la substance même du droit en question.

Les enseignements de cet arrêt ont par la suite eu des conséquences dans d'autres affaires portées devant la Cour. Saisie d'une série d'affaires à l'encontre de la Pologne, dans le cadre de la réorganisation du système judiciaire, la Cour a été amenée à se prononcer, dans l'arrêt *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Pologne* (no. 4907/18) du 7 Mai 2021, sur la régularité de la composition de la Cour constitutionnelle polonaise. Dans cette affaire, la société requérante se plaignait de la procédure relative à sa demande de réparation d'un dommage matériel et formulait un grief au sujet de la désignation d'un juge spécifique auprès de la Cour

constitutionnelle qui avait examiné son affaire. La société requérante se plaignait en particulier du refus des juridictions internes de saisir la Cour constitutionnelle de questions juridiques qu'elle entendait soulever. Elle soutenait également que la composition du comité de cinq juges de la Cour constitutionnelle qui avait examiné son affaire était contraire à la Constitution. L'un des juges, notamment, avait été élu par la chambre basse du Parlement alors que le poste avait déjà été attribué à un autre juge qui avait été élu par la Diète précédente. La Cour a conclu à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention quant au droit à un procès équitable et à la violation de l'article 6 § 1 quant au droit à un tribunal établi par la loi. Elle a estimé en particulier que – malgré le fait que la société requérante avait soulevé la question à plusieurs reprises – les juridictions internes n'avaient pas répondu à ses arguments selon lesquels la loi appliquée dans son cas était incompatible avec la Constitution et, par conséquent, avaient manqué à l'obligation de motivation qui leur incombait en vertu de la Convention. La Cour a jugé, en outre, que du fait des actions des autorités, qui avaient nommé l'un des juges qui avait siégé dans le comité de la Cour constitutionnelle qui avait examiné l'affaire de la société requérante et qui avaient ignoré les arrêts rendus par la Cour constitutionnelle à cet égard, on ne saurait dire que le comité qui avait jugé l'affaire avait constitué un tribunal établi par la loi.

Par ailleurs, dans l'arrêt *Reczkowicz c. Pologne* (no. 43447/19) du 22 Juillet 2021, la Cour s'est prononcée sur la légalité de la nomination des juges de la chambre disciplinaire de la Cour suprême. La requérante en l'affaire était une avocate qui avait été suspendue pendant trois ans à la suite de plusieurs incidents au cours desquels elle représentait un client, soutenait que la chambre disciplinaire de la Cour suprême polonaise, qui avait statué sur une affaire la concernant, n'était pas un « tribunal établi par la loi » et avait manqué d'impartialité et d'indépendance. La Cour a conclu, sur la base desdits enseignements de l'arrêt *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande*, à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention, jugeant que la chambre disciplinaire de la Cour suprême, qui avait examiné l'affaire concernant la requérante, n'était pas un « tribunal établi par la loi ». Elle a observé, en particulier, que la procédure de nomination des juges de la chambre disciplinaire s'était laissée indûment guider par les pouvoirs législatif et exécutif. Ceci s'analysait en une irrégularité fondamentale qui avait nui à l'ensemble du processus et compromis la légitimité de la chambre disciplinaire.

La Cour a fait preuve d'un raisonnement similaire dans l'arrêt récent *Besnik Cani c. Albanie* (no. 37474/20) du 4 octobre 2022. Le requérant dans l'affaire était un ancien procureur qui fut révoqué par la chambre d'appel spéciale après qu'une procédure d'évaluation dirigée contre lui eut conclu que ses déclarations relatives à son patrimoine et à celui de ses relations étaient inexactes. Il alléguait en particulier que l'un des juges siégeant au sein de la chambre d'appel spéciale chargée de son affaire aurait dû être récusé car il avait auparavant été révoqué de ses fonctions de juge de tribunal de district. Il soutenait par conséquent que la chambre d'appel spéciale n'était pas un « tribunal établi par la loi » au sens de la Convention. La Cour a conclu en l'espèce à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention, jugeant que l'allégation du requérant selon laquelle une violation manifeste d'une règle

fondamentale du droit interne avait entaché la nomination du juge en question à un poste de juge à la chambre d'appel spéciale était défendable, et que les juridictions internes n'avaient pas examiné comme elles l'auraient dû les questions pertinentes liées à la Convention qu'avait soulevées le requérant. Par ailleurs, au titre de l'article 46 (concernant la force obligatoire et l'exécution des arrêts) de la Convention, la Cour a estimé que, sous réserve que le droit interne l'autorisait, la réparation la plus appropriée pour l'atteinte portée au droit du requérant consisterait, pour autant que l'intéressé en formule la demande, en une réouverture de la procédure assortie d'une évaluation menée dans le respect de l'ensemble des exigences de l'article 6 § 1 de la Convention.

Pour autant, il convient de rappeler qu'en ce qui concerne l'entité chargée de nommer les membres de l'organe judiciaire, la Cour a précisé, dans l'affaire *Filippini c. Saint Marin* du 26 Août 2003 (no. 10526/02), que le simple fait qu'un juge soit nommé par le pouvoir législatif ou exécutif n'est pas en lui-même susceptible d'entacher l'indépendance de celui-ci.

Ainsi dans l'arrêt *Thiam c. France* du 18 Octobre 2018 (no. 80018/12, §§ 80-82), la Cour a jugé que le fait pour le Président de la République de signer le décret de nomination des juges ne représentait qu'une consécration formelle de l'aboutissement du processus de désignation de ces derniers par le Conseil Supérieur de la Magistrature (CSM), et ainsi qu'il n'impliquait pas, ipso facto, une atteinte à l'indépendance des juges ainsi nommés. Dans ce même arrêt, la Cour a d'ailleurs précisé que, si des sympathies politiques influençaient parfois le processus de désignation des juges, l'existence de ces sympathies ne pouvaient en elle-même remettre en cause l'indépendance des juges nommés. Dans la même manière, la Cour avait souligné dans l'affaire *Campbell et Fell et c. Royaume Uni* du 28 juin 1984 (nos. 7819/77 et 7878/77) que les juges étaient désignés par le Ministre de la justice dans de nombreux systèmes nationaux.

Ce qui importe afin de déterminer si la nomination des juges est conforme à l'article 6 § 1 de la Convention est que, une fois le juge nommé, des règles soient établies qui garantissent l'absence de toute pression et influence de la part de ceux qui l'ont nommé lors de l'exercice des fonctions juridictionnelles.

La Cour a développé un certain nombre de garanties permettant d'assurer l'indépendance des juges. Celles-ci concernent, en outre, l'inamovibilité des juges (un critère sur lequel je reviendrai un peu plus tard), l'existence de lois assurant que le juge ne reçoive aucune instruction de la part de l'exécutif au cours de son mandat, ainsi que des garanties qu'aucun lien hiérarchique ou organisationnel n'existe entre les juges et ceux qui les ont nommés, afin d'empêcher que les juges soient en position de subordination envers ces derniers.

C'est à la lumière de ces principes que la Cour a statué, dans l'arrêt *Clarke c. Royaume Uni* du 25 août 2005 (no. 23695) que, si les juges fédéraux étaient nommés par le Ministre de la Justice, aucun relation hiérarchique n'existaient entre ces deux organes qui aurait créer une forme de dépendance au cours du mandat judiciaire. La Cour a ainsi conclu à la non-violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

A contrario, la Cour a conclu à une violation de l'article 6 § 1 dans l'arrêt *Brudnicka c. Pologne* du 3 mars 2005 (no. 54723/00). Dans cette affaire, le Président et Vice-Président d'une division d'un tribunal étaient nommés et congédiés par le Ministre de la Justice. L'absence de garanties d'inamovibilité des juges entraînant une subordination hiérarchique vis à vis du Ministre une fois les juges désignés, ces derniers ne pouvaient pas être considérés comme indépendants.

La Commission de Venise¹, le Conseil Consultatif des Juges Européens², ainsi que le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe³ ont par ailleurs recommandé la création de conseils judiciaires indépendants (ou d'organes similaires) dotés de garanties constitutionnelles quant à leur composition, leurs pouvoirs et leur autonomie, et ayant une influence déterminante sur les décisions relatives à la nomination et à la carrière des juges.

Ainsi, la Cour a reconnu dans l'affaire *Thiam c. France*, que j'ai précédemment citée, que, si les membres des pouvoirs exécutif ou législatif pouvaient jouer un rôle dans la nomination des juges, la création d'un conseil judiciaire indépendant, composé en grande partie de juges élus par leurs pairs, avec une influence décisive sur les décisions de nomination et carrière des juges, est un moyen efficace de garantir que l'indépendance du pouvoir judiciaire n'est pas compromise au stade de la nomination de ses membres.

En outre, la Cour a considéré l'existence d'une formation initiale et continue, dans son arrêt *Maktouf et Damjanovic c. Bosnie Herzégovine* du 18 juillet 2013 (no. 2312/08 et 34179/08), comme un indicateur fort de l'indépendance du juge durant le processus de désignation, et comme une garantie contre les pressions extérieures.

Pour autant, le simple fait qu'un membre d'un tribunal n'ait aucune qualification ou formation juridique ne l'empêche pas de siéger à un tribunal et ne suffit pas à mettre en doute l'indépendance ou l'impartialité de ce tribunal. Il doit cependant y avoir suffisamment garanties de l'indépendance des membres non professionnels, étant donné qu'il est peu probable que ceux-ci soient soumis aux mêmes garanties que celles attendues des juges. Par exemple, il pourrait être exigé que des juges professionnels siègent au tribunal aux côtés des membres non professionnels, et/ou que les juges professionnels aient un vote prépondérant sur toute décision prise, comme l'a souligné la Cour dans l'affaire *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium* du 23 juin 1981 (nos. 6878/75 et 7238/75).

¹ Rapport de la Commission de Venise sur l'Indépendance de la Justice, Partie I, à <https://rm.coe.int/1680700a63>

² CCJE, Opinion n°1 sur l'indépendance des juges, à <https://www.coe.int/en/web/ccje/opinion-n-1-on-independence-of-judges-and-opinion-n-2-on-funding-of-courts>

³ "Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to Member States on judges : Independence, efficiency and responsibilities », <https://rm.coe.int/cmrec-2010-12-on-independence-efficiency-responsibilities-of-judges/16809f007d>

À cet égard, la Grande Chambre a également souligné dans l'arrêt *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande* que « plus un tribunal est haut placé dans la hiérarchie judiciaire, plus les critères de sélection applicables doivent être exigeants » (§ 222).

3. (IN)AMOVIBILITE DU JUGE

Dans ce même arrêt, la Cour a par ailleurs indiqué que l'inamovibilité en cours de mandat des membres de l'organe judiciaire était une corollaire de leur indépendance (§§ 239-240).

Ainsi, dans l'affaire *Brudnicka c. Pologne* que j'ai déjà citée, la Cour a conclu à une violation de l'article 6 § 1 de la Convention, statuant que la mobilité des juges en cours de mandat créait une situation factuelle de subordination hiérarchique face à l'exécutif, ce qui affaiblissait considérablement la confiance en la justice ainsi que l'apparence d'indépendance.

C'est ce qu'a rappelé la Cour dans l'arrêt *Bilgen c. Turquie* (no. 1571/07) du 9 mars 2021, concernant un haut magistrat d'un tribunal administratif régional qui avait été muté sans son consentement dans un autre tribunal d'un district judiciaire inférieur par un décret du Haut Conseil des juges et des procureurs qui n'avait pas fait l'objet d'un contrôle juridictionnel. L'intéressé se plaignait d'avoir été privé de la possibilité d'obtenir un contrôle juridictionnel du rejet de son recours en révision de la décision de le muter dans un autre tribunal. La Cour a conclu à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention, jugeant que, en l'espèce, le défaut d'accès du requérant à un tribunal, s'agissant d'une question importante relative à sa carrière, n'avait pas poursuivi un but légitime. La Cour a souligné, en particulier, l'importance de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Elle a également relevé, entre autres, les préoccupations suscitées au niveau international par l'utilisation abusive du mécanisme de mutation contre les juges en Turquie. Ce qui était en jeu en l'espèce était donc la confiance dans le pouvoir judiciaire et l'indépendance personnelle des juges.

La Cour a conclu à une violation de l'article 6 § 1 de la Convention pour des raisons similaires dans l'arrêt *Broda et Bojara c. Pologne* (no. 26691/18 et 27367/18) du 29 juin 2021. L'affaire concernait la plainte des requérants de n'avoir pas eu à leur disposition des voies de recours pour contester les décisions du ministre de la Justice de mettre prématurément fin à leurs mandats de vice-présidents d'un tribunal régional. Les requérants alléguaient en particulier que leur révocation avait été arbitraire et irrégulière, et dénonçaient l'absence de recours juridictionnel propre à leur permettre de la contester. La Cour a conclu à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention dans cette affaire. Constatant que la cessation prématurée des mandats de vice-président de juridiction dont les requérants avaient été investis n'avait été examinée ni par un tribunal ordinaire ni par un autre organe exerçant des fonctions judiciaires, elle a jugé que l'État défendeur avait porté atteinte à la substance même du droit pour les requérants d'accéder à un tribunal. La Cour a souligné en

particulier l'importance accordée à la nécessité de sauvegarder l'indépendance du pouvoir judiciaire et au respect de l'équité procédurale dans les affaires concernant la carrière des juges. Elle a observé que le cadre juridique national applicable au moment de la révocation des requérants ne précisait pas clairement les conditions dans lesquelles un chef de juridiction pouvait être révoqué par dérogation au principe d'inamovibilité des juges en cours de mandat. De plus, la quasi-totalité des pouvoirs en la matière avaient été concentrés entre les mains du seul représentant du pouvoir exécutif, le Conseil national de la magistrature, notamment, ayant été exclu du processus. La Cour a noté en outre que les requérants n'avaient pu être entendus ni n'avaient pu connaître les motifs des décisions ministérielles. Il n'y avait eu enfin aucun contrôle de ces décisions de révocation par une instance indépendante du ministre de la Justice.

Il convient de préciser que la Cour a souligné dans l'arrêt *Sacilor-Lormines c. France* du 2006 (no. 65411/01, § 67) que l'absence de reconnaissance légale formelle de l'inamovibilité des juges n'implique pas en soi une absence d'indépendance, si l'inamovibilité est reconnue en pratique et que d'autres garanties essentielles sont réunies.

Ainsi, en l'absence de règles concernant l'inamovibilité des juges, c'est-à-dire lorsqu'il n'existe pas de dispositions en droit interne permettant de révoquer un juge et/ou de garantir son inamovibilité, la Cour appréciera s'il existe en réalité une possibilité effective qu'un juge soit démis de ses fonctions au cours de son mandat. Lorsqu'un juge ne peut être révoqué que dans des circonstances exceptionnelles, il est peu probable que cela menace leur indépendance, comme l'a statué la Cour dans l'affaire *Campbell et Fell c. Royaume Uni* mentionnée précédemment.

S'il est donc possible que des juges soient démis de leurs fonctions, des garanties procédurales et matérielles doivent être mises en place pour garantir que cette possibilité n'empiète pas sur leur indépendance. Ceci est le cas même lorsque le pouvoir de révoquer un juge est rarement, voire jamais, utilisé dans la pratique, car l'existence de cette possibilité pourrait entacher la confiance dans le pouvoir judiciaire ainsi que l'apparence d'indépendance.

De telles garanties prennent des formes diverses en pratique. La Cour a par exemple reconnue comme une garantie suffisante une loi énonçant clairement et exhaustivement les motifs pour lesquels un juge peut être démis de ses fonctions. Pareillement, une norme limitant les motifs pour lesquels un juge peut être révoqué, par exemple uniquement pour des raisons d'incapacité ou de faute, et excluant la possibilité qu'un juge soit révoqué pour le contenu de sa prise de décision judiciaire, est également une garantie protégeant l'indépendance du juge. Dans l'arrêt *Clarke c. Royaume Uni* dont j'ai déjà parlé, la Cour a considéré le fait que toute décision de révocation d'un juge fasse l'objet d'un contrôle juridictionnel effectif comme une garantie au titre de l'article 6 § 1 de la Convention.

4. SANCTIONS DISCIPLINAIRES

En ce qui concerne les sanctions disciplinaires prises **à l'encontre des juges**, les facteurs pertinents assurant leur indépendance incluent les raisons pour lesquelles les juges peuvent être révoqués et/ou sanctionnés ; qui ou quel organe mène la procédure disciplinaire contre eux ; et l'équité procédurale des procédures disciplinaires ou de révocation - y compris si la décision de révoquer ou de sanctionner un juge est soumise à un examen judiciaire, comme l'a rappelé la Grande Chambre de la Cour dans l'arrêt *Baka c. Hongrie* du 23 juin 2016 (no. 20261/12). Cette affaire concernant la cessation prématurée du mandat de président de la Cour suprême du requérant pour s'être exprimé en présentant son avis et ses critiques, notamment au Parlement, sur des réformes constitutionnelles et législatives quant à l'organisation des tribunaux, alors qu'il occupait un poste de magistrat du pouvoir judiciaire. Le requérant se plaignait en particulier de l'impossibilité pour lui de saisir le juge pour s'opposer à cette mesure. La Cour a conclu à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention, jugeant que la Hongrie avait porté atteinte à la substance même du droit pour le requérant d'accéder à un tribunal. Elle a relevé en particulier que la cessation prématurée du mandat du requérant n'avait pas été examinée par un tribunal ordinaire ou par un autre organe exerçant des fonctions judiciaires, et qu'elle ne pouvait pas l'être. La Cour a estimé que cette absence de contrôle juridictionnel résultait d'un texte de loi dont la compatibilité avec les exigences de l'état de droit était douteuse. ***À cet égard, la Cour a renvoyé aux instruments du Conseil de l'Europe, qui établissent qu'il appartient à chaque juge de promouvoir et préserver l'indépendance judiciaire et qu'il convient de consulter et impliquer les juges et les tribunaux lors de l'élaboration des dispositions législatives concernant leur statut et, plus généralement, le fonctionnement de la justice.***

Au cours des dernières années, la Cour a par ailleurs **été saisie d'un certain nombre** d'affaires concernant des sanctions disciplinaires **à l'égard des juges dans le contexte** des réformes du système judiciaire en Pologne. Ainsi, l'affaire de Grande Chambre *Grzeda c. Pologne* (no. 43572/18) du 15 mars 2022 concernait la révocation du requérant, un juge du Conseil national de la magistrature (CNM), avant l'expiration de son mandat, et l'impossibilité dans laquelle il s'était trouvé d'obtenir un contrôle juridictionnel de cette mesure, qui s'inscrivait dans le contexte des réformes judiciaires menées en Pologne. L'intéressé se plaignait en particulier d'avoir été privé de l'accès à un tribunal. La Cour a conclu à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention, jugeant que, à raison de l'absence de contrôle juridictionnel en l'espèce, l'État défendeur avait porté atteinte au droit d'accès à un tribunal à l'égard du requérant. Renvoyant en particulier à l'importance de la mission de protection de l'indépendance de la justice confiée au CNM et au lien qui existe entre l'intégrité du processus de nomination des juges et la garantie de l'indépendance de la justice, la Cour a considéré que des garanties procédurales analogues à celles qui devraient s'appliquer en cas de révocation ou de destitution d'un juge devraient de même s'appliquer lorsque, comme en l'espèce, un membre juge du CNM a été démis de ses fonctions. La Cour a également souligné l'intérêt public qu'il y a à

protéger l'autonomie des conseils de la magistrature de toute ingérence des pouvoirs législatif et exécutif, ainsi que leur rôle de rempart contre toute influence politique sur le pouvoir judiciaire. Enfin, elle a prêté attention au contexte global dans lequel s'inscrivent les différentes réformes entreprises par le gouvernement polonais ; et en a conclu que celles-ci avaient exposé les pouvoirs judiciaires à l'ingérence des pouvoirs exécutif et législatif et avaient par conséquent considérablement affaibli l'indépendance de la justice.

Quelques mois après l'arrêt *Grzeda c. Pologne*, la Cour s'est à nouveau prononcé sur la révocation d'un juge du CNM avant l'expiration de son mandat dans l'affaire *Zurek c. Pologne* (no. 39650/18) du 16 juin 2022. Le requérant, qui avait été le porte-parole du CNM et l'un des principaux détracteurs des réformes du système judiciaire engagées par le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif depuis les élections de 2015, alléguait notamment qu'il s'était vu refuser l'accès à un tribunal et qu'il ne disposait d'aucune procédure, judiciaire ou autre, pour contester la fin prématurée de son mandat. Il soutenait en outre que la cessation de ses fonctions de porte-parole du tribunal régional, de même que le contrôle fiscal et l'enquête de l'inspection judiciaire avaient visé à le punir pour avoir critiqué les réformes législatives initiées par le Gouvernement et à dissuader d'autres juges de faire de même. La Cour a jugé que l'accumulation de mesures prises contre le requérant – notamment sa révocation de sa fonction de porte-parole d'un tribunal régional, le contrôle fiscal ouvert contre lui et l'enquête conduite à son sujet par l'inspection judiciaire – avait visé à l'intimider en raison des opinions qu'il avait exprimées en faveur de l'État de droit et de l'indépendance de la justice. La Cour a conclu à ces violations en soulignant le contexte général des réformes judiciaires successives, qui avaient abouti à l'affaiblissement de l'indépendance de la justice et qui avaient été communément qualifiées de crise de l'État de droit en Pologne.

La Cour a étoffé sa jurisprudence relative aux réformes judiciaires en Pologne dans l'affaire *Juszczyszyn v. Poland* (no. 35599/20) du 30 avril 2021, en considérant celles-ci sous l'angle additionnel de l'article 18 de la Convention, qui prévoit que les restrictions aux droits et libertés de la Convention ne peuvent être motivées que par les clauses prévues à cet effet. Le requérant en l'affaire était un juge suspendu de ses fonctions par la Cour Suprême pour avoir vérifié l'indépendance d'un autre juge nommé à la chambre disciplinaire de cette Cour sur recommandation du Conseil National de la Magistrature. Appliquant les critères établis dans l'arrêt *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande*, la Cour a conclu que la chambre disciplinaire de la Cour suprême n'est pas un « tribunal établi par la loi », les irrégularités relevées par elle étant d'une gravité telle qu'elles ont compromis l'indépendance et l'impartialité de la juridiction en cause. En outre, la Cour a considéré que le but principal des mesures disciplinaires prises à l'égard du requérant était de le sanctionner et de le dissuader d'examiner, au regard des normes juridiques pertinentes, le statut des juges nommés sur la recommandation du CNM dans sa nouvelle composition. Ce faisant, la Cour a conclu à une violation de l'article 18 de la Convention.

Si toute **décision de sanction d'un juge doit pouvoir être réexaminée par un organe exerçant des pouvoirs judiciaires**, la Grande Chambre a toutefois rappelé dans l'arrêt *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal* du 6 novembre 2018 (nos. 55391/13, 57728/13 et 74041/13, §§ 157-165), que cela ne compromettra pas l'indépendance si l'organisme qui examine la décision disciplinaire est également soumise au même organe disciplinaire, règlement et sanctions que la partie à la procédure. Ce qui importe est qu'il existe des mesures suffisantes garantissant l'indépendance de cet organisme d'examen face à l'organe disciplinaire.

La Cour, dans l'arrêt *Xhoxhaj c. Albanie* (no. 15227/19) du 9 février 2021, a examiné la requête d'un ancien juge de la cour constitutionnelle qui avait été révoqué de ses fonctions dans le cadre d'un processus de « vérification » de tous les juges et procureurs albanais par une commission spécialement désignée à cet effet. La Cour a estimé qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention, puisqu'il existait une base juridique établissant la commission spéciale, que les organes de contrôle étaient ainsi des « tribunaux établis par la loi » au sens de l'article 6 § 1, et qu'ils n'avaient subis aucune pression de la part de l'exécutif. Il est par ailleurs intéressant de constater que la Cour dans cette affaire n'a pas émis d'objection au fait que les organes de contrôle étaient composés d'individus extérieurs au système judiciaire, car elle a estimé que cela empêchait les conflits d'intérêts et renforçait ainsi la confiance du public en la justice.

5. CONCLUSION

L'indépendance de la justice sous-tend l'État de droit et elle est indispensable au fonctionnement de la démocratie et au respect des droits de l'homme. Le droit fondamental à un procès équitable par « un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi » est inscrit dans la Convention européenne des droits de l'homme, dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et dans de nombreux textes juridiques nationaux et internationaux.

Nous avons longtemps joui de ce droit sans obstacles majeurs et cela reste le cas dans de nombreux États membres du Conseil de l'Europe. Pourtant, ces dernières années notre Cour reçoit de nombreuses applications alléguant une violation du droit à un procès équitable, et en particulier au droit à un tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 6 § 1 de la Convention.

Il est donc aujourd'hui plus que jamais nécessaire de respecter et de renforcer les contrôles et contrepouvoirs dans l'administration du pouvoir judiciaire.

Les garanties et procédures entourant la destitution, le recrutement et la nomination des membres de l'organe judiciaire sont essentielles pour garantir l'indépendance de la justice. Les décisions de nomination et de promotion devraient se fonder sur des critères objectifs, qui privilégient le mérite et les qualifications professionnelles des intéressés, et non pas sur des considérations politiques du gouvernement. En outre, les juges devraient être inamovibles sauf circonstance exceptionnelle, et ne

devraient pas craindre d'être révoqués pour des décisions qui pourraient déplaire à ceux qui sont au pouvoir.

Il appartient à chaque juge de promouvoir et préserver l'indépendance judiciaire. Comme ma présentation d'aujourd'hui l'a, je l'espère, confirmé, la Cour Européenne des droits de l'homme lutte depuis sa création contre les atteintes graves à l'indépendance de la justice dans certains États membres du Conseil de l'Europe. Elle continuera, sans aucun doute, à défendre le respect de l'État de droit et de la démocratie en Europe. Ainsi que la Commission de Venise l'a noté, l'État de droit « serait une coquille vide s'il ne permettait pas l'accès aux droits de l'homme ».

Mattias Guyomar,
Juge à la Cour Européenne des Droits de l'Homme (France)

LA PROCEDURE DISCIPLINAIRE ET LES SANCTIONS DE LA FONCTION PUBLIQUE SAISIES PAR LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

UDK: 342.727 : 328.185

35 : 328.185

Izlaganje sa znanstvenog skupa

22. 12. 2023.

« *L'approche de la fonction publique par les droits de l'homme et des libertés impose de dépasser une ambiguïté fondamentale : le fonctionnaire, prolongement de la personne publique, être à l'interface de la relation entre celle-ci et l'individu. Aussi, dans un contexte d'atteinte aux libertés ou aux droits de l'homme, le profane l'imagine-t-il mieux comme le bras armé de l'État. Cette image primaire, mais non dénuée de fondement n'exclut pourtant pas que l'agent public puisse, lui aussi, être victime d'une atteinte à sa liberté* ». Tel était le constat porté fort justement par Annie Fitte-Duval dans son article consacré à « La fonction publique et le juge européen des droits de l'homme » (AJDA 20 octobre 1997 p. 731).

Pour autant, il ressort de la jurisprudence constante et bien établie de la Cour européenne qu'en règle générale, les garanties de la Convention s'étendent aux fonctionnaires. Le raisonnement tenu par la Cour dans son arrêt *Glaserapp c. Allemagne* du 28 août 1986 est tout à fait éclairant sur ce point :

« 48. *La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, du 10 décembre 1948, et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966, reconnaissent respectivement à «toute personne <le> droit à accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques de son pays» (article 21 par. 2) et à «tout citoyen (...) le droit et la possibilité (...) d'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays» (article 25). Au contraire, pareil droit ne figure ni dans la Convention européenne ni dans aucun de ses Protocoles additionnels. De plus, c'est à dessein que les États signataires ne l'y ont pas inclus; le Gouvernement le souligne avec raison et les travaux préparatoires du Protocole no 4 et du Protocole no 7 (P4, P7) le révèlent sans équivoque. En particulier, dans ses versions initiales ce dernier comprenait une clause semblable aux articles 21 par. 2 de la Déclaration et 25 du Pacte; elle a disparu par la suite. Il ne s'agit donc point d'une lacune fortuite des instruments européens; aux termes du Préambule de la Convention, ils tendent à assurer la garantie collective de «certains» des droits énoncés dans la Déclaration Universelle.*

49. *Si cet historique montre que les États contractants n'ont pas voulu s'engager à reconnaître dans la Convention ou ses Protocoles un droit d'accès à la fonction*

publique, il n'en ressort pas pour autant qu'à d'autres égards les fonctionnaires sortent du champ d'application de la Convention (voir, mutatis mutandis, l'arrêt Abdulaziz, Cabales et Balkandali du 28 mai 1985, série A no 94, pp. 31-32, par. 60). En ses articles 1 et 14 (art. 1, art. 14), celle-ci précise que "toute personne relevant de (la) juridiction" des États contractants doit jouir, "sans distinction aucune", des droits et libertés énumérés au Titre I (voir, mutatis mutandis, l'arrêt Engel et autres du 8 juin 1976, série A no 22, p. 23, par. 54). L'article 11 par. 2 in fine (art. 11-2), qui permet aux États d'apporter des restrictions spéciales à l'exercice des libertés de réunion et d'association des "membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État", confirme au demeurant qu'en règle générale les garanties de la Convention s'étendent aux fonctionnaires (voir, mutatis mutandis, l'arrêt Syndicat suédois des conducteurs de locomotives, du 6 février 1976, série A no 20, p. 14, par. 37, l'arrêt Schmidt et Dahlström du même jour, série A no 21, p. 15, par. 33, ainsi que l'arrêt Engel et autres, loc. cit.). »

Il s'agit là d'un premier pas permettant d'inclure partiellement le contentieux des fonctionnaires dans le champ conventionnel en distinguant l'accès de la sortie de la fonction publique (voir également ce sens l'arrêt *Neigel c France* du 17 mars 1997 s'agissant de l'article six ou encore l'arrêt *Vogt c Allemagne* du 26 septembre 1995 s'agissant des articles 10 et 11). Premiers pas dans la porte pourrait-on dire car cette distinction a fini par être abandonnée dans pour des raisons pratiques tenant aux difficultés à la manier qu'à l'impossibilité théorique de la parfaitement justifier. Le Professeur Sudre critiquait ainsi fermement la solution retenue dans l'arrêt *Vogt* : « la distinction qu'opère la Cour entre accès à la fonction publique et révocation de la fonction publique pour retenir l'application de la Convention et affirmer, sans l'ombre d'une démonstration, qu'il y a ingérence dans les droits protégés par l'article 10 comme dans celui protégés par l'article 11, ne saurait emporter la conviction. Le raisonnement simpliste sur lequel s'appuie la Cour (il ne peut y avoir ingérence dans un droit protégé par la Convention dès lors que l'accès à la fonction publique est en cause ; la révocation la requérante ne concerne pas l'accès à la fonction publique ; donc il y a ingérence) tient moins du syllogisme que du sophisme [...] ». Il ne s'agit pas de revenir ici en détail sur toutes les étapes de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de l'arrêt *Pellegrin contre France* du 8 décembre 1999 à l'arrêt *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* [GC] du 19 avril 2007 mais seulement de noter l'inscription croissante et de plus en plus complète du contentieux de la fonction publique dans le champ des droits protégés par la Convention européenne.

Si, d'un point de vue global, le contentieux de la Cour européenne relatif aux fonctionnaires et agents publics reste quantitativement peu significatif, en dépit de sa récente et forte augmentation en particulier s'agissant des juges et des magistrats, il n'en est pas moins porteur de puissantes lignes de force à l'œuvre pour développer et renforcer l'État de droit. La jurisprudence dynamique de la Cour, chargée d'interpréter et de faire respecter cet « instrument vivant » qu'est la Convention a conduit au développement, d'une part, des garanties procédurales dont bénéficie le fonctionnaire tout au long de sa carrière et, d'autre part, des libertés dont celui-ci doit pouvoir jouir dans l'exercice de ses fonctions. Pour citer à nouveau

Annie Fitte-Duval, la Cour se veut ainsi « *l'interprète privilégié de l'exigence démocratique dans la défense des libertés du fonctionnaire* ».

Les litiges qu'elle tranche la conduisent ainsi à développer sa jurisprudence au regard non seulement des droits procéduraux, autour de l'emblématique article 6, mais aussi des droits matériels tels ceux protégés notamment par les articles 8, 9, 10 ou encore 11. De ce point de vue, les litiges relatifs à l'exercice du pouvoir disciplinaire à l'encontre des agents publics sont particulièrement illustratifs de la nature et du niveau de protection, par la Convention, des droits du fonctionnaire. Ceux-ci se trouvent en effet dans la situation d'être à la fois des acteurs et des sujets de l'État de droit. En garantissant le respect effectif de leurs droits individuels, lorsqu'ils sont mis en cause dans l'exercice de leurs fonctions, la Cour s'attache à la fois à protéger les fonctionnaires en tant qu'individu et le bon fonctionnement du système qu'ils servent au service de la démocratie et de l'État de droit.

1. LES GARANTIES PROCÉDURALES DÉCOULANT DE L'ARTICLE 6 DE LA CONVENTION

1.1 Le champ d'application

Alors qu'une approche littérale pouvait sembler exclure que le contentieux de la fonction publique, en particulier la matière disciplinaire, relève des volets civil et pénal de l'article 6, la Cour a progressivement développé une jurisprudence permettant d'attirer, de plus en plus largement, des fonctionnaires dans le champ d'application de cette disposition. Pour ce faire, elle a cherché à ménager un juste équilibre entre, d'une part, la reconnaissance de l'usage par l'État de prérogatives de puissance publique à l'égard même de ses agents et, d'autre part, une approche des droits humains privilégiant, au-delà des statuts des requérants, les aspects individuels et patrimoniaux des litiges portés devant elle.

L'arrêt précité *Eskilinen* a procédé à une évolution majeure de la jurisprudence en la matière.

Dans un souci de transparence et de pédagogie, la Grande Chambre a justifié « l'opportunité d'une évolution de jurisprudence » avant de procéder à un ajustement du critère fonctionnel consacré par la jurisprudence *Pellegrin* :

« 50. *L'arrêt Pellegrin, dernier maillon important de la chaîne que constitue l'évolution de la jurisprudence, devait fournir un concept opératoire sur la base duquel on vérifierait, au cas par cas, si compte tenu de la nature des fonctions et des responsabilités qu'il comportait l'emploi d'un requérant impliquait une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions visant à sauvegarder les intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques. Il fallait ensuite déterminer si le requérant, dans le cadre de l'une de ces catégories de postes, occupait bien des fonctions pouvant être considérées comme relevant de*

l'exercice de la puissance publique, c'est-à-dire si la position de l'intéressé dans la hiérarchie de l'Etat était suffisamment importante ou élevée pour que l'on puisse dire qu'il participait à l'exercice de l'autorité étatique.

[...]

55. Force est à la Cour de conclure que le critère fonctionnel, tel qu'appliqué en pratique, n'a pas simplifié l'examen de la question de l'applicabilité de l'article 6 aux procédures auxquelles un fonctionnaire est partie, et que, contrairement aux attentes, il n'a pas apporté en la matière plus de certitude (voir, mutatis mutandis, *Perez c. France* [GC], no 47287/99, § 55, CEDH 2004-I).

56. *Dans ce contexte et pour ces raisons, la Cour estime que le critère fonctionnel adopté dans l'affaire Pellegrin doit être développé plus avant. Certes, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi que la Cour ne s'écarte pas sans motif valable de ses précédents ; toutefois, si elle devait faillir à maintenir une approche dynamique et évolutive, pareille attitude risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration (voir, mutatis mutandis, Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], nos 46827/99 et 46951/99, § 121, CEDH 2005-I).

57. *L'arrêt Pellegrin doit être replacé dans le contexte de la jurisprudence antérieure de la Cour et être compris comme une première distanciation d'avec l'ancien principe d'inapplicabilité de l'article 6 à la fonction publique, et un premier pas vers l'applicabilité partielle. Cet arrêt reflète le postulat de base selon lequel certains agents publics, en raison de leurs fonctions, ont un lien spécial de confiance et de loyauté avec leur employeur. Cependant, il ressort clairement des affaires tranchées depuis lors que dans de très nombreux Etats contractants l'accès à un tribunal est accordé aux fonctionnaires, de sorte que ceux-ci peuvent présenter des revendications relativement au salaire ou aux indemnités, voire au licenciement ou au recrutement, de la même façon que les salariés du secteur privé. Dans ces conditions, le système national ne discerne aucun conflit entre les intérêts essentiels de l'Etat et le droit de l'individu à une protection. En effet, si ni la Convention ni ses Protocoles ne garantissent un droit d'accès à la fonction publique, cela ne signifie pas pour autant qu'à d'autres égards les fonctionnaires sortent du champ d'application de la Convention (voir, mutatis mutandis, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, 28 mai 1985, § 60, série A no 94, et Glasenapp c. Allemagne, 28 août 1986, § 49, série A no 104).*

58. En outre, les articles 1 et 14 de la Convention précisent que « toute personne relevant de [la] juridiction » des Etats contractants doit jouir, « sans distinction aucune », des droits et libertés énumérés au titre I (voir, mutatis mutandis, *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, § 54, série A no 22). En règle générale, les garanties de la Convention s'étendent aux fonctionnaires (voir, mutatis mutandis, *Schmidt et Dahlström c. Suède*, 6 février 1976, § 33, série A no 21 ; *Engel et autres*, précité, § 54, *Glasenapp*, précité, § 49, et *Ahmed et autres c. Royaume-Uni*, 2 septembre 1998, § 56, Recueil 1998-VI).

[...]

61. La Cour reconnaît l'intérêt qu'a l'Etat à limiter, pour certaines catégories de salariés, l'accès à un tribunal. C'est d'ailleurs au premier chef aux Etats contractants – en particulier au parlement national concerné – et non à la Cour qu'il appartient d'identifier expressément les secteurs de la fonction publique impliquant l'exercice de prérogatives discrétionnaires inhérentes à la souveraineté de l'Etat où les intérêts de l'individu doivent céder. La Cour exerce son contrôle dans le respect du principe de subsidiarité (Z et autres c. Royaume-Uni [GC], no 29392/95, § 103, CEDH 2001-V). Lorsqu'un ordre interne empêche l'accès à un tribunal, la Cour vérifie que le litige est bien tel qu'il justifie une dérogation aux garanties de l'article 6. Si tel n'est pas le cas, aucun problème ne se pose et l'article 6 § 1 trouve à s'appliquer.

[...]

62. En résumé, pour que l'Etat défendeur puisse devant la Cour invoquer le statut de fonctionnaire d'un requérant afin de le soustraire à la protection offerte par l'article 6, deux conditions doivent être remplies. En premier lieu, le droit interne de l'Etat concerné doit avoir expressément exclu l'accès à un tribunal s'agissant du poste ou de la catégorie de salariés en question. En second lieu, cette dérogation doit reposer sur des motifs objectifs liés à l'intérêt de l'Etat. Le simple fait que l'intéressé relève d'un secteur ou d'un service qui participe à l'exercice de la puissance publique n'est pas en soi déterminant. Pour que l'exclusion soit justifiée, il ne suffit pas que l'Etat démontre que le fonctionnaire en question participe à l'exercice de la puissance publique ou qu'il existe – pour reprendre les termes employés par la Cour dans l'arrêt Pellegrin – un « lien spécial de confiance et de loyauté » entre l'intéressé et l'Etat employeur. Il faut aussi que l'Etat montre que l'objet du litige est lié à l'exercice de l'autorité étatique ou remet en cause le lien spécial susmentionné. Ainsi, rien en principe ne justifie de soustraire aux garanties de l'article 6 les conflits ordinaires du travail – tels ceux portant sur un salaire, une indemnité ou d'autres droits de ce type – à raison du caractère spécial de la relation entre le fonctionnaire concerné et l'Etat en question. En effet, il y aura présomption que l'article 6 trouve à s'appliquer, et il appartiendra à l'Etat défendeur de démontrer, premièrement, que d'après le droit national un requérant fonctionnaire n'a pas le droit d'accéder à un tribunal, et, deuxièmement, que l'exclusion des droits garantis à l'article 6 est fondée s'agissant de ce fonctionnaire »¹.

L'intérêt de l'arrêt de Grande Chambre *Grezda c Pologne* du 15 mars 2022 tient à ce qu'il porte sur une question nouvelle, celle de l'applicabilité de l'article 6 § 1 à un litige résultant de la cessation prématurée d'un mandat de membre du Conseil de la magistrature d'un juge sans qu'il y ait eu, ce faisant, cessation des fonctions de

¹ Avant de conclure au § 63 : « En l'espèce, il ne prête pas à controverse que les requérants avaient tous accès à un tribunal en vertu du droit national. L'article 6 § 1 est donc applicable. ».

juge de l'intéressé. A cette occasion, la Cour a affiné la grille de critères dégagée par l'arrêt *Eskelinen*. Elle a développé la première condition du critère et, concernant la seconde condition, clarifié la pertinence de considérations relatives à l'indépendance de la justice dans les affaires concernant non pas l'activité professionnelle principale d'un juge (rôle judiciaire) mais d'autres fonctions officielles (dans le cadre d'un mandat de membre juge du conseil de la magistrature, par exemple). En outre, elle a insisté sur la nécessité de mettre en place des garanties procédurales, et notamment sur la possibilité d'obtenir un contrôle juridictionnel, dans ce contexte particulier.

Concernant la **première condition** du critère *Eskelinen*, la Cour a considéré que cette condition est délibérément stricte et n'est considérée comme remplie que dans de très rares cas où le droit interne exclut expressément l'accès à un tribunal. Les deux conditions de ce critère étant cumulatives, il suffit pour conclure que l'article 6 est applicable de constater que la première n'est pas satisfaite, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si la seconde l'est. La Cour a précisé qu'il ne serait pas totalement approprié dans toutes les situations d'appliquer telle quelle la première condition du critère. Elle a donc décidé qu'elle était disposée à admettre que cette première condition pouvait être considérée comme satisfaite lorsque, même en l'absence d'une disposition expresse à cet effet, il a été démontré sans ambiguïté que le droit interne exclut l'accès à un tribunal pour le type de contestation concerné, autrement dit, lorsque l'exclusion en question est de nature *implicite*, en particulier lorsqu'elle découle d'une interprétation systémique du cadre juridique applicable ou du corpus législatif dans sa globalité.

La Cour a également clarifié les facteurs pertinents concernant la **seconde condition** du critère *Eskelinen* : pour que la législation nationale excluant l'accès à un tribunal ait un quelconque effet au titre de l'article 6 § 1 dans un cas donné, elle doit être compatible avec la prééminence du droit. Pareille exclusion doit donc, en principe, être fondée sur un instrument d'application générale plutôt que de viser un groupe spécifique de personnes².

1-2- La portée des exigences

La jurisprudence est bien établie en ce sens que, lorsqu'une autorité administrative chargée d'examiner des contestations portant sur des « droits et obligations de caractère civil » ne remplit pas toutes les exigences de l'article 6 § 1, il n'y a pas de violation de la Convention si la procédure devant cet organe a fait l'objet du contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction présentant, lui, les garanties de cet article (*Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal [GC]* 25 septembre 2018 ; voir, également, s'agissant d'une procédure administrative devant le conseil

² Elle a précisé que lorsqu'un litige concerne un juge, il convient de tenir compte de la nécessité de préserver l'indépendance de la justice, qui est une condition indispensable au bon fonctionnement du système de la Convention et à la prééminence du droit avant de conclure, au cas d'espèce, que l'impossibilité qui a été faite à l'intéressé d'accéder à un tribunal pour la protection d'un droit défendable de caractère civil étroitement lié à la préservation de l'indépendance de la justice ne saurait passer pour justifiée par des motifs objectifs liés à l'intérêt d'un État de droit. Elle en a conclu que l'article 6 § 1 était applicable.

médical de l'aéronautique civile, *Chaudet c. France*, § 36, 29 octobre 2009). De même, l'article 6 de la Convention ne s'oppose pas à ce que dans une procédure de nature administrative, une « peine », relevant du volet pénal de cette disposition, soit imposée d'abord par une autorité administrative. Il requiert cependant que la décision d'une autorité ne remplissant pas elle-même les conditions de l'article 6 §1 de la Convention subisse le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction (s'agissant d'une procédure relative à une sanction fiscale, *Segame SA c. France* CEDH 2012 (extraits) ; *A. Menarini Diagnostics S.r.l.* précité, § 59, *SA-Capital Oy c. Finlande*, 14 février 2019).

Il convient de souligner la définition autonome que la Cour retient de la notion de « plénitude de juridiction ».

Les critères au regard desquels il convient d'apprécier l'étendue du contrôle juridictionnel sont les suivants :

- s'agissant des litiges relevant du volet civil de l'article 6 § 1 de la Convention, il faut que le tribunal ait compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi ;

- une telle « plénitude de juridiction » implique que le tribunal saisi soit doté de compétences d'une étendue suffisante ou exerce un contrôle juridictionnel suffisant pour traiter l'affaire en cause ;

- afin d'évaluer si, dans un cas donné, le tribunal saisi a effectué un contrôle d'une étendue suffisante, il convient de prendre en considération les compétences attribuées à la juridiction en question ainsi que les éléments suivants : a) l'objet du litige ; b) les garanties procédurales existant dans le cadre de la procédure administrative soumise au contrôle juridictionnel ; c) l'office du juge, à savoir la méthode de contrôle, ses pouvoirs décisionnels et la motivation de sa décision apprécié, dans le cadre de l'instance juridictionnelle en cause, eu égard à la teneur du litige, aux questions qu'il soulève et aux moyens présentés à ce titre.

Pour autant, l'article 6 n'a en principe pas pour objet de garantir l'accès à un tribunal qui pourrait substituer sa propre appréciation ou son propre avis à ceux des autorités administratives. Toutefois, un tribunal ne peut être considéré comme jouissant de la plénitude de juridiction au sens de l'article 6 § 1 de la Convention que s'il a le pouvoir d'apprécier la proportionnalité entre la faute commise et la sanction infligée (*Diennet c. France*, 26 septembre 1995, § 34, série A no 325A et *Mérigaud c. France*, no 32976/04, § 69, 24 septembre 2009).

Cette grille de contrôle a été appliquée dans deux affaires récentes concernant la France, s'agissant d'un ambassadeur mis à la retraite d'office (*Dahan c. France* 3 novembre 2002) et un commissaire de police ayant fait l'objet d'une suspension de son habilitation à exercer les fonctions d'officier de police judiciaire (OPJ) (*Thierry c. France* 31 janvier 2023). Dans les deux cas, la Cour a considéré que la procédure ayant conduit au prononcé des sanctions disciplinaires litigieuses était compatible avec l'article 6 de la Convention dans la mesure où ces dernières avaient fait l'objet

d'un contrôle de pleine juridiction, d'une étendue suffisante, de la part d'un organe judiciaire respectant les exigences attachées à cette disposition.

Les paragraphes 52 à 54 de l'arrêt *Dahan* clarifient la méthode suivie par la Cour :

« 52. *La question des suites disciplinaires à donner au comportement du requérant a d'abord fait l'objet d'une procédure administrative consultative menée par le conseil de discipline qui a proposé à l'autorité compétente, qui n'était pas liée par son avis, de prononcer la sanction de la mise à la retraite d'office. L'autorité compétente, le président de la République, a ensuite prononcé, par décret, cette sanction dont le requérant a demandé l'annulation pour excès de pouvoir au Conseil d'État. La Cour souligne que ni le conseil de discipline ni l'autorité compétente en matière disciplinaire ne sont des organes juridictionnels.*

53. *Dans ces conditions, alors même qu'était en cause un droit de caractère civil au sens de l'article 6 § 1, la Cour considère qu'il n'est pas nécessaire de rechercher si les autorités administratives en charge de la procédure disciplinaire répondaient aux exigences de cette disposition (Chaudet, précité § 36). En effet, quelles que soient l'organisation de la procédure administrative telle que prévue par les textes applicables et telle qu'elle a été assurée au cas d'espèce dans le cadre de leur mise en œuvre et les différentes fonctions qu'y a successivement exercées M. R. en sa qualité de directeur général de l'administration du ministère des affaires étrangères, il n'y a pas lieu, pour la Cour, de vérifier si le conseil de discipline a rendu son avis dans des conditions répondant aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention. En revanche, elle doit s'assurer que le requérant a joui du droit à un tribunal et à une solution juridictionnelle du litige (Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande [GC], no 26374/18, § 219, 1er décembre 2020, Benthem c. Pays-Bas, 23 octobre 1985, § 40, série A no 97), tant pour les points de fait que pour les questions de droit (Chaudet précité § 36). À ce titre, il lui revient de vérifier si le requérant a bénéficié du contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de « pleine juridiction » respectant les exigences de cet article et exerçant un contrôle juridictionnel d'une étendue suffisante.*

54. *Dans la mesure où le respect, par la procédure juridictionnelle suivie devant le Conseil d'État, des exigences de l'article 6 § 1 n'est pas contesté par le requérant au soutien de son grief, la Cour limitera son examen, au regard des critères énoncés au paragraphe 51 ci-dessus, à la question de savoir si le Conseil d'État, organe judiciaire de contrôle dans la présente affaire, jouissait d'une plénitude de juridiction et si le contrôle qu'il a exercé sur la sanction litigieuse était suffisant ».*

S'agissant du caractère suffisant ou non du contrôle juridictionnel, la Cour a considéré que le recours pour excès de pouvoir présenté par le requérant a conduit le Conseil d'État à exercer, dans le cadre de la plénitude de juridiction, un contrôle d'une étendue suffisante après avoir souligné qu'« la sanction infligée au requérant a fait l'objet d'un entier contrôle de proportionnalité qui a porté sur l'appréciation du degré de gravité de cette sanction par rapport aux faits qui lui étaient reprochés. Ce contrôle a ainsi permis une mise en balance des impératifs d'efficacité de l'action

administrative et des intérêts du requérant. À cet égard, elle note que le Conseil d'État a pris en compte tant le passé et la manière de servir du requérant que la gravité des faits qui lui étaient reprochés et sa place dans la hiérarchie pour considérer que la mesure de radiation choisie par l'administration n'était pas excessive » (§ 65). La conclusion est la même, dans la décision *Thierry c France*, s'agissant de la commission de recours des OPI, organe judiciaire de contrôle de la sanction infligée au requérant.

2- LE RESPECT DES DROITS MATÉRIELS

Souligner l'ampleur de la protection accordée aux fonctionnaires au regard de l'article 6 de la Convention ne doit pas conduire à minorer l'importance de celle qui découle en outre du respect effectif des droits matériels. Comme il a déjà été rappelé, le parti pris de généralité retenu pour définir dans la Convention le champ des titulaires des droits (« toute personne ») n'a pas empêché la Cour de juger, dès ses premières affaires, qu'hormis en ce qui concerne le droit d'accès à la fonction publique, les garanties de la Convention s'étendent aux fonctionnaires, qu'il s'agisse des libertés individuelles comme de celles dont l'exercice est collectif, étant rappelé que si la liberté syndicale figure expressément à l'article 11, la Convention ne mentionne pas le droit de grève (voir en la matière *Humpert et autres c Allemagne* [GC] 14 décembre 2023).

La situation des fonctionnaires apparaît ainsi saisie par un grand nombre des dispositions de la Convention qui protègent des droits matériels : à l'article 11 déjà cité il convient d'ajouter notamment l'article 8 qui protège le droit au respect de vie privée et l'article 10 qui protège la liberté d'expression auxquels peut s'ajouter, le cas échéant, l'article 14 qui prohibe les discriminations.

Si les fonctionnaires sont, à l'instar de toute autre personne, titulaires des droits protégés par la Convention, il n'en reste pas moins vrai que la Cour, dans l'exercice du contrôle de leur respect, tient compte de certaines des caractéristiques inhérentes à du statut des fonctionnaires telles l'obligation de respecter le principe hiérarchique ou encore le devoir de réserve.

La jurisprudence prend également en compte la nature des fonctions exercées auxquelles peuvent être attachées certaines sujétions particulières. Ainsi, l'interdiction du droit de grève des fonctionnaires exerçant des fonctions d'autorité au nom de l'État peut être compatible avec le principe de la liberté syndicale. De même, des restrictions au droit de grève peuvent être imposées aux travailleurs qui fournissent des services essentiels à la population. Pour pouvoir édicter une interdiction totale du droit de grève pour certaines catégories de ces travailleurs, l'État doit toutefois pouvoir s'appuyer sur des éléments solides propres à en démontrer la nécessité.

Pour illustrer dans quelle mesure les droits matériels peuvent trouver à s'appliquer à des litiges relatifs à des sanctions infligées aux fonctionnaires, les

exemples suivants qui concernent les articles 8, 10 et 11 permettent d'appréhender l'étendue et la profondeur de la protection découlant de la Convention européenne des droits de l'homme.

2-1 L'article 8

La puissance de la protection accordée aux fonctionnaires au regard du droit au respect de leur vie privée s'explique tout à la fois par la largeur du spectre des situations susceptibles d'être saisies par l'article 8 de la Convention que par la combinaison, dans la jurisprudence de la Cour, de l'approche « par les motifs » (que l'on retrouve en particulier dans le contrôle du respect de l'article 10) et de l'approche « par les conséquences » (notamment mobilisée en ce qui concerne le respect de l'article 11).

Lorsque la Cour recherche si une problématique touchant la vie privée se pose ou non sur le terrain de l'article 8 de la Convention, les questions de l'applicabilité et du fond sont étroitement liées. Dès lors qu'il est jugé qu'une mesure a eu des conséquences graves sur la vie privée du requérant, il en résulte que le grief de celui-ci est compatible *ratione materiae* avec la Convention et, par ailleurs, que cette mesure s'analyse en une « ingérence » dans l'exercice du « droit au respect de la vie privée » pour les besoins des trois branches du critère de fond découlant de l'article 8 (appréciation de la légalité, but légitime et « nécessité » d'une telle ingérence). Il s'ensuit que les questions de l'applicabilité et de l'existence d'une « ingérence » sont inextricablement liées lorsque des griefs de ce type sont formulés.

La notion de « vie privée » est une notion large qui ne se limite pas à protéger un « cercle intime » où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise. Elle recouvre également l'intégrité physique et morale de la personne et peut donc englober de multiples aspects de l'identité physique et sociale d'un individu, y compris sa réputation professionnelle. L'article 8 protège en outre un droit à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec autrui et avec le monde extérieur. En outre, si aucun droit général à un emploi ni aucun droit à l'accès à la fonction publique ou au choix d'une profession particulière ne peut se dégager de l'article 8, la notion de « vie privée », au sens large, n'exclut pas en principe les activités de nature professionnelle ou commerciale. La vie professionnelle fait donc partie de cette zone d'interaction entre l'individu et autrui qui, même dans un contexte public, peut dans certaines circonstances relever de la « vie privée ».

La typologie des affaires dont la Cour a été saisie dans le cadre de litiges professionnels relevant de l'article 8 est variée. Un licenciement, une rétrogradation, un refus d'accès à une profession ou d'autres mesures tout aussi défavorables telles des sanctions disciplinaires peuvent avoir des répercussions sur certains aspects typiques de la vie privée. Les configurations litigieuses dont la Cour a eu à connaître sont nombreuses : retour à la vie civile de militaires, révocations de la magistrature, mutation au sein de la fonction publique ou encore restrictions à l'accès à l'emploi dans la fonction publique.

Dans ces affaires, comme il a été dit plus haut, la Cour applique la notion de « vie privée » en suivant deux approches différentes : le constat de l'existence d'une question relevant de la « vie privée » comme motif du litige (approche fondée sur les motifs) et la déduction de l'existence d'une question relevant de la « vie privée » au regard des conséquences de la mesure dénoncée (approche fondée sur les conséquences).

Dans les affaires où la Cour retient l'approche fondée sur les conséquences de la mesure en cause, l'analyse de la gravité de celles-ci occupe une place importante. Un certain seuil de gravité des conséquences de la mesure litigieuse doit nécessairement être atteint pour déclencher l'applicabilité de l'article 8 (voir en ce sens *Denisov c. Ukraine* [GC] du 25 septembre 2018). Et c'est au requérant qu'il appartient de l'établir de manière convaincante. S'agissant de l'ampleur des conséquences de la mesure litigieuse, la Cour recherche s'il y a matière à soulever une question à la lumière du principe d'exclusion tiré de l'arrêt *Gillberg c. Suède* ([GC] no 41723/06, 3 avril 2012). Selon ce principe, si les répercussions négatives dénoncées se limitent aux conséquences du comportement illicite qui étaient prévisibles par le requérant, celui-ci ne peut invoquer l'article 8 pour alléguer que ces répercussions négatives ont porté atteinte à sa vie privée.

Le contrôle du respect de l'article 8 s'effectue, à l'instar des autres articles de la Convention protégeant des droits dérogeables, en trois étapes : légalité (la base légale de l'ingérence est-elle « prévue par la loi », c'est-à-dire une loi de qualité à la fois accessible et prévisible), légitimité (l'ingérence poursuit-elle un but légitime ?), nécessité dans une société démocratique. Cette dernière étape, qui nourrit abondamment la jurisprudence, démontre à quel point le contrôle de proportionnalité conduit le juge à contrôler les effets d'une décision, les conséquences de sa réalisation dans le chef de son destinataire. Se développent en outre dans la jurisprudence, les garanties attachées au volet procédural de l'article 8. Dans un grand nombre d'affaires, les requérants invoquent concomitamment un grief tiré de l'article 6 et un grief tiré de l'article 8. Et il n'est pas rare que la solution adoptée révèle à quel point les exigences de ces deux dispositions peuvent être étroitement imbriquées.

2-2 L'article 10

Saisie de litiges mettant en cause le respect de la liberté d'expression dans le cadre de relations professionnelles, la jurisprudence bien établie est que la protection de l'article 10 de la Convention s'étend à la sphère professionnelle en général (*Koudechkina c. Russie*, no 29492/05, § 85, 26 février 2009), notamment dans les relations entre employeur et employé obéissant au droit public.

Au titre de la protection de la liberté d'expression sur le lieu de travail, la Cour a progressivement dégagé une exigence de protection spéciale dont doivent pouvoir bénéficier, à certaines conditions, les fonctionnaires ou employés qui divulguent,

en infraction des règles qui leur sont applicables, des informations confidentielles obtenues sur leur lieu de travail et qui sont susceptibles d'être sanctionnés à ce titre.

S'est ainsi construite une jurisprudence protectrice des « lanceurs d'alerte », sans pour autant que la Cour n'emploie expressément cette terminologie. Avec l'arrêt *Guja c. Moldova* ([GC]), la Cour a défini pour la première fois la grille de contrôle permettant de déterminer si et dans quelle mesure un agent de la fonction publique, auteur d'une divulgation portant sur des informations confidentielles obtenues sur son lieu de travail, pouvait invoquer la protection de l'article 10 de la Convention. Elle a également déterminé dans quelles conditions les sanctions infligées en réponse à de telles divulgations étaient de nature à porter atteinte au droit à la liberté d'expression et constituer une violation de l'article 10 de la Convention.

Les six critères ainsi définis par l'arrêt *Guja* sont donc les suivants :

- l'existence ou non d'autres moyens pour procéder à la divulgation ;
- l'intérêt public présenté par les informations divulguées ;
- l'authenticité des informations divulguées ;
- le préjudice causé à l'employeur ;
- la bonne foi du lanceur d'alerte ;
- la sévérité de la sanction.

Dans les affaires ultérieures dont elle fut saisie, mettant en jeu la divulgation d'informations confidentielles par des employés du secteur public, la Cour a fondé son appréciation sur cette batterie de critères (entre autres *Bucur et Toma* no 40238/02, 8 janvier 2013, et *Gawlik, c. Liechtenstein*, no 23922/19, 16 février 2021)). Le régime protecteur de la liberté d'expression des lanceurs d'alerte est susceptible de s'appliquer lorsque le fonctionnaire concerné est seul à savoir – ou fait partie d'un petit groupe dont les membres sont seuls à savoir – ce qui se passe sur son lieu de travail et se trouve ainsi le mieux placé pour agir dans l'intérêt général en avertissant son employeur ou l'opinion publique. Pour autant, les agents sont tenus, envers leurs employeurs, à un devoir de loyauté, de réserve et de discrétion (voir par exemple, *Heinisch c. Allemagne*, no 28274/08, CEDH 2011). La recherche d'un juste équilibre implique ainsi de concilier le droit à la liberté d'expression et le respect des droits et obligations réciproques propres aux relations de travail et au milieu professionnel. Or, la jurisprudence de la Cour est bien établie en ce sens que le devoir de loyauté peut être plus accentué pour les fonctionnaires et les employés de la fonction publique que pour les salariés travaillant sous le régime du droit privé.

Par ailleurs, la Cour a jugé que ne relevaient pas du champ du lancement d'alerte les révélations faites par un fonctionnaire qui n'avait pas un accès privilégié ou exclusif à des informations, qui n'apparaissait pas tenu par une obligation de secret ou de discrétion à l'égard de son service, et qui ne semblait pas avoir subi de répercussions sur son lieu de travail du fait des révélations en question (*Wojczuk c. Pologne*, no 52969/13, §§ 85-88, 9 décembre 2021).

Par l'arrêt *Halet c. Luxembourg* ([GC], n° 21884/18 14 février 2023 qui concerne un salarié du secteur privé), la Cour a confirmé et consolidé les principes relatifs à la protection des lanceurs d'alerte en affinant et clarifiant les critères définis dans l'arrêt *Guja* précité.

La Cour confirme que trois éléments sont pris en compte pour l'application du régime de protection correspondant à la reconnaissance de la qualité de lanceur d'alerte: premièrement, la question de savoir si le salarié ou le fonctionnaire concerné est seul à savoir – ou fait partie d'un petit groupe dont les membres sont seuls à savoir – ce qui se passe sur son lieu de travail ; deuxièmement, l'existence d'un devoir de loyauté, de réserve et de discrétion inhérent à la relation de travail et, le cas échéant, d'une obligation légale de respecter un secret ; et, troisièmement, la position de vulnérabilité économique vis-à-vis de la personne, de l'institution publique ou de l'entreprise dont ils dépendent pour leur travail, ainsi que le risque de subir des représailles de la part de celle-ci.

Concernant les critères établis dans l'arrêt *Guja*, la Cour confirme son approche consistant à examiner leur respect de manière autonome, sans établir de hiérarchie entre eux ni se prononcer sur leur ordre d'examen et en affine certains.

S'agissant de l'intérêt public que présente l'information divulguée, la Cour rappelle que cette notion s'apprécie autant au regard du contenu de l'information divulguée que du principe de sa divulgation. Eu égard au périmètre des informations d'intérêt public susceptibles de relever du champ du lancement d'alerte, la Cour indique que le poids de l'intérêt public de l'information divulguée va décroissant selon que l'information divulguée porte sur des actes ou pratiques illicites, des actes, des pratiques ou des comportements répréhensibles, ou sur une question nourrissant un débat suscitant des controverses sur l'existence ou non d'une atteinte à l'intérêt public.

Par ailleurs, la Cour affine les termes de l'opération de mise en balance à effectuer entre les intérêts concurrents en jeu et précise que, au-delà du seul préjudice causé à l'employeur, il convient de prendre en compte l'ensemble des effets dommageables, qui peuvent affecter des intérêts privés (notamment ceux de tiers) et publics (tels que notamment le bien économique en général ou la confiance des citoyens dans l'équité et la justice des politiques fiscales des États).

2-3 L'article 11 et la liberté syndicale

La liberté syndicale n'est pas un droit indépendant, mais un aspect particulier de la liberté d'association reconnue par l'article 11 de la Convention (*Manole et « Les Cultivateurs Directs de Roumanie » c. Roumanie*, no 46551/06, § 57, 16 juin 2015).

Or, l'article 11 § 2 n'exclut aucune catégorie professionnelle de la portée de l'article 11. La Convention n'opère aucune distinction entre les attributions de puissance publique des États contractants et leurs responsabilités en tant qu'employeurs. L'article 11 ne fait pas exception à cette règle : son paragraphe

2 *in fine* implique nettement que l'État est tenu de respecter la liberté de réunion et d'association de ses employés sauf à y apporter, le cas échéant, des « restrictions légitimes » s'il s'agit de membres de ses forces armées, de sa police ou de son administration. L'article 11 s'impose par conséquent à l'« État employeur », que les relations de ce dernier avec ses employés obéissent au droit public ou au droit privé (Tüm Haber Sen et Çınar c. Turquie, no 28602/95, § 29, CEDH 2006II).

Dans la droite ligne des principes directeurs consacrés par l'arrêt *Demir et Baykara* ([GC], no 34503/97, § 154, CEDH 2008), la Cour a rappelé, dans l'arrêt précité *Humpert c. Allemagne* (§100) qu'« au fil de sa jurisprudence, [elle] a dégagé une liste non exhaustive des éléments essentiels constitutifs de la liberté syndicale, parmi lesquels figurent le droit de fonder un syndicat ou de s'y affilier, l'interdiction des accords de monopole syndical, le droit pour un syndicat de chercher à persuader l'employeur d'écouter ce qu'il a à dire au nom de ses membres ; de plus, compte tenu des évolutions du monde du travail, le droit de négociation collective avec l'employeur est devenu, en principe et mis à part des cas très particuliers, l'un de ces éléments essentiels (*Norwegian Confederation of Trade Unions (LO) et Norwegian Transport Workers' Union (NTF) c. Norvège*, no 45487/17, § 95, 10 juin 2021) ».

Pour établir si des restrictions à la liberté syndicale sont compatibles avec l'article 11, la Cour se livre à un examen de proportionnalité en tenant compte de l'ensemble des circonstances de la cause – et de la totalité des mesures que l'État a prises pour garantir la liberté syndicale – même lorsque les restrictions litigieuses ont touché à un élément essentiel de cette liberté.

L'affaire *Kaymak et autres c. Turquie* du 20 juin 2023, relative à des sanctions disciplinaires « d'avertissement sans caractère punitif » prononcées à l'encontre d'agents de la fonction publique pour avoir ouvert le stand de leur syndicat à l'université et y avoir distribué des tracts, est particulièrement intéressante dans la mesure où elle démontre le niveau de protection qu'apportent, aux fonctionnaires faisant l'objet de sanctions, les droits matériels garantis par la Convention. Dans cette affaire, la Cour a conclu à une violation de l'article 11 au motif que le Gouvernement n'avait pas démontré que l'ingérence litigieuse répondait à un besoin social impérieux et, partant, il n'était pas établi qu'il existait un rapport raisonnable de proportionnalité entre l'atteinte à la liberté d'association et le but poursuivi ni que cette atteinte était « nécessaire dans une société démocratique ».

Pour parvenir à un tel constat, la Cour s'est notamment fondée sur l'absence d'examen, par les juridictions internes, du bien-fondé des actions en annulation portées devant elles : « La Cour constate que n'ont pas, en considérant que aucune action ne pouvait être intentée contre des actes administratifs non définitifs et non exécutoires et qui n'affectaient pas directement les droits et les intérêts de la personne en étant le destinataire ; et ont conclu que l'absence d'effets négatifs d'ordre disciplinaire produits par l'acte administratif attaqué faisait obstacle à un examen du bien-fondé de l'action en annulation intentée contre ledit acte (paragraphe 11 ci-dessus). La Cour observe que dès lors que les juridictions internes n'ont pas

procédé à une mise en balance des différents intérêts en présence, elles ne peuvent passer pour avoir appliqué les règles pertinentes d'une manière conforme aux principes consacrés par l'article 11 de la Convention ni pour s'être fondées sur une appréciation acceptable des faits pertinents (voir, mutatis mutandis, Ögrü et autres, précité, §§ 65-70). Elle estime en conséquence qu'on ne saurait considérer que les sanctions contestées ont fait l'objet d'un contrôle judiciaire adéquat. À ses yeux, en ne pesant pas les différents intérêts en présence, les autorités internes n'ont pas fourni de motifs pertinents et suffisants propres à justifier les mesures en question et il n'a dès lors pas été établi que l'ingérence était « nécessaire dans une société démocratique » (§ 59). Cette solution souligne l'importance de la « responsabilité partagée » dans l'application effective des droits protégés par la Convention. Le principe de subsidiarité suppose en effet que les autorités nationales soient à même de remédier aux atteintes qui y sont portées.

Prof. dr. sc. Davor Derenčinović, sudac
Europskog suda za ljudska prava (Hrvatska)^{1*}

SLOBODA IZRAŽAVANJA I PREVENCIJA KORUPCIJE U JAVNOJ SLUŽBI²

UDK: 342.727
343.352 : 35.07
Izlaganje sa znanstvenog skupa
Primljeno: 4. 12. 2023.

1. OPĆENITO O SLOBODI IZRAŽAVANJA

Sloboda izražavanja zaštićena je člankom 10. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Konvencija). Prema tom članku, svatko ima pravo na slobodu izražavanja, a to pravo obuhvaća slobodu mišljenja i slobodu primanja i širenja informacija i ideja bez miješanja javne vlasti i bez obzira na granice.

Na temelju članka 10. države imaju određene negativne i pozitivne obveze glede slobode izražavanja i njene zaštite. Negativne se obveze država sastoje u zabrani miješanja u pravo na slobodu izražavanja građana, odnosno nametanja ograničenja tog prava, pri čemu ta sloboda ipak može biti ograničena iz razloga navedenih u stavku 2., uključujući i radi zaštite ugleda ili prava drugih. Pozitivne su pak obveze raznovrsne i obuhvaćaju, između ostalog, i obvezu uspostavljanja djelotvornih mehanizama zaštite novinara kako bi se stvorilo povoljno okruženje za sudjelovanje svih zainteresiranih strana u javnoj raspravi i kako bi im se omogućilo iznijeti svoja mišljenja i ideje bez straha, čak i ako su suprotni mišljenjima i idejama za koje se zalaže vlast ili značajan dio javnosti, ili čak i ako su takva mišljenja i ideje iritantni ili šokantni javnosti (Dink protiv Turske, br. 2668/07 i 4 druga, § 137, 14. rujna 2010.; Khadija Ismayilova protiv Azerbajdžana, br. 65286/13 i 57270/14, § 158, 10. siječnja 2019.).

Pravo na slobodu izražavanja od presudnog je značaja u kontekstu informiranja javnosti o pitanjima od javnog interesa, osobito kada se radi o mogućoj umiješanosti političkih ili javnih osoba u korupciju. U tom pogledu, valja istaknuti nekoliko međunarodnih instrumenata usmjerenih protiv korupcije, a koji sadrže i načela vezana uz slobodu izražavanja. Tako je, prema članku 13. Konvencije UN-a protiv korupcije (na snazi od 14. prosinca 2005.), svaka država stranka dužna promicati

* Prof. dr. sc. Davor Derenčinović, sudac Europskog suda za ljudska prava (Hrvatska)

¹ Bilješka za izlaganje na 17. Hrvatsko-francuskim upravnopravnim danima, Split, 21.-22. 9. 2023. Prema uputama autora izlaganja, bilješku su pripremile Josipa Kovačević, mag.iur., pravnica na Europskom sudu za ljudska prava i Karla Grković Prica, mag.iur., pripravnica na Europskom sudu za ljudska prava.

aktivno sudjelovanje pojedinaca, skupina civilnog društva i nevladinih udruga u sprječavanju i borbi protiv korupcije, u cilju podizanja javne svijesti o korupciji. Uz to, prema članku 33., države su obvezne razmotriti usvajanje primjerenih mjera zaštite od neopravdanog postupanja osoba koje u dobroj vjeri i na temelju razumne sumnje prijave nadležnim tijelima činjenice koje se tiču kaznenih djela povezanih s korupcijom. Nadalje, važne su i Kaznenopravna i Građanskopravna konvencija o korupciji Vijeća Europe (usvojene 27. siječnja 1999. i 4. studenog 1999.). Dok Kaznenopravna konvencija nameće obvezu zaštite osoba koje prijave kaznena djela povezana s korupcijom, svjedoče o tim djelima ili surađuju s tijelima istrage ili tužiteljstva, Građanskopravna konvencija obvezuje države da pruže zaštitu protiv neopravdanih sankcija zaposlenicima koji na temelju razumne sumnje i u dobroj vjeri prijave nadležnim tijelima svoje sumnje na korupciju. Valja spomenuti i Skupinu država protiv korupcije (Group of States against Corruption – GRECO) koja kroz evaluaciju i nadzor antikorupcijske politike pojedinih država prati sukladnost postupanja država članica s navedenim instrumentima Vijeća Europe protiv korupcije.

2. ODNOS IZMEĐU PRAVA NA SLOBODU IZRAŽAVANJA I PRAVA NA ZAŠTITU ČASTI I UGLEDA KAO ASPEKTA PRIVATNOG ŽIVOTA

S obzirom na široko polje primjene, prava zaštićena člankom 10. često dolaze u sukob s pravima iz drugih članaka Konvencije. U ovom kontekstu, nerijetko se pred Sudom javljaju predmeti u kojima su u sukobu, s jedne strane, pravo na slobodu izražavanja, a s druge strane zaštita časti i ugleda kao sastavnog elementa prava na poštovanje privatnog života zaštićenog člankom 8. Konvencije. Pravo pozivanja na članak 8. zbog povrede časti ili ugleda osobe, međutim, ograničeno je utoliko što napad na ugled osobe mora postići određenu razinu ozbiljnosti i biti počinjen na način kojim je nanesena šteta osobnom uživanju prava na poštovanje privatnog života (Axel Springer AG protiv Njemačke [VV], br. 39954/08, § 83, 7. veljače 2012.). U takvim slučajevima, Sud primjenjuje takozvani pristup „uspostavljanja ravnoteže između prava“.

U ovakvim predmetima često se, kao strana koja se poziva na pravo na slobodu izražavanja, nalaze novinari ili izdavači, dok se kao strana koja se poziva na pravo na poštovanje privatnog života, a posebice zaštitu ugleda, javljaju osobe koje obnašaju javne ili političke funkcije. Međutim, Sud je u tom pogledu istaknuo kako činjenica da je pojedinac javna ličnost utječe na razinu zaštite njegova privatnog života. Javnost ima pravo biti informirana, a to pravo može obuhvaćati i aspekte privatnog života javnih osoba, posebno kad su u pitanju političari (Von Hannover protiv Njemačke (br. 2) [VV], br. 40660/08 i 60641/08, § 64, ECHR 2012). Nadalje, u predmetu Couderc i Hachette Filipacchi Associés protiv Francuske ([VV], br. 40454/07, §§ 119-120, ECHR 2015 (odlomci)), Sud je ponovio da je pravo javnih

osoba na tajnost njihova privatnog života, u načelu, ograničenije kada obnašaju službenu funkciju. Sud je sličnu argumentaciju upotrijebio i u odnosu na državne službenike u predmetu Nikula protiv Finske (br. 31611/96, § 48, ECHR 2002-II), rekavši kako granice prihvatljive kritike mogu, u nekim okolnostima, biti šire u odnosu na državne službenike u izvršavanju njihovih ovlasti nego u odnosu na privatne osobe.

Zanimljivo je primijetiti kako je Sud naglasio da se osoba ne može pozvati na članak 8. kako bi prigovorila gubitku ugleda koji je predvidljiva posljedica njezinih vlastitih postupaka, kao što je, primjerice, počinjenje kaznenog djela (Sidabras i Džiautas protiv Litve, br. 55480/00 i 59330/00, § 49, ECHR 2004-VIII). Povezano s time, kada se radi o člancima ili objavama koji se tiču političara ili drugih javnih osoba i nepravilnosti u njihovom obnašanju javnih dužnosti, novinarstvo ima posebno važnu ulogu „javnog čuvara“ („*public watchdog*“), izvještavajući o stvarima od javnog interesa (Cumpănă i Mazăre protiv Rumunjske [VV], br. 33348/96, § 106, ECHR 2004-XI). U tom kontekstu, istraživačko novinarstvo doprinosi mogućnosti da vlasti odgovaraju za svoje postupke (Szurovecz protiv Mađarske, br. 15428/16, §§ 61-62, 8. listopada 2019.).

Kroz razvoj sudske prakse, posebice kroz predmete Von Hannover protiv Njemačke (br. 2) [VV], br. 40660/08 i 60641/08, ECHR 2012) i Axel Springer AG protiv Njemačke [VV], br. 39954/08, 7. veljače 2012.), iskristalizirala su se neka opća načela i kriteriji putem kojih Sud vrši „odvagivanje“ („*balancing exercise*“), odnosno uspostavlja ravnotežu između prava zaštićenih člankom 8., odnosno 10. Konvencije.

3. OPĆA NAČELA I KRITERIJI SUDA PRI USPOSTAVLJANJU RAVNOTEŽE IZMEĐU PRAVA

Uz opća načela koja je Sud uspostavio u predmetima u kojima se radi o izjavama usmjerenim protiv nečijeg ugleda ili časti, kao primjerice da se ishod predmeta ne bi trebao razlikovati ovisno o tome je li zahtjev podnijela osoba na koju se izjava odnosila, na temelju članka 8., ili osoba koja je izjavu dala, na temelju članka 10, kao i da je izbor sredstava za osiguravanje usklađenosti s člancima 8. i 10. u načelu stvar slobode procjene („*margin of appreciation*“) svake države koja je, međutim, podložna nadzoru Suda, Sud je kroz svoju praksu razvio i niz konkretnih kriterija u kontekstu postizanja ravnoteže između suprotstavljenih prava. Tako, između ostalog, Sud posebnu važnost pridaje činjenici je li objavljena informacija bila u javnom interesu i je li doprinijela raspravi od općeg interesa, koji je moguće utvrditi samo u odnosu na okolnosti pojedinog predmeta (Von Hannover protiv Njemačke (br. 2) [VV], br. 40660/08 i 60641/08, § 109, ECHR 2012). Prilikom odvagivanja, Sud će se također osvrnuti na mjeru u kojoj je dotična osoba poznata, kao i njezino prethodno ponašanje.

Nadalje, Sud osobito uzima u obzir postoji li objektivna veza između sporne izjave i osobe koja je podnijela tužbu zbog povrede svoje časti ili ugleda, kao i razinu ozbiljnosti napada na ugled. Također, što se tiče sadržaja sporne izjave, Sud posebno naglašava razliku između činjeničnih izjava i vrijednosnih prosudbi, pri čemu se postojanje činjenica može dokazati, a istinitost vrijednosnih prosudbi ne može (Lingens protiv Austrije, 8. srpnja 1986., § 46, Serija A br. 103). Sukladno tome, činjenica da nacionalno zakonodavstvo ili nacionalni sudovi ne razlikuju vrijednosne prosudbe i činjenične izjave, što dovodi do toga da se traži dokaz istinitosti vrijednosne prosudbe, nespojiva je sa slobodom mišljenja (Gorelishvili protiv Gruzije, br. 12979/04, § 38, 5. lipnja 2007.). Ipak, čak i ako izjava predstavlja vrijednosnu prosudbu, ona mora biti utemeljena na dostatnoj činjeničnoj osnovi, bez koje će se smatrati prekomjernom (Pedersen i Baadsgaard protiv Danske [VV], br. 49017/99, § 76, ECHR 2004-XI). Nadalje, Sud pridaje pažnju i kriterijima vezanim uz koncept „odgovornog novinarstva“ („*responsible journalism*“), koji obuhvaćaju ne samo sadržaj sporne informacije, već i samo postupanje novinara. Tako je činjenica da je novinar prekršio zakon najrelevantnija, iako ne odlučujuća, kada se utvrđuje je li postupao odgovorno (Pentikäinen protiv Finske [VV], br. 11882/10, § 90, ECHR 2015). Odgovorno novinarstvo isto tako zahtijeva da novinari u razumnoj mjeri provjeravaju informacije koje pružaju javnosti (Kački protiv Poljske, br. 10947/11, § 52, 4. srpnja 2017.), a uz to, Sud je naglasio važnost točnog izbora činjeničnih tvrdnji u izvještavanju o pitanjima od javnog interesa (Milosavljević protiv Srbije, br. 57574/14, § 54, 25. svibnja 2021.). U tom smislu, dužnost je novinara da u dobroj vjeri i na temelju ispravne činjenične osnove pružaju pouzdane i precizne informacije, u skladu s načelima novinarske etike (Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 27. ožujka 1996., § 39, Izvješća o presudama i odlukama 1996-II).

Iako Sud najviše pažnje pridaje novinarstvu u kontekstu uloge javnog čuvara u demokratskom društvu, valja naglasiti kako u tu kategoriju spadaju i, primjerice, nevladine organizacije (Animal Defenders International protiv Ujedinjenog Kraljevstva [VV], br. 48876/08, § 103, ECHR 2013 (odlomci)). Pritom valja naglasiti da Sud izričito razlikuje, s jedne strane, novinare i nevladine organizacije kao javne čuvare i s druge strane, pripadnike sudačke i odvjetničke profesije, koji se, iako imaju važnu ulogu u provođenju pravde što im daje i pravo na javno komentiranje državnih tijela u tom kontekstu, ipak ne mogu smatrati javnim čuvarima (Morice protiv Francuske [VV], br. 29369/10, §§ 132-139, ECHR 2015; Studio Monitori i ostali protiv Gruzije, br. 44920/09 i 8942/10, § 42, 30. siječnja 2020.).

3.1. Rogalski protiv Poljske

Tako se u predmetu Rogalski protiv Poljske (br. 5420/16, 23. ožujka 2023.) radilo o stegovnom postupku protiv podnositelja zahtjeva, odvjetnika, koji je kažnjen zbog neetičkog postupanja. Naime, podnositelj zahtjeva podnio je, u okviru istrage pred nacionalnim tijelima i u ime svoje stranke, kaznenu prijavu protiv tužitelja u istom postupku, optužujući ga za primanje mita. Tijekom disciplinskog postupka koji je

uslijedio, podnositelju zahtjeva izrečena je kazna zbog podnošenja neutemeljene kaznene prijave, pri čemu nije postupao uz umjerenost, proporcionalnost i oprez, u skladu s nacionalnim propisima o odvjetničkoj profesiji (*ibid.*, §§ 13-14). Podnositelj zahtjeva žalio se da je njegovo pravo na slobodu izražavanja nezakonito i neopravdano ograničeno time što su ga domaći sudovi proglasili krivim jer je podnio ono što su oni smatrali neutemeljenom kaznenom prijavom (*ibid.*, § 28).

Nakon što je utvrdio da je navedeno miješanje u pravo podnositelja zahtjeva na slobodu izražavanja imalo pravnu osnovu u domaćem pravu i da je težilo legitimnom cilju doprinosa pravilnom provođenju pravde, Sud je krenuo u ispitivanje pitanja je li miješanje bilo nužno u demokratskom društvu, odnosno je li bilo proporcionalno legitimnom cilju kojem je težilo i jesu li državne vlasti opravdale miješanje relevantnim i dostatnim razlozima. U tom smislu, Sud je razmotrio činjenicu da je domaći sud osudio podnositelja zahtjeva zbog prihvatanja upute od svog klijenta u vezi optužbe za podmićivanje iznesene protiv tužitelja, koja optužba nije, prema riječima okružnog tužitelja, potkrijepljena dokazima ili naznakom činjeničnih okolnosti, kao i zbog formuliranja svoje optužbe oštrim riječima (*ibid.*, § 45).

Sud je u tom kontekstu ponovio svoju argumentaciju iz predmeta Nikula protiv Finske (br. 31611/96, § 48, ECHR 2002-II), naznačujući kako granice prihvatljive kritike mogu, u nekim okolnostima, biti šire u odnosu na državne službenike u izvršavanju njihovih ovlasti nego u odnosu na privatne osobe. U ovom konkretnom slučaju, ta se kritika sastojala u podnošenju kaznene prijave protiv tužitelja zbog sumnje da je primio mito, time počinivši kazneno djelo protiv službene dužnosti (Rogalski protiv Poljske, § 46). Sud je naglasio da podnositelj zahtjeva pritom nije vršio osobne napade na tužitelja, komentirao njegove karakterne osobine niti je svoje izjave, odnosno optužbe javno iznosio, čemu Sud pridaje ključnu važnost pri procjeni proporcionalnosti miješanja države u pravo podnositelja zahtjeva (*ibid.*, § 47; Zakharov protiv Rusije, br. 14881/03, § 26, 5. listopada 2006.). Naprotiv, podnositelj zahtjeva slijedio je formalni postupak podnošenja prijave o počinjenom kaznenom djelu, a prijavu je uputio nadležnom nadređenom javnom službeniku – okružnom tužitelju (Rogalski protiv Poljske, § 47). Sud je naglasio da u takvim slučajevima, pribjegavanje kaznenom ili disciplinskom postupku protiv osobe koja podnosi takvu obavijest može biti opravdana u smislu članka 10. Konvencije samo u najizuzetnijim okolnostima (*ibid.*).

U okviru navedenog, Sud je ponovio kako je jedno od načela vladavine prava da građani moraju biti u mogućnosti obavijestiti nadležna tijela o postupanju javnih službenika koje smatraju nepravilnim ili nezakonitim (*ibid.*, § 48; Medžlis Islamske Zajednice Brčko i drugi protiv Bosne i Hercegovine [VV], br. 17224/11, § 82, 27. lipnja 2017.). Nadalje, Sud se nije složio s tvrdnjom disciplinskog tijela da podnositelj zahtjeva nije naznačio nikakve okolnosti koje bi potkrijepile optužbu koju je iznio, rekavši kako, po mišljenju Suda, podnositeljeva prijava kaznenog djela nije bila u potpunosti lišena argumenata koji bi potkrijepili njegove tvrdnje (Rogalski protiv Poljske, § 50).

Pritom, Sud je prihvatio argument podnositelja zahtjeva da je optužbama za pasivno podmićivanje svojstveno da osobe koje prijavljuju takva djela nemaju pristup dokazima o kaznenom djelu osim ako su same pokušale ponuditi mito ili svjedočile takvom događaju (*ibid.*). Također, Sud je smatrao posebno problematičnom činjenicu da je, unatoč tome što Odvjetnička komora predstavlja neovisno udruženje odvjetnika, disciplinski postupak protiv podnositelja zahtjeva pokrenut nakon što je okružni tužitelj izvijestio Komoru o podnositeljevoj prijavi kaznenog djela koja je podnesena na nejavani način (*ibid.*, § 51).

Uzimajući u obzir sve navedeno, Sud je zaključio kako disciplinsko tijelo nije svoju odluku potkrijepilo relevantnim i dostatnim razlozima te je time otišlo izvan granica svoje slobodne procjene utvrdivši da je podnositelj zahtjeva kriv i nametnuvši mu novčanu kaznu za neetičko postupanje (*ibid.*, § 53). Samim time, Sud je utvrdio kako je u ovom slučaju došlo do povrede članka 10. Konvencije.

3.2. Stankiewicz i ostali protiv Poljske

U predmetu Stankiewicz i ostali protiv Poljske (br. 48723/07, 14. listopada 2014.), zahtjev Sudu podnijelo je dvoje novinara i izdavačko društvo u kojem su bili zaposleni. Predmet postupka bio je članak koji su podnositelji napisali i objavili nakon što im je pristupio zaposlenik poljske farmaceutske tvrtke, tvrdeći da je voditelj Kabineta ministra zdravstva zahtijevao mito od predstavnika te farmaceutske tvrtke, zauzvrat nudeći pomoć u stavljanju lijeka te tvrtke na popis lijekova za koje se troškovi refundiraju u okviru nacionalnog sustava zdravstvene zaštite (*ibid.*, §§ 6-8). Nakon objave članka, voditelj Kabineta podnio je ostavku te je zatim podnio tužbu protiv podnositelja zahtjeva zbog povrede osobnih prava. Žalbeni je sud utvrdio kako su podnositelji zahtjeva povrijedili osobna prava voditelja Kabineta i nisu upotrijebili posebnu pažnju u pripremi novinskog članka (*ibid.*, §§ 14-15). Istovremeno, Ured tužitelja pokrenuo je istragu protiv voditelja Kabineta i optužio ga za podmićivanje i prijevaru u postupku javne nabave (*ibid.*, §§ 41-42). Nakon više od tri i pol godine, međutim, postupak je obustavljen zbog nedostatka dokaza (*ibid.*, 43).

Pri ispitivanju je li miješanje bilo nužno u demokratskom društvu, odnosno je li bilo proporcionalno legitimnom cilju kojem je težilo i jesu li državne vlasti opravdale miješanje relevantnim i dovoljnim razlozima, Sud je prvo potvrdio da se u članku podnositelja zahtjeva radilo o pitanju od javnog interesa, odnosno o navodnim nepravilnostima u postupanju visokopozicioniranog državnog službenika (*ibid.*, § 65). Nadalje, Sud se nije složio sa stajalištem nacionalnih sudova da novinari nisu postupali s dužnom pažnjom, već je utvrdio da su napravili pažljivu i savjesnu provjeru navoda (*ibid.*, § 75). Sud je također smatrao važnom činjenicu da su navodi izneseni u članku doveli do pokretanja kaznene istrage o predmetu i do podizanja optužbe za podmićivanje protiv voditelja Kabineta. Iako je istraga na kraju obustavljena zbog nedostatka dokaza, sama duljina trajanja postupka i značajna količina dokaza koje je tužitelj ispitao pokazuju da se optužbe iznesene u

članku nisu mogle zanemariti (*ibid.*, § 73). Sud je stoga zaključio da su podnositelji zahtjeva postupali u skladu s načelima odgovornog novinarstva (*ibid.*, § 75). Također, istraživanje koje su proveli prije objave članka učinjeno je u dobroj vjeri i u skladu s novinarskom obvezom provjere činjenica kod pouzdanih izvora (*ibid.*).

Pri ocjeni nužnosti miješanja, Sud je naglasio kako je također važno ispitati način na koji su domaći sudovi rješavali predmet, a posebno jesu li postupali u skladu s načelima sadržanima u članku 10. Konvencije.

U tom kontekstu, domaći sudovi nisu uzeli u obzir status voditelja Kabineta kao državnog službenika i, u tom smislu, šire granice dopuštene kritike primjenjive na političare ili javne službenike (*ibid.*, § 76). Isto tako, propustili su razmotriti činjenicu da su navodi o korupciji proizašli iz same farmaceutske tvrtke i da su ih podnositelji zahtjeva i karakterizirali kao takve (*ibid.*). Uz to, Sud je ustanovio kako nacionalni sudovi uopće nisu obratili pažnju na samu činjenicu da su jedni od najviših službenika u Ministarstvu zdravstva sudjelovali u pregovorima između dvije privatne tvrtke o njihovom zajedničkom poslovnom pothvatu u koji javne vlasti inače nisu bile umiješane (*ibid.*). Na temelju svega navedenog, Sud je zaključio kako razlozi koje su državne vlasti navele kao opravdanje za miješanje u pravo na slobodu izražavanja podnositelja zahtjeva, iako relevantni, nisu bili dostatni, te da je stoga došlo do povrede članka 10. Konvencije (*ibid.*, §§ 77-78).

3.3. Kasabova protiv Bugarske

U predmetu Kasabova protiv Bugarske (br. 22385/03, 19. travnja 2011.), podnositeljica zahtjeva žalila se na povredu prava na slobodu izražavanja zbog toga što je osuđena i kažnjena za pisanje i objavljivanje tri novinska članka u kojima je izvijestila o navodnom slučaju korupcije u sustavu obrazovanja u gradu Burgasu u Bugarskoj. U člancima, podnositeljica zahtjeva izvijestila je o istrazi koja je pokrenuta protiv četvero članova prosvjetne inspekcije Ministarstva obrazovanja i znanosti koje se sumnjalo za primanje mita u kontekstu postupka prijema učenika u specijalizirane srednje škole u Burgasu (*ibid.*, §§ 8-18). Istraga je, međutim, obustavljena nakon što je ured tužitelja utvrdio da, iako su članovi prosvjetne inspekcije povrijedili svoju dužnost i zbog toga su disciplinski kažnjeni, nije dokazano da je ta povreda posljedica primanja mita (*ibid.*, § 12). U postupku pred nacionalnim sudom pokrenutim od strane četvero članova prosvjetne inspekcije, podnositeljica zahtjeva osuđena je i izrečena joj je novčana kazna zbog toga što je širila štetne činjenične izjave o članovima prosvjetne inspekcije, službenicima koji su obnašali svoje dužnosti, pripisujući im počinjenje kaznenih djela (*ibid.*, § 23).

Pri ispitivanju je li miješanje bilo nužno u demokratskom društvu, odnosno je li bilo proporcionalno legitimnom cilju kojem je težilo i jesu li državne vlasti opravdale miješanje relevantnim i dostatnim razlozima Sud je, kao posebno važan čimbenik, istaknuo već spomenutu ulogu novinara kao javnih čuvara u demokratskom društvu (*ibid.*, § 55). Iako ne smiju prijeći određene granice, posebice glede poštivanja ugleda i prava drugih, dužnost je novinara ipak prenijeti informacije o pitanjima

od općeg interesa (*ibid.*). Sud, pritom, mora pomno ispitati situacije gdje, kao u ovom slučaju, sankcije koje nameće državno tijelo mogu obeshrabrili sudjelovanje novinara u raspravama o pitanjima od legitimnog javnog interesa (*ibid.*; Tønssbergs Blad AS i Haukom protiv Norveške, br. 510/04, § 88, ECHR 2007-III). Stoga, prilikom procjene profesionalnog ponašanja novinara, granice slobodne procjene nacionalnih sudova ograničene su interesom demokratskog društva za time da se novinarima omogući širenje informacija od ozbiljnog javnog interesa (Kasabova protiv Bugarske, § 55). Primjenjujući navedeno na ovaj slučaj, Sud je utvrdio da su članci u kojima je podnositeljica zahtjeva navela činjenice vezane uz navodne nepravilnosti i korupciju u sustavu prijema studenata u srednje škole nedvojbeno obrađivali pitanja od javnog interesa (*ibid.*, § 56). Sud je ovdje posebno istaknuo činjenicu da su osobe na koje se navodi odnose javni službenici glede kojih je Sud već ustanovio da su podložni širim granicama kritike nego privatne osobe (Pedersen i Baadsgaard protiv Danske, br. 49017/99, § 80, ECHR 2004-XI).

No, Sud je ovdje istaknuo kako domaći sudovi nisu bili niti u mogućnosti postupiti u skladu s ovim ustanovljenim načelom, budući da, prema nacionalnom kaznenom pravu, činjenica da je žrtva navodne klevete javni službenik automatski predstavlja otegotnu okolnost, što je upravo suprotno standardima koji su se iskristalizirali kroz sudsku praksu Suda (Kasabova protiv Bugarske, § 57).

U analiziranju pitanja je li podnositeljica zahtjeva postupala s pažnjom odgovornog novinara, Sud je obratio pažnju na stajalište nacionalnih sudova da, uzimajući u obzir ozbiljnost njezinih činjeničnih tvrdnji, podnositeljica zahtjeva nije dovoljno temeljito istražila pozadinu svojih tvrdnji, kao i da nije ispravno provjerila i utvrdila pouzdanost svojih izvora (*ibid.*, § 65). U tom kontekstu, Sud je istaknuo činjenicu da rezultati unutarnje istrage koju je provelo Ministarstvo obrazovanja i znanosti, koji su mogli poslužiti kao pouzdani izvor informacija, nisu javno objavljeni (*ibid.*, § 67). Taj izostanak objave informacija ukazuje na poteškoće u prikupljanju pouzdanih informacija o pitanju koje je predmet spornih članaka i potvrđuje presudnu ulogu medija kao javnog čuvara u tom kontekstu (*ibid.*). Pa ipak, Sud je na kraju svoje analize prihvatio da stajalište nacionalnih sudova, prema kojemu podnositeljica zahtjeva nije dovoljno pomno istražila svoje tvrdnje prije objave članaka, nije očito nerazumno („*manifestly unreasonable*“) (*ibid.*, § 68). U skladu s time, osuda podnositeljice zahtjeva može se smatrati nužnom za zaštitu ugleda osoba na koje se članci i tvrdnje navedene u njima odnose (*ibid.*).

Unatoč tome, Sud je na kraju ustanovio da je novčana kazna koju je podnositeljica zahtjeva morala platiti – nešto manje od 3800 eura, što je više od 35 mjesečnih plaća podnositeljice zahtjeva – važan čimbenik koji doprinosi mogućem obeshrabrujućem učinku („*chilling effect*“) provedenog postupka na nju, kao i na druge novinare (*ibid.*, § 71). Sukladno tome, Sud je zaključio da nametnuta kazna nije proporcionalna legitimnom cilju kojem su državne vlasti težile niti nužna u demokratskom društvu, te da je stoga došlo do povrede prava na slobodu izražavanja podnositeljice zahtjeva (*ibid.*, § 75).

4. ZAKLJUČAK

Očito je da Sud, kroz svoju praksu, pridaje veliku važnost članku 10. Konvencije, odnosno pravu na slobodu izražavanja, kao sredstvu za razotkrivanje nepravilnosti i nezakovitosti u postupanju državnih službenika i dužnosnika. Uz to, s obzirom na to da se u takvim slučajevima često u sukobu nalaze pravo na slobodu izražavanja i pravo na zaštitu privatnog života, Sud se izjasnio u korist zaštite prava na slobodu izražavanja kada je riječ o izjavama koje razotkrivaju protuzakonita postupanja ili korupciju javnih vlasti. Tako je Sud u predmetu Cihan Öztürk protiv Turske (br. 17095/03, § 32, 9. lipnja 2009.) naglasio da, iako se u skladu sa stavkom 2. članka 10. Konvencije sloboda govora može ograničiti kako bi se zaštitio ugled drugih, nacionalni zakoni o kleveti ili postupci zbog klevete ne mogu biti opravdani ako je njihova svrha ili učinak sprječavanje legitimne kritike javnih službenika i dužnosnika ili razotkrivanja protuzakonitog postupanja ili korupcije.

Dr. sc. Krešimir Kamber,
Europski sud za ljudska prava, ured Jurisconsulta (Hrvatska)*

PREKORAČENJE OVLASTI U SVIJETLU ČLANKA 18. EUROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA

UDK: 341.231.14(4)
341.645(4)
Prethodno znanstveno priopćenje
Primljeno: 17. 1. 2024.

1. UVOD

Članak 18. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda („Konvencija“) – koji nosi naslov „Granice primjene ograničenja prava“ – jedna je od kompleksnijih normi konvencijskog sustava. Pišući o članku 18. u jednom od svojih stručnih radova, sudac Europskog suda za ljudska prava („Sud“) Egidijus Kūris je istaknuo kako je potraga za koherentnom metodologijom razmatranja tog članka „hrvanje“ s njegovim temeljnim konceptima.¹

Razmatranje u ovom članku će biti manje dramatično i ambiciozno. Ono će biti usmjereno k analizi temeljnih odrednica prakse Suda vezano uz ovaj članak što je, kako se vidi iz prethodnog aforizma suca Kūrisa, samo po sebi prilično ambiciozan i složen projekt.

Članak se sastoji od četiri dijela: razmatranje položaja članka 18. u strukturi konvencijske zaštite, analizira temeljnih načela članka 18. utvrđenih u presudi Velikog vijeća *Merabishvili protiv Gruzije*,² kratki osvrt na primjenu članka 18. u praksi Suda, te zaključna razmatranja o stanju vladavine prava u europskom pravnom području.

* Krešimir Kamber, Europski sud za ljudska prava, Uprava Jurisconsulta/Ured Predsjednice Suda; Fakultet prava i kriminologije Sveučilišta u Gentu. Iznesena mišljenja su osobna.

¹ Kūris, „Wrestling with the ‘Hidden Agenda’: Toward a Coherent Methodology for Article 18 Cases“, u: Lemmens et al, *Human rights with a human touch* (Intersentia, 2019) 539.

² *Merabishvili protiv Gruzije* [VV], br. 72508/13, 28.11.2017.

2. ČLANAK 18. U STRUKTURI KONVENCIJSKE ZAŠTITE

Članak 18. Konvencije je otvorena i opća konvencijska norma,³ koja naizgled ima ograničen sadržaj. Međutim, u smislu normiranja temeljnih prava u pravnim izvorima najvišeg ranga, članak 18. predstavlja ogledan primjer odredbe koja omogućuje široko sudsko tumačenje i određenje.⁴ Ona, interesantno, nema istovjetan pandan u sustavu Povelje Europske unije o temeljnim pravima (2016/C 202/02) niti u Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima, iako bi se po nekom tumačenju, članak 54. Povelje⁵ i članak 5. Pakta⁶ mogli shvatiti na način koji je blizak smislu primjene članka 18. Konvencije.⁷

Za potpuno razumijevanja članka 18. potrebo je vratiti vremeplov u 1949. kada su vizionari europskog ujedinjenja – tada malog broja demokratskih država Zapadne Europe – utemeljenom na sustavu zajedničkih vrijednosti ljudskih prava, vladavine prava i demokracije, tražili način kako osigurati da se užasi Drugog svjetskog rata više ne ponove.

U tom kontekstu, razmatrajući značaj Konvencije i Suda u osiguranju poštivanja navedenih vrijednosti, Pierre-Henri Teitgen (francuski političar i kasnije sudac Europskog suda) je naveo slijedeće:⁸

„Demokracije ne postaju nacističke zemlje u jednom danu. Zlo napreduje lukavo, s manjinom koja, takoreći, djeluje kako bi uklonila poluge kontrole. Jedna po jedna sloboda se guši, u jednoj sferi za drugom. Javno mnijenje i cjelokupna savjest su zagušeni ...

Potrebno je intervenirati prije nego što bude prekasno. Negdje mora postojati savjest koja će uzbuniti umove nacije ugrožene ovom progresivnom korupcijom ...

³ Članak 18. Konvencije glasi ovako: „Ograničenja prava i sloboda dopuštena ovom Konvencijom neće se primjenjivati u druge svrhe osim onih za koje su propisana.“

⁴ Satzger, Zimmermann, E., Does Art. 18 ECHR grant protection against politically motivated criminal proceedings? – Rethinking the interpretation of Art. 18 ECHR against the background of new jurisprudence of the European Court of Human Rights, 4 *European Criminal Law Review* (2014), 91, 109.

⁵ Koji glasi ovako:

„Nijedna odredba ove Povelje ne smije se tumačiti kao da podrazumijeva pravo na poduzimanje bilo kakve aktivnosti ili izvršavanja bilo kakvog djela čiji je cilj uništenje bilo kojeg od prava i sloboda priznatih ovom Poveljom ili njihovo ograničavanje više nego što je predviđeno Poveljom.“

⁶ Koji glasi ovako:

„1. Ništa se u ovom Paktu ne smije tumačiti tako da podrazumijeva pravo neke države, grupe ili pojedinca da poduzmu bilo koju akciju ili izvrše bilo koji čin kojim se poništava neko od ovdje utvrđenih prava i sloboda, ili ograničava u većoj mjeri nego što je to Paktom predviđeno.

2. Nije dopušteno nikakvo ograničavanje ili derogiranje temeljnih ljudskih prava koja su priznata ili koja prema zakonu, konvenciji, propisima ili običaju postoje u nekoj državi stranci ovoga Pakta, pod izgovorom da ovaj Pakt ne priznaje takva prava ili da ih priznaje u manjem opsegu.“

⁷ V. npr. UN Odbor za ljudska prava, *Delia Saldias de Lopez protiv Urugvaja*, 52/1979, CCPR/C/OP/1, 1984, para 12.3. V. dalje Heri, “Loyalty, Subsidiarity, and Article 18 ECHR: How the ECtHR Deals with *Mala Fide* Limitations of Rights”, 1 *European Convention on Human Rights Law Review* (2020), 42-43.

⁸ Travaux Préparatoires, Vol II, 60–62.

Međunarodni sud, unutar Vijeća Europe, te sustav nadzora i jamstava, mogli bi biti savjest koja nam je svima potrebna ...“

Međutim, isto tako, Teitgen je istaknuo:

„Manje nam je stalo do uspostave europskog pravnog tijela koje je sposobno ispraviti izolirane nepravde, izolirane nezakonite radnje počinjene u našim zemljama, nego da spriječimo, od samog početka, postavljanje fašističkog ili nacističkog režima u jednoj ili drugoj od ovih zemalja. tip. To je bitan element naše svrhe ...“

Teitgen nije spomenut slučajno. Upravo je on sudjelovao u pripremi teksta članka 18. Konvencije. U tom kontekstu, obrazlažući prijedlog grupe stručnjaka koji su temeljili tekst članka 18. na francuskom konceptu „*détournement de pouvoir*“, i njegovoj engleskoj inačici „*misapplication of power*“, Tietgen je primijetio da u francuskom upravnom pravu postoji koncept ograničenja „*légalité interne*“. To je doveo u svezu s konceptom zlorporabe ovlasti administracije koja u Francuskoj može biti sankcionirana od strane Državnog savjeta.⁹

Danas se u teoriji uzima da je članak 18. bitno određen konceptom zlorporabe ovlasti (*détournement de pouvoir*) koji nalazimo u francuskom ili belgijskom upravnom pravu.¹⁰ Međutim, iako je nedvojbeno, kako smo prethodno vidjeli, članak 18. inspiriran tim konceptom, potrebno je voditi računa da se on ne može potpuno poistovjećivati s konceptom zlorporabe ovlasti (*détournement de pouvoir*) ili bilo kojim drugim sličnim konceptom koji nalazimo u nacionalnim zakonodavstvima, kao što je npr. prekoračenje ovlasti (*ultra vires*) ili povreda prirodnog prava (*natural justice*) u pravnom sustavu Ujedinjenog Kraljevstva, ili očigledne nepravda (*manifesta ingiustizia*) u talijanskom pravu, ili prekoračenja ovlasti u hrvatskom pravu.¹¹ Nekoliko je razloga za to, pri čemu je nužno ukazati na dva.

Prvo, elaboriranje članka 18. u okviru konvencijskog sustava bilo je usmjereno izbjegavanju mogućnosti da totalitarni i nedemokratski režimi koriste inače legitimna pravna sredstva za svoje nelegitimne ciljeve. To je jasno elaborirao talijanski delegat u postupku pripreme Konvencije, koji se referirao na predratne ustavnopravne i društvene okolnosti u njegovoj zemlji,¹² a to slijedi i iz svrhe cijelog konvencijskog sustava, kako je to objasnio Teitgen, S druge strane, nacionalni koncepti zlorporabe ovlasti u upravnom pravu se odnose i na situacije koje se pojavljuju u uređenim i demokratskim društvima u kojima se još uvijek može dogoditi da administracija naprosto prekorači odnosno zlorporabi svoju ovlast. Drugim riječima, svrha članka

⁹ Travaux Préparatoires, Martinus Nijhoff, vol. V, 1979, 293; v. Merabishvili, § 154. Postoji i drugačije tumačenje pravne osnove koja je inspirirala članak 18. po kojem je on inspiriran konceptom „zlorporabe prava“ koji se uvriježio u međunarodnom javnom pravu kroz praksu Međunarodnog suda pravde (Keller, Bates, *Article 18 ECHR in Historical Perspective and Contemporary Application*, 39 Human Rights Law Journal (2019), 5.

¹⁰ Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve du détournement de pouvoir*, Rev. trim. dr. h. (130/2022), 225.

¹¹ V. usporodeni prikaz u Pehar, *Razlozi zbog kojih se upravni akt može pobijati u upravnom sporu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 45, 1/2008., 101; v. dalje Britvić Vetma i Bassegli Gozze, *Prava i obveze upravnih sudova – Sporna pitanja u praksi*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 53, 1/2016., 207.

¹² Travaux Préparatoires, CDH(75)11, str. 4.

18. je rješavanje problema koji potkopavaju same temelje demokratskog društva, a ne adresiranje izoliranih nepravdi ili izoliranih nezakonitih radnji.¹³

Drugo, Sud je jasno ukazao da je članak 18. „konvencijska verzija“ zlorabe ovlasti (*détournement de pouvoir*) koju nalazimo ne samo u nacionalnim zakonodavstvima nego i pravu Europske Unije.¹⁴ Ona se temelji na specifičnim konvencijskim načelima i načinom procjene, koji nisu strogo vezani za pravila izvan konvencijskog prava, iako nedvojbeno služe kao inspiracija za tumačenje Konvencije.¹⁵ Osim toga, s konvencijskog aspekta, primjena članka 18. prelazi granice upravnog prava i primjenjuje se na bilo koji oblik zlorabe ovlasti od strane države, što može biti – kako često i je slučaj – u području kaznenog prava.

U strukturi konvencijskog sustava, članak 18. nema samostalno djelovanje. Može se primijeniti samo u svezi s nekom drugom odredbom Konvencije koja, prema uvriježenom tumačenju, predviđa mogućnost ograničenja. Dakle, mora se raditi o „kvalificiranim“ pravima i slobodama koje, suprotno apsolutnim normama kao što je zabrana mučenja pod člankom 3. Konvencije, mogu biti podložne ograničuju od strane državnih tijela. Primjer takvih normi su članak 5(1) i članci 8. do 11. Konvencije. Još uvijek je otvoreno pitanje može li se članak 18. primijeniti u svezi s člankom 6. Konvencije, odnosno radi li se o normi koja predviđa mogućnost ograničenja te time primjene članka 18.¹⁶

Okako shvaćanje članka 18., naime njegove vezanosti samo uz „kvalificirana“ prava odnosno prava koja su podložna ograničenju, izgleda da potječe od stajališta Europske komisije za ljudska prava u predmetu *Kamma protiv Nizozemske* iz 1974.¹⁷ Iako osim strogo gramatičkog tumačenja teksta članka 18. koji se referira na „ograničenja“, *Kamma* ne sadrži nikakve daljnje razloge za navedeno tumačenje, Sud takvo tumačenje nekritički prihvaća do danas.

U literaturi se navedeno tumačenje često dovodi u pitanje, pri čemu se upućuje na svrhu konvencijske zaštite i vezu vladavine prava s člankom 6. Konvencije.¹⁸ Međutim, takve primjedbe su često usputne bez daljnje analize koherentnosti takvog stajališta s aspekta strukture konvencijskog sustava, unutar i izvan okvira samog članka 6.

Već je prethodno navedeno da je svrha članka 18. zaštita demokratskog društva od opasnosti nedemokratskih tendencija i napada na vladavinu prava. U tom smislu, članak 18. se može uzeti kao zabrana da se mjere kojima se zadire u ljudska prava pojedinca poduzimaju u druge svrhe osim onih za koje su propisane. Članak 18. ne

¹³ V. dalje Satzger i dr, op. cit., 111-112.

¹⁴ Članak 263(2) Ugovora o funkcioniranju Europske Unije.

¹⁵ *Merabishvili*, § 306.

¹⁶ *Wałęsa protiv Poljske*, no. 50849/21, § 306, 23.11.2003.

¹⁷ *Kamma protiv Nizozemske* (izvješće Komisije), no. 4771/71, 14.07.1974., str. 9. V. dalje Tsampi, *The new doctrine on misuse of power under Article 18 ECHR: Is it about the system of contre-pouvoirs within the State after all?*, 38(2) Netherlands Quarterly of Human Rights (2020), 141.

¹⁸ Satzger i dr, op. cit., 104, 260-261; Heri, op. cit., 37; Keller, Bates, op. cit., 9-10; Leach, Donald, *Rule of Law in Peril? Checking States' Misuse of Power – Implications and Consequences of Article 18 Violations*, u: Kjølbro i dr., *Liber Amicorum Robert Spano* (Anthemis 2022), 403.

govori ništa o pravnoj regulaciji “ograničenja” odnosno zadiranja. U praksi, ono može biti propisano Konvencijom, Ustavom ili nacionalnim zakonodavstvom.

Za potrebu analize možemo uzeti apsolutnu normu članka 3. Konvencije. Ona, u načelu, ne sadrži mogućnost nikakvog ograničenja te mora u svim uvjetima biti u cijelosti ostvarena. Postavlja se, međutim, pitanje što predstavlja zadovoljenje ove norme „u cijelosti“. Svaka norma, pa tako i članak 3., ima određeni definicijski opseg.¹⁹ Vrlo često kontekst određuje varijacije u opsegu. Uzmimo, npr., uvjete u zatvoru u odnosu na koje je Sud rekao da „bi potpali pod članak 3., patnja i poniženje u pitanju moraju u svakom slučaju ići dalje od neizbježnog elementa patnje i poniženja povezanog s oduzimanjem slobode.”²⁰ Time dakle “ograničenje” koje proizlazi u donosu na patnju i poniženje povezano s oduzimanjem slobode može varirati i može biti dopušteno sve dok je „neizbježno“.

Kada ovu raspravu pretočimo na članak 18., vidimo da je nužno razlikovati situacije gdje se patnja i poniženje pojavljuju kao „neizbježna“ posljedica zakonitog i legitimnog oduzimanja slobode od situacija gdje se oni pojavljuju kod oduzimanja slobode koje smjera cilju i svrsi koja nije propisana i prihvatljiva prema zakonu, Ustavu ili Konvenciji. Osim toga, čak i s aspekta teleološkog tumačenja članka 18. – koje je potpuno prihvatljivo u tumačenju konvencijskih normi²¹ – teško je opravdati tumačenje po kojem bi, npr., oduzimanje slobode u svrhu političkog progona neke osobe potpalo pod opseg članka 18. (budući da bi članak 5. bio primjenjiv), dok, istovremeno, smještaj te osobe u potpuno neprimjerene zatvorske uvjete kako bi ju se dodatno kaznilo ne bi potpalo pod članak 18. jer se radi o problemu pod člankom 3. koji je apsolutna norma. U ovom primjeru možemo ići i dalje. Uzmimo da se kazneni postupak temelji na mjerama posebnih istražnih radnji koje su poduzete u svrhu političkog progona, što je problem pod člankom 18. u svezi s člankom 8. Konvencije, dok istovremeno oduzimanje slobode u potpuno neprimjerenim uvjetima u tu istu svrhu ne bi bilo problem pod člankom 18. jer bi se on uzeo u svezi s člankom 3. Konvencije. Time bi se proizveo učinak gdje bi se zaštita temeljnih načela demokratskog društva, čemu smjera članak 18., ostvarivala kroz normu (članak 8.) kojom se na manje intenzivan način zadire u prava pojedinca, dok bi se primordijalna zabrana mučenja pod člankom 3. zanemarila.

Ovakvo tumačenje ne samo da bi bilo protivno spomenutom konceptu „ograničenja“, već bi bilo i u proturječju sa svrhom članka 18., što otvara pitanje potrebe daljnjeg razvitka prakse Suda u ovom području.

Nesamostalno djelovanje članka 18. u praksi znači da – kada navodi da „ograničenja ... neće se primjenjivati u druge svrhe osim onih za koje su propisana“ – on nadopunjuje ograničenja prava i sloboda navedenih u Konvenciji. Međutim, time ne služi samo za pojašnjenje opsega klauzula o ograničenju, nego i izričito zabranjuje

¹⁹ V. dalje Addo, Grief, *Does Article 3 of The European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?*, 9 *European Journal of International Law* (1998), 510-524.

²⁰ *Muršić protiv Hrvatske* [VV], br. 7334/13, § 99, 20.10.2016.

²¹ *Slovenija protiv Hrvatske* [VV] (odluka), br. 54155/15, § 60, 18.11.2020.

ograničavanje prava i sloboda u svrhe koje nisu propisane samom Konvencijom. U tom smislu, članak 18. je istovremeno komplementarna i autonomna norma.²²

Do povrede članka 18. dolazi samo ako je pravo ili sloboda u pitanju podložno ograničenju koje je imalo neki skriveni cilj ili svrhu. Namjera postupanja javne vlasti se, dakle, može odrediti kao postupanje sa „skrivenom namjerom“. Iz toga proizlazi da sama činjenica da je došlo do povrede neke kvalificirane norme Konvencije (kao npr. članka 8.) jer ograničenje prava ili slobode nije bilo u skladu s Konvencijom, ne znači da je došlo i do povrede članka 18. Sud je pojasnio da je ispitivanje pritužbe prema tom članku opravdano samo ako je to „temeljni aspekt“ predmeta.²³ S druge strane, činjenica da je neko ograničenje prava i sloboda bilo u skladu sa svrhom propisanom Konvencijom, ne isključuje nužno povredu članka 18. Inače bi ta norma izgubila svoj autonoman značaj.

Sud nije u apstraktnom smislu definirao pojam „skrivena namjera“. Utvrđenje takvog postupanja je faktično pitanje koje se utvrđuje u okolnostima konkretnog predmeta. Međutim, s obzirom na izvorišnu osnovu članka 18. u konceptu *détournement de pouvoir*, može se smatrati da on pokriva slijedeće oblike postupanja: djelovanje sukladno osobnim interesima nositelja javne vlasti, djelovanje nositelja javne vlasti u svrhu nanošenja štete drugoj osobi, rad tijela uprave u korist određene osobe, te zanemarivanje općeg javnog interesa u radu tijela uprave.²⁴

Konačno, valja navesti da je članak 18. u uskoj vezi s člankom 17. Konvencije koji zabranjuje zlouporabu prava,²⁵ odnosno oslanjanje bilo kojeg pojedinca ili države na Konvenciju kako bi poduzeli radnje koje smjeraju k uništenju prava ili sloboda priznatih Konvencijom ili na njihovo ograničenje u većoj mjeri nego što se u njoj predviđa. Obje norme – članci 17. i 18. – smjeraju zabraniti zlouporabe prava bilo u njihovom korištenju ili poduzimanju mjera kojima se ograničavaju.

Neki autori²⁶ su mišljenja da se članak 17. primjenjuje samo na zlouporabu prava od strane pojedinca, dok se članak 18. primjenjuje na zlouporabu prava od strane države određujući „ograničenje propisanim ograničenjima“. ²⁷ Iako je takvo tumačenje uistinu moguće s obzirom na paralelno, i dosta kasno, uvođenje ova dva članka u katalog konvencijskih normi, ono zanemaruje činjenicu da članak 17. ima dva odvojena aspekta. U prvom govori o zlouporabi prava pojedinca ili države pri oslanjanju na Konvenciju, dok u drugom govori o ograničenju prava u većoj mjeri nego što je predviđeno.²⁸ Dakle, članak 17. smjera postavljanju granica *opsega* ograničenja dok članak 18. postavlja granice *svrhe* ograničenja.²⁹ Na ovaj način se

²² *Selahattin Demirtaş protiv Turske* (br. 2) [VV], br. 14305/17, § 421, 22.12.2020.

²³ *Navalnyy protiv Rusije* [VV], br. 29580/12 et al, § 166, 15.11.2018.

²⁴ Tsampi, op. cit., 140.

²⁵ V. dalje Heri, op. cit., 25.

²⁶ Ibid; Keller, Bates, op. cit., 4.

²⁷ Satzger i dr, op. cit., 105.

²⁸ *Mozer protiv Moldavije i Rusije* [VV], br. 11138/10, §§ 219-223, 23.02.2016. Sud još nije razvio praksu u području ovog „drugog aspekta“ članka 17. Konvencije. V., međutim, izdvojeno mišljenje sudaca Pejchal, Dedov, Ravarani, Eicke i Paczolay u *Navalnyy protiv Rusije* [VV], br. 29580/12, 15.11.2018.

²⁹ *Engel i drugi protiv Nizozemske*, br. 5100/71 i dr., § 104, 8 June 1976.

ostvaruje komplementarnost a ne uzajamna isključivost navedenih konvencijskih normi.

3. MERABISHVILI PROTIV GRUZIJE

Kako, međutim, utvrditi da postoji skrivena namjera u postupanju? Što ako određeno ograničenje prava i sloboda ima neki legitiman i opravdan cilj te istovremeno i neku drugu svrhu koja nije propisana Konvencijom? Na primjer, što ako kazneni postupak protiv nekog političara smjera njegovom stvarnom progonu za kazneno djelo za koje se, na temelju valjanih dokaza, osnovano sumnja da ga je počinio, ali istovremeno služi u datom trenutku kao shodan alat političkim oponentima koji drže u rukama konce (pravosudne) moći da ga uklone iz političkog života?³⁰ Je li takav kazneni postupak provođenje pravde ili provođenje politike, ili pomalo od svega?

Ovim pitanjima Sud se bavio u predmetu *Merabishvili protiv Gruzije*, koji je prethodno spomenut. U tom predmetu Sud je utvrdio temeljna načela primjene članka 18. koja su sada važeće konvencijsko pravo u ovom pitanju.

Gospodin Merabishvili – podnositelj zahtjeva – je gruzijski političar koji je bio blizak suradnik bivšeg predsjednika Gruzije Mikheila Saakashvilija. U periodu 2005. do 2012. je bio ministar unutarnjih poslova a potom i premijer. Međutim, nakon parlamentarnih izbora 2012. na vlast je došla oporbena stranka te je on uklonjen s vlasti. Uslijedilo je razdoblje u kojem su protiv brojnih bivših dužnosnika podnositeljeve političke stranke pokrenuti kazneni postupci, bivši predsjednik Saakashvili napustio je zemlju, a sam podnositelj je pokušao prijeći granicu na aerodromu u Tbilisiju upotrijebivši lažnu putovnicu. U tome nije uspio već je bio uhićen te mu je određen istražni zatvor zbog sumnje na počinjenje kaznenog djela zlorabe položaja i ovlasti. Podnositelj je osporavao takvo oduzimanje slobode, tvrdeći da je glavni cilj istog prije svega bio njegovo uklanjanje s političke scene i dobivanje informacija od njega vezane za smrt bivšeg premijera te bankovne račune bivšeg predsjednika. Također je tvrdio da je tijekom noći u prosincu 2013. bio potajno izveden iz zatvorske ćelije i odveden do ravnatelja zatvorske uprave gdje ga je tadašnji Glavni tužitelj ispitivao o gore navedenim okolnostima. Nacionalni sudovi su odbili njegove prigovore i on je u konačnici proglašen krivim za većinu kaznenih djela za koja je optužen.

Pred Sudom, podnositelj se žalio pod člankom 5. (pravo na slobodu) te člankom 18. u svezi s člankom 5. stavkom 1. Konvencije navodeći da je njegovo oduzimanje slobode bilo nezakonito, neopravdano i poduzeto ciljem da se na njega izvrši pritisak

³⁰ V. Assemblée parlementaire, Résolution 1685 (2009) *Allégations d'abus du système de justice pénale, motivée par des considérations politiques, dans les États membres du Conseil de l'Europe*.

u vezi s istragom koja nije bila povezana s navedenim kaznenim djelima za koja je optužen.

Predmet *Merabishvili* omogućio je Sudu (Velikom vijeću) da posloži metodologiju razmatranja članka 18. koja je tijekom prethodnih godina postala prilično zamršena te možemo reći donekle i nekonzistentna. Osim toga, kao što je prethodno navedeno, Sud je u ovom predmetu objasnio kako postupati kada postoji više svrha (*pluralité de buts*) zbog kojih je ograničenje određenog prava ili slobode primijenjeno.

Sud je najprije pojasnio položaj članka 18. u strukturi konvencijske zaštite te temeljna pravila tumačenja te norme, vezana uz njezinu komplementarnu i autonomnu prirodu, o čemu sam ranije govorio.

Potom je pojasnio da u slučaju kada postoji više svrha zbog kojih je ograničenje određenog prava ili slobode primijenjeno, moguće je da neke od njih budu obuhvaćene odgovarajućom klauzulom o ograničenju, dok druge ne. U takvim situacijama, sama prisutnost svrhe koja ne spada u odgovarajuću klauzulu ograničenja ne može sama po sebi dovesti do povrede članka 18. Po mišljenju Suda, postoji značajna razlika između situacija gdje je propisana svrha bila ona koja je doista motivirala postupanje javne vlasti, iako su također željeli dobiti neku drugu prednost, te situacija u kojima je propisana svrha, iako prisutna, u stvarnosti bila samo paravan koji je vlastima omogućio postizanje druge prikrivene svrhe, što je bio njihov najvažniji motiv. Smatrati da je postojanje bilo koje druge svrhe samo po sebi u suprotnosti s člankom 18. ne bi opravdalo tu temeljnu razliku i bilo bi u suprotnosti s ciljem i svrhom članka 18., a to je zabrana zlouporabe ovlasti.³¹

Na temelju ovih razmatranja, Sud je utvrdio da ukoliko postoji više svrha postupanja – jedna legitimna a druga ne – do povrede članka 18. će doći samo ako je postupanje pretežito određeno radi postizanja druge svrhe koja nije propisana Konvencijom, odnosno ako je ta druga svrha prevladavala. S druge strane, ako je propisana svrha bila prevladavajuća, ograničenje ne bi bilo u suprotnosti s člankom 18., čak i ako je postojala druga svrha koja nije propisana Konvencijom. Koja je svrha prevladavala u određenom slučaju je *questio facti*³². Ovakvo stajalište Suda kritizirano je u literaturi s napomenom da prihvaćanje postojanja nelegitimne svrhe postupanja u određenom predmetu, bez obzira na njezin stupanj, predstavlja u biti prihvaćanje, npr., opravdanosti postupanja koje sadrži elemente političkog progona.³³

Sud je nadalje pojasnio teret i standard dokazivanja u predmetima u kojima se ističe prigovor zlouporabe ovlasti. Naveo je da se strogo pravilo o teretu dokazivanja – teret je na onome tko iznosi tvrdnju (*affirmanti incumbit probatio*) – ne može uvijek striktno primijeniti u ovom kontekstu, već Sud uzima u obzir sve činjenice koje su pred njim iznesene, a po potrebi i sam pribavlja dokaze za koje smatra

³¹ *Merabishvili*, § 303.

³² *Ibid.*, § 305.

³³ Heri, op. cit., 31

da su nužni za utvrđenje činjenica. Činjenice moraju biti dokazane „izvan svake razumne sumnje“ (*beyond reasonable doubt*), a Sud je pri ocjeni dokaza slobodan procijeniti ne samo dopuštenost i relevantnost već i dokaznu vrijednost svakog dokaznog prijedloga. U svakom slučaju, dokazivanje nije ograničeno na postojanje izravnog dokaza. Posredni dokazi u ovom kontekstu koji se mogu prihvatiti su informacije o primarnim činjenicama, ili kontekstualne činjenice ili slijed događaja koji može činiti osnovu za zaključivanje o primarnim činjenicama. Izvješća ili izjave međunarodnih promatrača, nevladinih organizacija ili medija, ili odluke drugih nacionalnih ili međunarodnih sudova često se uzimaju u obzir kako bi se posebno rasvijetlile činjenice ili potvrdile nalaze Suda.³⁴

U konkretnom predmetu *Merabishvili*, Sud je utvrdio da je u prvih sedam mjeseci istražnog zatvora podnositelja prevladavajuća svrha oduzimanja slobode bila istraga kaznenih djela utemeljena na osnovanoj sumnji, a kasnije je svrha postala dobivanje informacija o smrti bivšeg premijera i bankovnih računa bivšeg predsjednika što je i pokazalo tajno odvođenje podnositelja iz zatvorske ćelije, koje je Sud smatrao dokazanim na temelju indicija i okolnosti postupanja vlasti koje su nastojale prikriti činjenice vezano uz događaj. Sud je stoga utvrdio povredu članka 18. u svezi s člankom 5(1) Konvencije.

4. PRIMJENA ČLANKA 18. KONVENCIJE

Članak 18. je norma na koju se podnositelji rijetko pozivaju te u odnosu na koju nema puno dopuštenih predmeta, a kamoli povreda. Do 2004. Sud se gotovo nije uopće bavio člankom 18. To možda nije iznenađujuće s obzirom na prethodno navedenu značajku ovog članaka da adresira probleme koji potkopavaju same temelje demokratskog društva, a ne izolirane nepravde, što treba dovesti u vezu s činjenicom da su države članice Konvencije do 1990-tih bile uglavnom konsolidirane demokracije s funkcionirajućim sustavom ravnoteže između različitih razina vlasti.³⁵ U ovom kontekstu, valja uzeti u obzir i načelo međunarodnog javnog prava po kojem postoji pretpostavka da države postupaju u dobroj vjeri s obzirom na svoje međunarodne obveze,³⁶ u ovom slučaju prava i slobode zajamčene Konvencijom.

Tek nakon pristupanja velikog broja država istočnog bloka – primarno onih pod sferom ruskog utjecaja – Sud počinje nalaziti povrede članka 18. Prvi takav predmet je bio *Gusinskiy protiv Rusije*,³⁷ gdje je medijski mogul optužen i stavljen u istražni zatvor kako bi bio prisiljen prodati svoju medijsku tvrtku državnoj tvrtki. Usljedili

³⁴ *Merabishvili*, §§ 309-317.

³⁵ U odnosu na neka daljnja objašnjenja institucionalne naravi vezano uz funkcioniranje konvencijskog sustava, v. Satzger i dr, op. cit., 93.

³⁶ V. dalje Kolb, *La bonne foi en droit international public* (PUF 2001); Foster, “Burden of Proof in International Courts and Tribunals”, 29 *Australian Year Book of International Law* (2010) 28.

³⁷ *Gusinskiy protiv Rusije*, br. 70276/01, 19.05.2004.

su slični predmeti protiv Moldavije,³⁸ Gruzije,³⁹ Ukrajine⁴⁰ i Azerbajdžana,⁴¹ te još nekoliko predmeta protiv Rusije,⁴² a potom i protiv Turske.⁴³

Predmeti gdje je Sud našao povrede članka 18. se uglavnom odnose na suzbijanje političke ili društvene opozicije od strane vladajućih struktura. To su slučajevi u kojima vladajuće strukture nastoje suzbiti bilo kakav demokratski *contre-pouvoir* i gdje pravosuđe ne reagira u svrhu sprječavanja takvih zloporaba. Povrede koje Sud nalazi u ovakvim predmetima su osobito teške i nose posebnu stigmu za državu u pitanju.⁴⁴

Dobro su poznati predmeti *Aleksey Navalnyy protiv Rusije*, *Ilgar Mammadov protiv Azerbajdžana* ili *Kavala protiv Turske*. Zabrinjavajuća indikacija za demokratsku (ne)stabilnost našeg kontinenta je činjenica da su dva prethodno navedena predmeta (*Ilgar Mammadov* i *Kavala*) dovela i do daljnjih postupaka pred Sudom u kojima je Sud, na zahtjev Odbora ministara Vijeća Europe, konstatirao da države nisu izvršile te presude te poduzele odgovarajuće mjere kojima bi adresirale situacije protivne članku 18. Konvencije.⁴⁵

U posljednje vrijeme postoji još jedan izuzetno zabrinjavajući trend koji ukazuje na podrivanje sudbene vlasti u nekim državama. U 2021., u predmetu *Miroslava Todorova protiv Bugarske*,⁴⁶ Sud je utvrdio povredu članka 18. u svezi s člankom 10. Konvencije (sloboda izražavanja) vezano uz disciplinski postupak protiv predsjednice udruženja sudaca za koji je Sud našao da je pretežito smjerao kažnjavanju i zastrašivanju podnositeljice zbog njezinih kritika prema Državnom sudbenom vijeću i izvršnoj vlasti.

Slično tome, u 2022., u predmetu *Juszcyszyn protiv Poljske*,⁴⁷ Sud je utvrdio povredu članka 18. u svezi s člankom 8. Konvencije (pravo na poštivanje privatnog života) vezano uz suspenziju iz službe žalbenog suca koji je provjeravao zakonitost imenovanja suca nižeg suda od strane novog „reformiranog“ Državnog sudbenog vijeća. Sud je našao da je suspenzija pretežito smjerala sankcioniranju podnositelja i odvrćanju od primjene pravnih standarda koji proizlaze iz prava na pošteno suđenje pod člankom 6(1) Konvencije.

Potonji predmet dio je serije predmeta u odnosu na Poljsku u kojima je Sud utvrdio da su pravosudne reforme u Poljskoj koje su smjerale reorganiziranju sudbene vlasti, a u stvarnosti njezinom slabljenju, bile protivne načelu vladavine

³⁸ *Cebotari protiv Moldavije*, br. 35615/06, 13.11.2007.

³⁹ *Merabishvili*, op. cit.

⁴⁰ *Tymoshenko protiv Ukrajine*, br. 49872/11, 30.04.2013.

⁴¹ *Ilgar Mammadov protiv Azerbajdžana*, br. 15172/13, 22.05.2014.

⁴² *Npr., Navalnyy*.

⁴³ *Kavala protiv Turske*, br. 28749/18, 10.12.2019.; *Selahattin Demirtaş protiv Turske (br. 2)* [VV] br. 14305/17, 22.12.2020.

⁴⁴ *Tsampi*, op. cit., 140

⁴⁵ *Ilgar Mammadov protiv Azerbajdžana* (članak 46(4)) [VV], br. 15172/13, 29.05.2019.; *Kavala protiv Turske* (članak 46(4)) [VV], br. 28749/18, 11.07.2022.

⁴⁶ *Miroslava Todorova protiv Bugarske*, br. 40072/13, 19.10.2021.

⁴⁷ *Juszcyszyn protiv Poljske*, br. 35599/20, 06.10.2022.

prava koje zahtjeva Konvencija.⁴⁸ Recentna odluka u tom nizu je donesena u predmetu legendarnog poljskog sindikalnog aktivista i državnika Lecha Wałęse u kojem je Sud, u odnosu na izvanredno ukidanje presude za klevetu donesene u njegovu korist deset godina ranije, pronašao povrede članaka 6. i 8. Konvencije a sve u svezi sustavnog problema poljskog pravosuđa da djeluje s skladu sa zahtjevima vladavine prava. Sud je taj predmet upotrijebio kao pilot presudu⁴⁹ za problem poljskog pravosuđa te pod članom 46. Konvencije ukazao na reforme koje je potrebno poduzeti na nacionalnom nivou kako bi se takvo stanje uskladilo sa zahtjevima Konvencije.⁵⁰ Nedugo nakon donošenja presude, nova poljska Vlada izvijestila je Sud da potpuno prihvaća presudu i da će poduzeti sve potrebne mjere kako bi se ona uredno izvršila.⁵¹

5. UMJESTO ZAKLJUČAKA

S obzirom na zabrinjavajuće primjere spomenute u prethodnom poglavlju, slijedi li zaključak da postoji svojevrsna atrofija koncepta vladavine prava u europskom pravnom području? Ili si ipak možemo dozvoliti malo optimizma?

Možemo reći da je članak 18. Konvencije udomljeni koncept zlorporabe ovlasti (*détournement de pouvoir*) nacionalnih zakonodavstva koji se dalje definirao i razvio u međunarodnom okruženju, obilježenom svim specifičnostima o koje su prethodno izložene. On je sada postao dio konvencijskog prava u svojoj posebnoj formi koji nacionalni sudovi i druga tijela država članica konvencijskog sustava moraju uzeti u obzir sukladno načelu supsidijarnosti.

Drugim riječima, članak 18. je spreman „vratiti se kući“ i, kako je to rekao Teitgen, služiti kao zajednički mehanizam nacionalnih sudova i Europskog suda za ljudska prava koji će uzbuniti umove nacija na opasnosti koje zlorporaba ovlasti nosi sa sobom, a sve u korist zaštite teško stečenih vrijednosti ljudskih prava, vladavine prava i demokracije.

U ovom smislu, umjesto zaključne misli koja bi ponudila odgovor na prethodno postavljena pitanja, možemo dozvoliti primjeru iz predmeta *Wałęsa* da govori sam za sebe i da posluži kao zvijezda vodilja⁵² konsolidacije vladavine prava u europskom pravnom području.

⁴⁸ *Dolińska-Ficek i Ozimek protiv Poljske*, br. 49868/19 and 57511/19, 08.11.2021.; *Advance Pharma sp. z o.o protiv Poljske*, br. 1469/20, 03.02.2022.; *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. protiv Poljske*, br. 4907/18, 07.05.2021.; *Reczkowicz protiv Poljske*, br. 43447/19, 22.07.2021.; *Grzęda protiv Poljske* [VV], br. 43572/18, 15.03.2022.; *Zurek protiv Poljske*, br. 39650/18, 16.06.2022.; *Tuleya protiv Poljske*, br. 21181/19 i 51751/20, 06.07.2023.

⁴⁹ V. dalje *The Pilot-Judgment Procedure*, Information note issued by the Registrar.

⁵⁰ *Wałęsa protiv Poljske*, br. 50849/21, 23.11.2023.

⁵¹ V. Priopćenje za javnost *Minister Radostaw Sikorski's letters to the President of European Court of Human Rights and to the Committee of Ministers of the Council of Europe*, 15.12.2023; dostupno na www.gov.pl (pristup (16.01.2024.)).

⁵² V. Spano, *The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the judiciary*, (27) *European Law Journal* (2021), 211-227.

Carine Soulay, Conseillère d'État, rapporteur à la section de l'administration

LE LIEN JURIDIQUE ENTRE EMPLOYEURS ET AGENTS PUBLICS EN FRANCE : LE STATUT ET LE CONTRAT, OPPOSES OU COMPLEMENTAIRES ?

*UDK: 35.08(44)
35.088.7(44)
Izlaganje sa znanstvenog skupa
Primljeno: 4. 12. 2023.*

1. INTRODUCTION

Il y a un peu plus de quarante ans, en France, la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires entrain en vigueur. Cette loi était la première des quatre lois, adoptées entre 1983 et 1986, qui constituent le statut général des fonctionnaires dont les règles s'appliquent encore aujourd'hui. Ces règles législatives sont désormais rassemblées dans le code général de la fonction publique¹, applicable depuis le 1^{er} mars 2022.

Il existe ainsi un ensemble de règles, législatives et réglementaires, applicables aux 5,7 millions d'agents publics, soit environ 21 % de la population active en France. Néanmoins, ces agents publics relèvent de plusieurs types d'emplois publics, comme l'a exposé précédemment la présidente Catherine de Salins dans son exposé « Emplois publics, Fonctions publiques : pluralité et particularités ». Les principales catégories de lien juridique entre les employeurs publics et leurs agents sont, d'une part, l'emploi public sous statut, qui représente 66 % du total de l'emploi public et dans lequel les agents publics sont alors qualifiés de « fonctionnaires », et l'emploi public sous contrat, qui représente désormais près de 22 % du total de l'emploi public et dans lequel les agents publics sont alors qualifiés d'« agents contractuels ».

Il est fréquent de présenter l'emploi statutaire et l'emploi contractuel dans la fonction publique comme étant opposés, car ils relèvent en principe de logiques différentes, et d'en déduire que le renforcement de l'un signifierait l'affaiblissement de l'autre. La situation me semble plus subtile. Je la présenterai en deux temps :

1^{er} temps : La conception française de la fonction publique depuis 1946, qui repose sur le statut et un recours limité au contrat, a semblé remise en question par le développement progressif de l'emploi public contractuel.

2^{ème} temps : Le statut et le contrat sont deux modalités complémentaires d'emploi public, au service de la performance et de l'attractivité des services publics.

¹ Ordonnance n° 2021-1574 du 24 novembre 2021 portant partie législative du code général de la fonction publique

2. LA CONCEPTION FRANÇAISE DE LA FONCTION PUBLIQUE DEPUIS 1946, QUI REPOSE SUR LE STATUT ET UN RECOURS LIMITE AU CONTRAT, A SEMBLE REMISE EN QUESTION PAR L'AUGMENTATION DE L'EMPLOI PUBLIC CONTRACTUEL DEPUIS LES ANNEES 2000

I – 1 – Le système français de fonction publique repose sur l'emploi public sous statut depuis 1946

Quelques rappels historiques :

- avant 1946, il n'existe pas de loi qui prévoit des règles statutaires communes aux fonctionnaires. Les principes du droit de la fonction publique en France viennent de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 – notamment l'égal accès des citoyens aux emplois publics selon leur capacité, et de la jurisprudence du Conseil d'Etat.
- La loi du 19 octobre 1946² crée le premier statut général des fonctionnaires pour les seuls fonctionnaires de l'Etat. Ce statut ne s'appliquait ni aux magistrats judiciaires, ni aux militaires, ni aux agents des collectivités locales et des hôpitaux publics. Les grands principes de ce premier statut, sur lesquels repose encore aujourd'hui largement le « système français de fonction publique », en sont :
 - un statut général qui prévoit les droits et obligations des fonctionnaires, et la règle centrale selon laquelle les emplois permanents des administrations publiques sont occupés par des fonctionnaires régis par un statut. Pour le Conseil d'Etat, ce principe est au cœur de la « conception française de la fonction publique » (avis du Conseil d'Etat sur le projet de loi de transformation de la fonction publique, 21 mars 2019) ;
 - la situation « statutaire et réglementaire » des fonctionnaires, autrement dit le caractère unilatéral des règles qui s'appliquent à toute leur vie professionnelle (recrutement, déroulement de carrière, rémunération) : les fonctionnaires sont recrutés dans différents « corps » et, après leur titularisation et pendant toute leur carrière, ils ont la garantie d'occuper un emploi correspondant à ce corps ; chaque corps rassemble des fonctionnaires ayant des compétences et un niveau comparables pour exercer des missions définies par un statut particulier, qui prévoit les règles de fonctionnement du corps, notamment les règles de recrutement et d'avancement ; le socle de la rémunération des fonctionnaires est fixé par décret, qui, pour chaque corps, prévoit une « échelle indiciaire » dans laquelle un niveau de rémunération (un indice) est fixé pour chaque niveau d'ancienneté atteint par le fonctionnaire.

L'affirmation de ces principes depuis 1946 par le législateur correspond à la volonté de garantir que les fonctionnaires assument leurs missions dans le sens de

² Loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires

l'intérêt général et avec une certaine indépendance par rapport au pouvoir politique. C'est ce que le professeur Alain Supiot, professeur de droit social au Collège de France, nommait dans les années 80 « l'esprit du service public », caractérisé par la « dignité du rapport au pouvoir, la sérénité des rapports à l'argent, la continuité dans le rapport au temps »³.

- Le statut général de 1946 sera modifié dans les premiers mois de la Vème République par l'ordonnance du 4 février 1959⁴. Au début des années 80, le statut général des fonctionnaires a été refondé par quatre lois, pour s'appliquer désormais non seulement aux agents publics employés par l'Etat, mais aussi aux agents des collectivités locales et aux agents des hôpitaux publics, dont les relations de travail avec leur employeur étaient jusqu'alors plutôt régies par le contrat. La loi du 13 juillet 1983⁵, que j'ai déjà évoquée, fixait les principes communs à tous les agents publics, et trois autres lois prévoyaient les règles applicables à la fonction publique de l'Etat, à la fonction publique locale («territoriale») et à la fonction publique hospitalière⁶. Ces lois comportaient également des mesures transitoires dont l'objectif était de titulariser de nombreux agents contractuels, afin qu'ils deviennent fonctionnaires.
- Encore aujourd'hui, l'article L. 311-1 du code général de la fonction publique, applicable depuis mars 2022, prévoit le principe selon lequel les emplois civils permanents de l'Etat, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics à caractère administratif sont pourvus par des fonctionnaires, donc soumis aux règles statutaires générales et à leur statut particulier.

I – 2 – Le recours au contrat dans l'emploi public en France a augmenté de façon importante depuis le début du XXIème siècle

A côté des fonctionnaires, des agents sous contrat travaillent depuis longtemps, nous l'avons dit, dans les administrations, notamment dans les communes, départements et régions et dans les hôpitaux, mais aussi dans les services et établissements de l'Etat. Ainsi, le statut général des fonctionnaires issu des lois des années 1983 à 1986 a fixé les conditions dans lesquelles des agents contractuels pouvaient être recrutés. En voici les deux principales :

- d'une part, pour faire face à un besoin temporaire de l'administration,
- ou d'autre part, pour occuper des emplois permanents si certaines conditions étaient remplies, notamment lorsqu'il n'existait pas de corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes ou, pour les emplois

³ « La crise de l'esprit de service public », Alain Supiot, Droit social 1989, p. 777.

⁴ Ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut des fonctionnaires

⁵ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires

⁶ Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière

occupés par des cadres (catégorie A), lorsque des circonstances particulières tenant à la nature des fonctions ou les besoins du service le justifient.

L'emploi public contractuel s'est nettement développé depuis le début des années 2000 sous l'influence de plusieurs facteurs :

- premièrement, pour les Etats membres de l'Union européenne qui font partie de la zone euro, le plafonnement de leur déficit budgétaire a eu pour conséquence une limitation des dépenses publiques, qui a pu conduire à recourir davantage aux agents contractuels, donc à une relation de travail a priori plus souple et plus courte que le recrutement de fonctionnaires ;
- deuxièmement, en 2005, le législateur français a adapté le droit français au droit de l'Union en prévoyant que les employeurs publics devaient conclure des contrats à durée indéterminée lorsqu'un agent contractuel est employé sur les mêmes fonctions depuis au moins six ans⁷. Il est également possible désormais de recruter dès l'origine un agent contractuel en contrat à durée indéterminée si ceci est justifié par les circonstances ;
- troisièmement, la loi de transformation de la fonction publique du 6 août 2019 a fortement élargi les possibilités, pour les employeurs publics, de recourir aux agents contractuels. Il est désormais possible de recruter des agents contractuels, quel que soit le niveau de l'emploi (et non seulement les emplois de cadres), si la nature des fonctions ou les besoins du service le justifient. Par ailleurs, les emplois de direction (sous-directeurs ; chefs de service) sont désormais accessibles aux agents contractuels.

Parmi les raisons qui ont justifié cette évolution en 2019, il y a le besoin, pour les administrations, de fidéliser des agents pour exercer des métiers peu ou pas exercés par des fonctionnaires (exemple des multiples métiers liés au numérique) en leur offrant des perspectives de carrière. Certains auteurs ont également évoqué une dimension idéologique souhaitant favoriser le départ d'agents publics vers le secteur privé et, à l'inverse, davantage de recrutement de personnes du secteur privé dans les administrations, pour s'enrichir de compétences nouvelles.

Toutes ces évolutions semblent avoir eu un impact important, dans la mesure où les agents contractuels représentaient 18% de l'ensemble des agents publics en France en 2018 et près de 22% en 2021.

Ces évolutions ont quelque peu dissipé l'opposition classique entre des fonctionnaires qui, une fois recrutés, bénéficient de la garantie de l'emploi, et des agents contractuels dont la situation est a priori plus précaire mais dont certains restent eux-mêmes longtemps dans les administrations.

⁷ Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique

3. POUR AUTANT, LE STATUT ET LE CONTRAT SONT DEUX MODALITES COMPLEMENTAIRES D'EMPLOI PUBLIC, AU SERVICE DE LA PERFORMANCE ET DE L'ATTRACTIVITE DES SERVICES PUBLICS

Le lien juridique entre employeurs publics et agents publics est désormais davantage considéré comme une des réponses aux défis actuels du service public, que je propose de résumer ainsi :

- des attentes accrues des citoyens vis-à-vis des agents publics, concernant leurs compétences, leur capacité d'adaptation tant sur le fond des politiques publiques à mener que sur la façon d'agir, de produire le service public et leur exemplarité (cf. intervention à venir du conseiller d'Etat Laurent Cabrera sur la déontologie des fonctionnaires) ;
- les employeurs publics partagent ces attentes à l'égard de leurs agents, de façon à pouvoir fournir des services publics de façon performante. La performance des services publics est souvent appréciée économiquement (c'est le coût d'un service public), mais elle l'est aussi de plus en plus dans sa dimension écologique (préservation de l'environnement) et dans sa dimension sociale.

Je m'explique : dans un contexte où de nombreux agents publics partent à la retraite, les employeurs publics doivent faire face à des enjeux d'attractivité et de fidélisation pour attirer de nouveaux agents publics et les conserver. Le sens de l'action publique est toujours un facteur important d'attractivité, mais il ne suffit pas nécessairement à attirer suffisamment de bons candidats, dans un contexte où le rapport des personnes avec le travail change et où les personnes ont également des attentes vis-à-vis de leurs employeurs concernant leur parcours professionnel, leurs conditions de travail, leur équilibre entre vie professionnelle et vie personnelle. Un chiffre pour illustrer l'enjeu d'attractivité de la fonction publique : sur près de 40 000 postes de fonctionnaires proposés dans les concours de la fonction publique de l'Etat en 2021, un peu plus de 3 100 postes n'ont pas été pourvus.

II – 1 – L'emploi statutaire reste fondamental pour les employeurs publics

Comme je l'ai indiqué précédemment, même si la loi de transformation de la fonction publique de 2019 a nettement élargi les possibilités, pour les employeurs publics, de recruter des agents contractuels, le principe reste le recrutement de fonctionnaires sous statut dans les emplois civils permanents de l'Etat, des régions, des départements, des communes.

Le statut, parfois critiqué comme trop rigide y compris par certains employeurs publics eux-mêmes, présente en fait des avantages qu'on découvre de nouveau, notamment au regard des enjeux que je viens de rappeler.

- D'une part, pour inciter les personnes, quel que soit leur âge, à passer les concours permettant de devenir fonctionnaire, les employeurs publics valorisent les principes fondamentaux du système français de fonction publique, notamment le principe de la carrière qui implique un engagement

de long terme dans le service public, la garantie de l'emploi et des perspectives d'avancement professionnel. Ils mettent également en avant une politique de ressources humaines au soutien de ces principes : parmi les nombreuses actions menées, je cite notamment le développement continu des compétences grâce à une formation initiale et de la formation tout au long de la vie, ainsi que des mesures favorisant la mobilité dans d'autres corps et d'autres collectivités publiques.

Un exemple plus concret : le Conseil d'Etat, au titre de sa mission de conseiller juridique du Gouvernement, a rendu, en mai 2023, un avis sollicité par le ministère de la fonction publique afin de clarifier le cadre juridique permettant à des étudiants en contrat d'apprentissage dans la fonction publique de devenir fonctionnaires.

- D'autre part, les employeurs publics trouvent dans le statut, notamment dans la situation statutaire et réglementaire des fonctionnaires, des marges de manœuvre que n'offre pas le contrat. Ainsi, il n'y a pas de négociation individuelle, au cas par cas, de la rémunération du fonctionnaire, et l'employeur a toute latitude, dans le cadre des textes réglementaires, pour définir le montant de primes attribuées au fonctionnaire. Autre exemple : le lieu d'affectation des fonctionnaires est défini de façon unilatérale par l'employeur public là où se trouvent les besoins de l'administration, même si les fonctionnaires émettent des vœux sur leur lieu d'affectation ou de mutation.

C'est une prérogative importante, qui permet notamment au ministère de l'éducation nationale d'affecter des enseignants dans des établissements scolaires où il existe des vacances de postes.

II – 2 - Les règles juridiques applicables aux agents contractuels se sont fortement rapprochées de celles applicables aux fonctionnaires

Ce constat est partagé par de nombreux praticiens de la fonction publique et professeurs d'université (le professeur Yves Gaudemet affirmait d'ailleurs que « les [agents] contractuels sont pour l'essentiel dans une situation légale et réglementaire »).

Ceci résulte, en particulier, de ce que le code général de la fonction publique, de même d'ailleurs que le statut général des fonctionnaires auparavant, est applicable aux agents contractuels de droit public (Article L. 2 du code), « pour autant qu'il en dispose ainsi ». De nombreuses dispositions du statut d'abord, puis du code désormais, sont applicables aux « agents publics », notion qui désigne le fonctionnaire mais également l'agent contractuel de droit public (Article L. 7). A de rares exceptions près, en effet, les agents contractuels travaillant dans les administrations sont en effet recrutés par contrat de droit public et non par contrat de travail de droit privé⁸, ce qui implique que les clauses véritablement négociées de ce contrat sont très limitées (emploi occupé, rémunération) même si ce sont des clauses

⁸ Les propositions du Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique rédigé en 2008 par J.-L. Silicani, p. 115, et les propositions du rapport du Comité Action Publique 2022, 2018, p. 37, préconisaient que les agents contractuels soient désormais recrutés par les administrations publiques avec un contrat de travail de droit privé.

essentielles du contrat. Il existe par ailleurs trois décrets généraux applicables aux agents contractuels de chacun des versants de la fonction publique civile⁹ (fonction publique de l'Etat ; fonction publique territoriale ; fonction publique hospitalière).

Plusieurs exemples récents attestent du rapprochement des règles applicables aux agents contractuels par rapport aux règles applicables aux fonctionnaires.

Un premier exemple concerne les modalités de recrutement. Depuis le décret du 19 décembre 2019¹⁰, le recrutement d'agents contractuels pour pourvoir des emplois permanents est prononcé à l'issue d'une procédure qui garantit l'application des grands principes régissant le recrutement des fonctionnaires (égal accès, non-discrimination, transparence, recrutement fondé sur les compétences et aptitudes).

Un deuxième exemple porte sur les rémunérations. Pour faciliter la transparence vis-à-vis de candidats à des emplois contractuels et la gestion des agents contractuels une fois qu'ils sont recrutés, certaines administrations ont créé des référentiels de rémunération qui tiennent compte du niveau de qualification et du niveau d'emploi de ces agents. Ces référentiels de rémunération rappellent le système d'échelles indiciaires applicables aux fonctionnaires.

Un dernier exemple concerne les agents recrutés en contrat à durée indéterminée. Afin de les fidéliser, ces agents peuvent changer d'employeur public sans rompre leur contrat d'origine (ce qu'on appelle la portabilité du contrat à durée indéterminée), sous réserve de l'accord de leur employeur d'origine. Cette mesure rapproche l'emploi sur contrat à durée indéterminée de la logique de carrière propre aux fonctionnaires.

Le rapprochement des règles applicables aux agents contractuels et aux fonctionnaires est finalement assez logique. En effet, quel que soit la nature du lien juridique – statut ou contrat – qui unit l'agent public à son employeur, ce lien juridique doit garantir que l'agent public exerce ses fonctions conformément à « l'esprit du service public » souligné par le professeur Supiot et que j'évoquais précédemment.

4. CONCLUSION

Le choix de recourir à l'emploi sous statut ou à l'emploi sous contrat par les employeurs publics est un véritable élément de politique de ressources humaines, pour attirer et fidéliser les agents nécessaires au bon fonctionnement des services publics.

⁹ Décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'Etat ; décret n° 88-145 du 15 février 1988 relatif aux agents contractuels de la fonction publique territoriale ; décret n° 91-155 du 6 février 1991 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de la fonction publique hospitalière

¹⁰ Décret n° 2019-1414 du 19 décembre 2019 relatif à la procédure de recrutement pour pourvoir les emplois permanents de la fonction publique ouverts aux agents contractuels

Que les agents publics soient fonctionnaires ou contractuels, la politique de ressources humaines dans la fonction publique les concernent de la même façon : c'est le cas des questions relatives à la formation, aux conditions de travail, au management des équipes, à la rémunération (part fixe/part variable par exemple). C'est là le principal défi que les employeurs publics doivent relever, en y réfléchissant avec de multiples acteurs : d'abord, avec les organisations syndicales dans le cadre du dialogue social (cf. intervention à venir de Jérôme Michel), mais aussi avec des associations de fonctionnaires, des DRH du secteur privé et des praticiens du droit de la fonction publique (professeurs d'université, juges, conseillers juridiques), comme celles et ceux réunis dans ce colloque.

Laurent Cabrera, Conseiller d'État, rapporteur à la section de l'administration
et à la section du contentieux

LA DEONTOLOGIE DES AGENTS PUBLICS

*UDK: 35.08 : 172.2
352/354 : 172.2
Izlaganje sa znanstvenog skupa
Primljeno: 4. 12. 2023.*

1. INTRODUCTION

« La déontologie est l'art de se poser des questions avant qu'il ne soit trop tard (et) de créer de la confiance chez les citoyens usagers ».

Cette citation de Christian Vigouroux, Président de section au conseil d'Etat qui a formé des générations de hauts-fonctionnaires à la déontologie, illustre que le caractère polysémique de ce terme, à la fois un ensemble de règles et de devoirs, mais aussi un état d'esprit, une démarche éthique et des réflexes.

Le domaine a donné lieu, en France, à 7 lois (une production législative intense) depuis une dizaine d'années, parmi lesquelles on peut citer la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires et la loi organique du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique.

Plus prosaïquement, la déontologie peut se définir comme « l'ensemble des règles et des devoirs qui régissent une profession, la conduite de ceux qui l'exercent, les rapports entre ceux-ci et leurs clients et le public » et je vous propose sans, je l'espère, trop de formalisme, de tenter :

- Dans un premier temps, de dresser les contours de ce que sont les obligations déontologiques des agents publics, qui résultent d'une part de la qualité « d'honnête personne » et, d'autre part, des exigences propres aux missions de service public ;
- Puis, dans un second temps, de présenter les mécanismes de prévention et de règlement des manquements aux obligations déontologiques, pour, enfin dresser un panorama du cadre juridique répressif de tels manquements.

2. DES OBLIGATIONS DEONTOLOGIQUES DE DEUX NATURES

2.1. Celles résultant de la qualité « d'honnête personne »

1. L'agent public doit adopter un comportement **digne et respectueux** des fonctions, des usagers et des collègues de travail

Au-delà des termes utilisés par le législateur, il est attendu des agents publics d'adopter en toutes circonstances un comportement respectueux des fonctions, des usagers et de ses collègues de travail.

Sont notamment contraires à une telle obligation et passibles de poursuites disciplinaires les actes de violence les excès de comportement (comportement agressif et/ou injurieux, menaces, insultes...), des faits de maltraitance sur des usagers, les comportements déplacés et/ou déviants à l'égard d'usagers, ou des faits de harcèlement

2. Le fonctionnaire est soumis à une obligation **d'impartialité**, qui doit guider son comportement et le conduire, le cas échéant, à ne pas traiter d'affaires dans lesquelles son objectivité pourrait être mise en cause

L'impartialité est un principe général du droit de l'action publique bien connu qui est également une obligation du fonctionnaire **à titre individuel** qui s'impose dans sa dimension subjective et dans sa dimension objective

De manière générale, le fonctionnaire doit veiller à faire cesser immédiatement ou à prévenir les situations de conflit d'intérêts dans lesquelles il se trouve ou pourrait se trouver.

3. Le fonctionnaire est soumis à une obligation de **désintéressement**, qui lui impose en particulier de faire preuve de probité et doit le conduire à proscrire toute situation de conflit d'intérêts.

Cette obligation lui impose de ne poursuivre que l'intérêt public dont il a la charge, à l'exclusion notamment d'intérêts privés, personnels ou de personnes liées, en particulier en matière financière afin de ne pas mettre, ni être en situation de mettre, des intérêts divers en contradiction avec l'intérêt public.

Dans tous les cas, c'est l'intégrité de l'administration et des services publics qui est atteinte et les sanctions prononcées sont généralement parmi les plus sévères.

2.2. Celles découlant des exigences des missions de service public

1. Les agents publics sont tenus à une obligation de **réserve**, principe jurisprudentiel, que certains textes particuliers mentionnent expressément, s'agissant par exemple des magistrats judiciaires, des membres du Conseil d'État et des magistrats administratifs, des magistrats financiers, des militaires ou encore

des policiers et des militaires de la gendarmerie. Cette obligation est une limite à la liberté d'expression des fonctionnaires qui ne les empêche pas d'avoir des opinions et de les exprimer mais leur impose seulement une certaine modération.

Son champ d'application est particulièrement large puisqu'elle doit être respectée dans l'exercice des fonctions, mais aussi lorsque l'agent agit dans le cadre d'activités personnelles. La réserve qui s'impose à l'agent concerne aussi bien le fonctionnement de son service ou de l'administration en général que les sujets politiques, religieux ou philosophiques et plus généralement l'ensemble des débats de société. Le manquement à l'obligation de réserve sera d'autant plus important que l'expression fautive de l'agent sera publique et diffusée, le niveau hiérarchique et les fonctions occupées élevés.

2. Les agents publics doivent respecter le principe de **neutralité** des services publics, qui leur fait interdiction de manifester leurs opinions, notamment en matière religieuse, dans l'exercice de leurs fonctions, afin que l'utilisateur ne puisse douter de la neutralité du service. En matière religieuse, le principe de neutralité se conjugue avec le principe de **laïcité** de l'État. Le fonctionnaire s'abstient notamment de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses. Le fonctionnaire ne doit notamment pas porter de signe destiné à marquer son appartenance à une religion.

L'obligation de neutralité fait obstacle à ce que des fonctionnaires soient traités différemment à raison de leurs opinions

Le fonctionnaire doit normalement **consacrer l'intégralité de son activité professionnelle** aux tâches qui lui sont confiées, à peine de sanction disciplinaire et de reversement des sommes indûment perçues. Il existe toutefois diverses dérogations à ce principe. Le fonctionnaire peut, notamment, être autorisé par son autorité hiérarchique à exercer une activité accessoire, si elle est compatible avec le bon fonctionnement du service. Par ailleurs, la production des œuvres de l'esprit est complètement libre en dehors du service. Et, même lorsqu'il est en service, le fonctionnaire jouit désormais, dans le cadre d'un régime particulier, de droits d'auteur.

3. Les fonctionnaires sont tenus à une obligation générale de confidentialité, qui leur impose de ne pas divulguer les informations dont ils ont connaissance, obligation déclinée en deux aspects : le **secret professionnel** et la **discrétion professionnelle**.

Les fonctionnaires sont soumis à une obligation de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, sauf à être déliés de cette obligation par décision de l'autorité hiérarchique ou dans le cas de l'article 40 du code de procédure pénale, qui impose à l'agent d'aviser le procureur de la République d'un crime ou d'un délit dont il a connaissance et de lui transmettre tous renseignements et documents qui y sont relatifs.

Tous les fonctionnaires sont soumis en outre à une obligation de secret professionnel qui concerne toute information couverte par un secret., que ce secret

soit institué pour protéger l'action de l'administration (secret de la défense nationale, secret du délibéré, etc.) ou pour préserver les droits des particuliers (secret médical, secret des correspondances, etc.). L'information couverte par un secret ne peut être partagée qu'au sein du service (enquête judiciaire) ou avec les seules personnes habilitées à le recevoir (secret médical), mais elle ne peut être diffusée aux tiers, que ce soit d'autres agents publics ou les administrés.

4. Les agents publics sont tenus **d'obéir aux instructions de l'autorité hiérarchique**, sauf si l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public. L'obligation d'obéir constitue le **principe** : les agents publics, par principe, ne sont pas habilités à apprécier la légalité et l'opportunité des instructions qu'ils reçoivent. C'est une exigence qui résulte du principe hiérarchique et qui impose de respecter les mesures, législatives ou réglementaires, prises pour l'organisation des services où ils exercent leur fonction, de se conformer aux règles qui découlent de leur statut et de leur situation juridique, d'exécuter de façon loyale les ordres donnés par le supérieur hiérarchique.

Cette obligation d'obéir a pour corollaire, au plan pénal, un principe d'irresponsabilité. Le code pénal prévoit en effet, que « n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal ».

L'obligation d'obéir est assortie d'une **exception** : le devoir de désobéir à un ordre manifestement illégal **et** de nature à compromettre gravement un intérêt public. L'agent public a le devoir de désobéir et il ne pourra échapper à sa responsabilité pénale.

3. MECANISMES DE PREVENTION ET REGLEMENT DES MANQUEMENTS AUX OBLIGATIONS DEONTOLOGIQUES

3.1. Le volet préventif tient un rôle important dans l'arsenal législatif en vigueur

1. Le triptyque « formation, sensibilisation et information »

Si jusqu'à une période assez récente, il n'était pas rare qu'un agent puisse dérouler sa carrière Sans suivre aucune formation portant sur la déontologie, la déontologie est devenue un module incontournable dans la **formation initiale** des fonctionnaires, même si l'effort déployé doit être amplifié et développé tout au long de la carrière.

Les **chartes de déontologie** - appelées parfois codes de conduite, initialement réservées aux fonctions d'autorité (police nationale, service public pénitentiaire), aux fonctions juridictionnelles (charte de déontologie des membres de la juridiction administrative ou des juridictions judiciaires) ou au secteur sanitaire (Haute

Autorité de santé), - se sont développées à compter du début de la décennie 2010 dans l'ensemble du secteur public, afin de développer une véritable culture de la déontologie. Ces chartes n'ont certes pas vocation à se substituer aux lois et règlements qui régissent l'exercice des fonctions des agents, mais leur utilité est de rappeler les textes et principes déontologiques, et de présenter « les bonnes pratiques ».

La fonction de référént déontologue, créée par la loi du 20 avril 2016, est d'apporter à tout agent public tout conseil utile au respect de ses obligations déontologiques. La nomination d'un référént déontologue par l'administration est juridiquement obligatoire. Le référént déontologue peut être intégré dans les procédures dites d'alertes internes qui doivent être mises en place dans les administrations.

Les saisines par les agents peuvent porter sur l'ensemble des obligations, sur la prévention des conflits d'intérêts et des infractions pénales, mais également sur les règles de cumul, la question des mobilités public-privé. Le conseil du référént déontologue n'a cependant qu'une valeur consultative : l'agent qui reste seul responsable de la bonne exécution de ses obligations déontologiques. La loi du 6 août 2019 prévoit, dans certains cas, la possibilité pour l'employeur public de saisir lui-même le référént déontologue.

2. Les obligations déclaratives

La nomination d'un agent public dans l'un des emplois dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient, est conditionnée à la transmission préalable par l'intéressé d'une déclaration d'intérêts exhaustive, exacte et sincère à l'autorité investie du pouvoir de nomination ou à l'autorité hiérarchique. S'agissant des personnels de l'État, sont notamment concernés tous les emplois de direction de l'État.

Doivent tout d'abord être déclarés tous les intérêts matériels ou professionnels de l'agent à la date de la nomination ou au cours des cinq années précédant la déclaration : ainsi que les participations financières directes dans le capital d'une société à la date de la nomination, et les intérêts professionnels exercés à la date de la nomination par le conjoint, ainsi que les fonctions et mandats électifs exercés par le déclarant.

En sus des déclarations d'intérêts, certains agents (par exemple, agents dont les responsabilités en matière d'achat ou de placements financiers) sont aussi tenus à l'obligation d'effectuer une déclaration de situation patrimoniale lors de leur entrée en fonctions.

3. L'encadrement des mobilités public/privé

Dans le cas des mobilités « sortantes », les textes imposent à l'agent d'informer son administration de son projet pour que celle-ci puisse déterminer la procédure à suivre et procéder au contrôle. Dans tous les cas, il s'agit d'examiner si l'activité envisagée risque de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service, de méconnaître tout principe

déontologique ou de placer l'intéressé dans situation de commettre l'infraction de prise illégale d'intérêts.

Une saisine obligatoire de la Haute Autorité est prévue à l'égard des fonctionnaires et agents contractuels occupant un emploi dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient, au premier rang desquels les emplois soumis à l'obligation de transmission préalable d'une déclaration d'intérêts et/ou d'une déclaration de situation patrimoniale.

Pour tous les autres agents publics, la saisine de la HATVP n'est pas automatique et l'agent doit saisir à titre préalable l'autorité hiérarchique dont il relève. En cas de doute sérieux, l'administration saisit le référent déontologue pour qu'il rende un avis et, si elle n'est pas convaincue par son opinion, elle saisira la Haute Autorité. Les textes ne permettent pas à l'agent concerné de saisir lui-même directement la Haute Autorité.

La Haute Autorité peut rendre 3 types d'avis : l'avis de compatibilité révèle une absence de difficulté d'ordre déontologique. Il ne lie pas l'administration, qui pourra toujours opposer un refus à l'agent, notamment pour des raisons liées aux besoins du service. Les deux autres types d'avis lient l'administration : l'avis de compatibilité « avec réserves » implique que des risques déontologiques ont été identifiés, mais que le projet peut néanmoins être exécuté sous réserve de respecter certaines mesures de précaution, et enfin l'avis d'incompatibilité a pour conséquence l'impossibilité de réaliser le projet poursuivi.

Dans le cas des mobilités « entrantes », les modalités de saisine de la HATVP (obligatoire ou facultative) ainsi que la portée des avis rendus par celle-ci sont similaires.

4. Les dispositifs d'alerte et de signalement

Un dispositif général de protection des lanceurs d'alerte a été instauré par la loi du 9 décembre 2016 et substantiellement modifié par la loi du 21 mars 2022.

Aux termes de la loi, un lanceur d'alerte est une personne physique qui signale ou divulgue, sans contrepartie financière directe et de bonne foi, des informations portant sur un crime, un délit, une menace ou un préjudice pour l'intérêt général, une violation ou une tentative de dissimulation d'une violation du droit international ou de l'Union européenne, de la loi ou du règlement. À l'origine, le lanceur d'alerte devait avoir personnellement connaissance des faits signalés, mais la loi de 2022 a supprimé cette condition : un lanceur d'alerte peut ainsi signaler des faits qui lui ont été rapportés. L'agent public remplissant les conditions lui permettant d'être qualifié de lanceur d'alerte ne peut être sanctionné directement ou indirectement (refus de recrutement, de titularisation, de formation, de promotion) en raison du signalement effectué.

Les agents publics doivent être informés par leur administration de l'existence d'une procédure interne de recueil et de traitement des signalements. Le lanceur d'alerte a ainsi la liberté de choisir entre le signalement interne et le signalement externe non seulement aux autorités judiciaires, mais également aux autorités

administratives compétentes, qu'elles soient nationales (défenseur des droits...) ou européennes.

La loi du 21 mars 2022 a prévu des dispositifs spécifiques de signalement s'agissant des actes de discrimination, de harcèlement, d'agissements sexistes, d'atteintes volontaires à l'intégrité physique, des actes de violence, des menaces ou tout autre acte d'intimidation, et elle a étendu la protection due aux lanceurs d'alerte aux agents ayant subi ou refusé de subir ces actes, la même protection étant octroyée aux agents ayant contesté, témoigné ou relaté de tels agissements.

3.2. Le volet répressif vient compléter cette architecture juridique

1. S'agissant du régime disciplinaire, les manquements aux obligations déontologiques constituent des fautes disciplinaires et des actes accomplis en dehors du service peuvent constituer des fautes disciplinaires.

Conformément au principe « pas de peine sans texte », et à la différence des fautes disciplinaires les sanctions disciplinaires sont donc nécessairement prévues par les textes. Les principes applicables aux procédures disciplinaires sont classiques (opportunité des poursuites, délai de prescription, principe « non bis in idem », respect des droits de la défense, faculté de suspension à titre conservatoire de l'agent), et la contestation des sanctions disciplinaires est portée devant le juge administratif.

2. S'agissant du régime pénal, les agents publics peuvent être poursuivis pénalement au titre de la répression des infractions de droit commun (notamment abus de confiance, harcèlement moral, menaces et injures ou délit de faux et usage de faux, la qualité d'agent public pouvant constituer une circonstance aggravante lorsque l'infraction a été commise par un agent public agissant dans l'exercice de sa mission ou de ses fonctions), mais la spécificité de leurs missions les expose également à des incriminations spécifiques, qui supposent la réunion de deux critères : d'une part, l'auteur doit être dépositaire de l'autorité publique ou chargé d'une mission de service public (cette dernière qualité est reconnue à la quasi-totalité des agents publics), d'autre part, l'acte incriminé doit avoir été accompli par l'agent dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions ou de ses missions.

Ainsi, les manquements au devoir de probité sont sanctionnés au plan pénal par différents délits tels que la prise illégale d'intérêts, le délit de favoritisme, le détournement de fonds publics, la corruption, la concussion ou le trafic d'influence

Le non-respect des obligations déclaratives prévues par la loi est sanctionné pénalement.

Les abus d'autorité le sont aussi, qu'ils soient dirigés contre l'administration ou contre les particuliers (atteintes aux libertés individuelles, au secret des correspondances, à l'inviolabilité du domicile ou la réalisation d'actes de discrimination).

3. S'agissant des **conséquences d'une condamnation pénale** sur la qualité d'agent public, il est à relever qu'aucune obligation d'information ne pèse sur les agents à l'égard de leur employeur, mais l'administration peut être informée à l'initiative du ministère public par exemple sur la condamnation, même non définitive de l'agent ou sa mise en examen

Le principe est que la procédure disciplinaire et la procédure pénale sont indépendantes l'une de l'autre, les mêmes faits pouvant donc constituer à la fois une faute disciplinaire et une infraction pénale, sans qu'il y ait toutefois automaticité, même si l'administration peut fonder des poursuites disciplinaires sur la circonstance que l'agent a fait l'objet d'une condamnation pénale prononcée par un jugement devenu définitif.

La jurisprudence distingue trois grands cas de figure lorsqu'il s'agit de prendre en compte les effets d'une condamnation pénale sur la situation statutaire d'un agent public :

- Premier cas de figure : condamnation à une peine complémentaire de privation des droits civiques ou d'interdiction d'exercer un emploi public.
- Deuxième cas de figure : condamnation pénale entraînant de plein droit l'incapacité d'exercice des fonctions en application de textes spéciaux ajoutant une condition à la loi pénale.
- Dernier cas de figure : condamnation pénale n'emportant pas d'effet automatique sur la situation professionnelle de l'agent. C'est sans doute en pratique le cas de figure le plus fréquent.

4. CONCLUSION

Je conclurai mes propos en rappelant qu'en matière de déontologie, le législateur de ce siècle n'a, finalement, que peu inventé.

L'ordonnance sur la réforme du royaume prise par Philippe IV le Bel le 23 mars 1302 insiste sur la probité et l'impartialité des agents publics, et près d'un tiers de ses 68 articles sont consacrés aux obligations pesant sur les officiers du roi, obligations que nous nommons aujourd'hui déontologiques, qu'il s'agisse, pour ne citer que les plus emblématiques :

- De l'obligation de faire « justice aux grands et aux petits, et à toutes personnes de quelque condition qu'elles soient » (article 38) ;
- De ne recevoir ni argent, ni aucun autre don quel qu'il soit, « si ce n'est de choses à manger ou à boire » (article 40) ;
- De refuser « que l'on fasse aucun présent à leurs femmes, leurs enfants, leurs frères, leurs neveux, leurs nièces » (article 41) ;
- Ou de ne faire aucune acquisition d'immeubles dans leurs bailliages, tant que leur office durera (article 50).

On peut se demander, avec une pointe de mauvais esprit, si la production législative de ces dernières années est un aboutissement logique, ou le constat que, depuis 1302, quelques principes se sont perdus au gré des vicissitudes de l'histoire politique parfois complexe de la France...

Jérôme Michel, Conseiller d'État, rapporteur à la section de l'administration

LE DIALOGUE SOCIAL DANS LA FONCTION PUBLIQUE

*UDK: 331.105.44 : 35(44)
Izlaganje sa znanstvenog skupa
Primljeno: 4. 12. 2023.*

Le dialogue social dans la fonction publique repose sur un principe constitutionnel, symbole du compromis de 1946 des différents courants issus de la Résistance à l'occupation nazie en France : les partisans du Général de Gaulle, les communistes et les démocrates-chrétiens. Ce principe est le principe de participation.

C'est alors seulement que le droit de la fonction publique a reconnu la nécessité d'un dialogue social entre la puissance publique employeur et les agents publics employés. Jusqu'alors, en raison de la situation statutaire du fonctionnaire dévoué à la poursuite de l'intérêt général, l'idée même d'un dialogue social institutionnalisé ne pouvait émerger. Le principe d'obéissance hiérarchique et la plénitude des pouvoirs du chef de service dans l'organisation et le fonctionnement du service symbolisait à lui seul l'antinomie du modèle de la fonction publique fondé sur le statut et le droit commun du travail applicable aux salariés du secteur privé. Ce particularisme alors absolu de la fonction publique explique pourquoi, si la liberté syndicale a été consacrée dans le secteur privé par la loi de 1884, il a fallu attendre 1946 pour que les fonctionnaires se voient reconnaître la possibilité de créer ou de s'affilier à un syndicat de leur choix.

Conformément à l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 auquel le préambule de la Constitution de 1958 fait référence, tout travailleur a le droit de participer, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion de l'entreprise.

Sur ce fondement, dans les grands statuts successifs de la fonction publique française (1946, 1959, 1983-1984), les fonctionnaires sont associés de manière institutionnelle à la détermination de leurs conditions de travail et à la gestion des services des administrations publiques par l'entremise de représentants élus issus des organisations syndicales de fonctionnaires siégeant à l'origine en nombre égal à celui des représentants de l'administration au sein d'organismes qualifiés pour cette raison de paritaires.

Que l'on ne se méprenne cependant pas, l'instauration d'un dialogue social dans la fonction publique et son institutionnalisation par la création d'instances de dialogue n'a certainement pas signifié l'abandon de la logique du principe d'obéissance hiérarchique ni n'a remis en cause directement les pouvoirs du chef de service.

La mise en œuvre du principe de participation dans la fonction publique et l'ouverture progressive d'un dialogue social, qui constituaient une nouveauté au

regard de la conception traditionnelle du service de l'État fondée sur le principe hiérarchique, a été longue et complexe.

Elle a marqué incontestablement une évolution des mentalités, et donc du droit, faisant place à l'agent enfin reconnu en tant que citoyen et travailleur ayant un rôle à jouer dans une société et une démocratie administrative repensées.

Le principe de participation a été repris et amplifié par la loi Le Pors de 1983 qui en a durablement pérennisé l'application. Quarante ans après, les récentes réformes de la fonction publique, dont la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, ont indéniablement bouleversé sa physionomie et ses modalités de mise en œuvre.

Après ce préliminaire nécessaire pour bien comprendre les fondements du dialogue social dans la fonction publique, je voudrais évoquer dans le cadre de cette intervention et dans le temps (bref !) qui m'est imparti) vous présenter deux caractères du dialogue social tel qu'il est vécu aujourd'hui en France dans la fonction publique :

- son caractère essentiellement institutionnel, organique : le dialogue social en France s'organise, à plusieurs niveaux, autour d'instances consultatives anciennes que la loi du 6 août 2019 a profondément renouvelé
- son caractère longtemps formel qui tend à devenir aujourd'hui plus substantiel : que recouvre aujourd'hui le dialogue social dans la fonction publique ? Y-a-t-il précisément un véritable dialogue ? Ce dialogue peut-il conduire à de vrais accords négociés et signés entre les employeurs publics et les syndicats de fonctionnaires ? Sur ce point, là encore, la loi du 6 août 2019 a profondément innové comme je l'indiquerai rapidement.

1. LA DIMENSION INSTITUTIONNELLE DU DIALOGUE SOCIALE DANS LA FONCTION PUBLIQUE.

A l'instar de l'administration profondément marquée par le principe hiérarchique et la distinction entre l'administration centrale chargée d'impulser les politiques publiques et l'administration déconcentrée chargées de leurs mises en œuvre, le dialogue social est lui aussi fortement organique et hiérarchisé : il repose en effet sur la distinction (consacrée par le code général de la fonction publique) entre les instances consultatives supérieures nationales et les autres instances ministérielles et de proximité. Au sein de ces dernières, il convient de distinguer celles des instances compétentes pour les questions individuelles de la carrière des agents (les actuelles commissions administratives paritaires pour les fonctionnaires, il existe également des commissions consultatives paritaires pour les agents contractuels) et celles qui sont compétences sur les questions collectives, l'organisation et le fonctionnement des services. **Ces comités sociaux** (c'est le nom que leur a donné la loi du 6 août 2019 repris dans le code général de la fonction publique) se divisent entre ceux qui les comités sociaux ministériels et les comités sociaux de proximité.

Les instances consultatives supérieures

En se limitant aux instances à vocation générale, ces instances consultatives supérieures sont au nombre de quatre et reflètent les différents versants de la fonction publique française. Ce sont, respectivement, le Conseil commun de la fonction publique et les trois conseils supérieurs : le conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat, le conseil supérieur de la fonction publique territoriale et le conseil supérieur de la fonction publique hospitalière.

Le Conseil commun de la fonction publique

Ce conseil est de création récente. Il constitue une instance de dialogue social à l'échelle nationale. Il a été consacré dans les accords dits de Bercy, signés le 2 juin 2008 entre le Gouvernement et les organisations syndicales de fonctionnaires et institutionnalisé par la loi du 5 juillet 2010 dite de « rénovation du dialogue social »

Le CCFP est présidé par le ministre chargé de la fonction publique ou son représentant. Il est composé de deux collèges :

- un collège constitué de 30 représentants des organisations syndicales représentant les agents publics. Les sièges sont répartis à la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne des voix obtenues par chaque organisation syndicale lors des dernières élections professionnelles aux comités sociaux d'administration, territoriaux ou d'établissements,
- un collège constitué de 18 représentants des employeurs des trois versants de la fonction publique, à raison de 6 membres par versant.

Le mandat des membres du collège a une durée de quatre ans, renouvelé à l'occasion des élections professionnelles dans la fonction publique.

L'avis du CCFP est obligatoirement sollicité pour :

- les projets de loi ou d'ordonnance qui modifient ou dérogent aux dispositions de la partie législative du code général de la fonction publique concernant au moins deux versants de la fonction publique ;
- les projets de loi, d'ordonnance ou de décret qui ont un objet commun à au moins deux versants de la fonction publique d'une part et qui, d'autre part, ont une incidence sur la situation statutaire des fonctionnaires ou sur des projets de décret de nature indiciaire accompagnant ces modifications statutaires, ainsi que sur les règles générales de recrutement et d'emploi des agents contractuels.

La logique ayant présidé à sa création est simple : concentrer au sein du seul Conseil commun les débats entre l'Etat ou les collectivités employeurs et les syndicats afin d'éviter une dispersion et un allongement des débats entre chaque conseil supérieur dès lors que le texte ou la question est « commune » à au moins deux des trois fonctions publiques

Le Conseil commun est aussi compétent pour examiner toute question commune à au moins deux versants de la fonction publique relatives, par exemple à de grandes

thématiques comme les évolutions de l'emploi public et des métiers de la fonction publique, la mobilité et les parcours professionnels ou encore à l'égalité entre les hommes et les femmes.

Les conseils supérieurs des trois fonctions publiques

Chacun des versants de la fonction publique est doté d'un Conseil supérieur à compétence nationale : le Conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat, le conseil supérieur de la fonction publique territoriale et le Conseil supérieur de la fonction publique hospitalière.

Schématiquement, lorsqu'un projet de loi ou de décret concerne l'ensemble des corps d'un des versants de la fonction publique, le gouvernement doit obligatoirement saisir le Conseil supérieur compétent afin de recueillir son avis sur le texte.

Les conseils supérieurs sont présidés par le ministre responsable de la fonction publique pour le conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat, par le ministre responsable des collectivités territoriales pour le conseil supérieur de la fonction publique territoriale et par le ministre de la santé pour le conseil supérieur de la fonction publique hospitalière. Il est présidé par le ministre chargé de la fonction publique hospitalière.

Ils sont composés de membres représentant les organisations syndicales représentant les agents publics de chacun des versants de la fonction publiques (les sièges sont répartis entre les organisations syndicales proportionnellement au nombre de voix obtenues par chacune d'elles lors des dernières élections professionnelles dans un certain nombre d'instances, dont les comités sociaux d'administration ministériels) et de représentants de l'administration.

Depuis la loi du 5 juillet 2010 qui a abandonné le principe du paritarisme numérique, seuls les représentants des organisations syndicales représentant les agents publics sont appelés à prendre part aux votes.

Les instances consultatives ministérielles et de proximité

La loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique a profondément réformé le paysage de ces instances essentielles du dialogue social dans la fonction publique car elles sont précisément les instances qui sont au plus proche des agents publics dans leur quotidien professionnel. Il serait trop long ici d'en retracer l'histoire. Je me bornerai ici à la présenter telles qu'elles existent aujourd'hui.

Les comités sociaux

Ils ont été créés par la loi du 6 août 2019 qui a fusionné en reproduisant pour l'essentiel les principes d'organisation et de fonctionnement du dialogue social du

secteur privé, les anciens Comités techniques (autrefois paritaire, jusqu'en 2010) et les comités hygiène, de santé et des conditions de travail dans un organe unique.

Ils sont composés des représentants de l'administration et des représentants des personnels, où seuls ces derniers disposent d'un droit de vote.

Il est obligatoire dans les administrations de l'Etat et les établissements publics de l'Etat ne présentant pas un caractère industriel ou commercial, mais il peut être commun à plusieurs établissements.

Dans la fonction publique territoriale, des Comités sociaux territoriaux sont créés dans chaque collectivité ou établissement public local employant au moins 50 agents. Ils sont présidés par l'autorité territoriale ou son représentant, qui ne peut être qu'un élu local.

Dans la fonction publique hospitalière, le comité social d'établissement est présidé par le directeur de l'établissement, le directeur de l'hôpital par exemple.

Le Comité social d'administration, le Comité social territorial et le comité social d'**établissement** sont **essentiellement** compétent pour connaître des questions relatives au fonctionnement et l'organisation des services, aux orientations stratégiques sur les politiques de ressources humaines aux lignes directrices de gestion en matière de mobilité et de promotion et valorisation des parcours professionnels aux enjeux et politiques d'égalité professionnelle et de lutte contre les discriminations, aux projets de statuts particuliers mais en ce cas c'est le seul comité social ministériel qui est compétent, à la protection de la santé physique et mentale, l'hygiène, la sécurité des agents dans leur travail, l'organisation du travail, le télétravail, les enjeux liés à la déconnexion et aux dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, l'amélioration des conditions de travail et les prescriptions légales y afférentes.

Le Comité social d'administration, comme le Comité social territorial, comporte une formation spécialisée en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail si elle relève d'organismes dont les effectifs dépassent certains seuils (fixés par décret en Conseil d'Etat pour le Comité social d'administration ; fixés à 200 agents pour le Comité social territorial ou si des risques professionnels particuliers le justifient.

Les commissions administratives paritaires

Une commission administrative paritaire (CAP) est une instance consultative composée, en nombre égal, de représentants de l'administration et de représentants du personnel élus pour 4 ans.

Elle est consultée sur les questions relatives à la situation et à la carrière individuelle des agents publics titulaires. La loi du 6 août 2019 a recentré et resserré les compétences des commissions administratives paritaires (CAP) sur l'examen des décisions individuelles défavorables. Sans énumérer toutes les décisions individuelles pour lesquelles la CAP reste compétente, il convient de

relever qu'avec la loi du 6 août 2019, ce sont les décisions les plus lourdes de conséquence pour l'agent qui doivent être obligatoirement soumises à l'avis de la CAP. Citons par exemple, les refus de titularisation et licenciement en cours de stage pour insuffisance professionnelle ou faute disciplinaire, le licenciement pour insuffisance professionnelle, le refus d'un congé pour formation syndicale. Les CAP siègent en conseil de discipline sur les projets de sanction disciplinaire les plus graves (des 2ème, 3ème et 4ème groupes de l'échelle des sanctions).

Parallèlement à cette évolution, des lignes directrices de gestion (LDG) ont été instaurées pour fixer les orientations générales en matière de mutation et de mobilité dans la fonction publique de l'État, de promotion et de valorisation des parcours dans l'ensemble de la fonction publique, en vue de l'élaboration des décisions individuelles.

Ces lignes directrices de gestion (LDG) sont soumises à l'avis des comités sociaux.

La loi de 2019 a également modifié la composition des CAP. Ainsi, depuis les dernières élections professionnelles du 8 décembre 2022, les CAP sont désormais constituées par catégorie hiérarchique (et non plus par corps) dans la fonction publique de l'État et la fonction publique hospitalière.

Voilà donc, rapidement présenté, la cartographie actuelle des instances de dialogue social dans la fonction publique. Malgré les efforts de rationalisation successifs du législateur, et notamment depuis la loi du 6 août 2019, ces instances sont-elles le lieu d'un véritable dialogue social ? Oui et non, ais-je envie de dire ici sans esprit de polémique. Oui, incontestablement, lieux effectifs d'actualisation du principe de participation, les agents publics participent par l'entremise de leurs représentant syndicaux à l'élaboration des décisions qui les concernent au plus près. Mais ce « dialogue », s'il est une réalité, reste contraint par la contrainte du pouvoir hiérarchique qui retient entre ses mains le pouvoir de décider. Néanmoins, la loi du 6 août 2019 pourrait avoir apporté une innovation : le dialogue social, jusqu'à maintenant nourri par la concertation au sein des instances de consultation, pourrait s'enrichir par la reconnaissance d'un véritable espace de négociation collective entre les employeurs publics et les organisations syndicales.

2. LA DIMENSION SUBSTANTIELLE DU DIALOGUE SOCIAL DANS LA FONCTION PUBLIQUE FRANÇAISE

Un dialogue imposé et fortement encadré par l'autorité publique

Si un dialogue social existe bel et bien depuis 1946 dans la fonction publique française, il s'agit, on l'a bien compris, d'un dialogue dirigé, essentiellement encadré et contrôlé par l'employeur public. **Tous les organes qui viennent d'être présentés et rapidement décrits sont en effet des instances consultatives qui n'ont pas de pouvoir décisionnel.** Ces instances doivent être obligatoirement consultées quand un texte l'exige ; au-delà de ces obligations juridiques, elles peuvent être facultativement consultées sur tous sujets relevant de leur compétence. Cependant ces instances sont toujours présidées par l'autorité administrative (le ministre, le chef de service, l'autorité territoriale, le directeur d'établissement) et l'ordre du jour est, en principe, fixé par cette même autorité. D'aucune manière, dans leur rôle consultatif, elles ne disposent pas d'un droit de veto, d'un pouvoir « bloquant » lorsque la majorité des représentants élus des agents s'opposent à l'adoption d'un texte, à l'édiction d'une mesure, etc. Par exemple, lorsque que représentants des agents siégeant au sein d'un comité social émettent sur un projet de texte (par exemple la modification d'un statut) un vote unanimement défavorable, l'employeur public a, depuis 2010, l'obligation de convoquer une nouvelle réunion, au moins huit jours après la première, où le texte sera à nouveau soumis au comité. Quel que soit alors le sens de l'avis émis lors de cette seconde réunion (défavorable, unanimement défavorable, l'employeur public peut ensuite prendre la décision qu'il estime la plus opportune sans avoir à tenir compte du second avis émis. La concertation entre l'employeur public et les représentants des agents, qui est l'une des formes du dialogue social, n'est pas une « codécision » et encore moins une « cogestion » des services.

L'obstacle majeur à une participation plus approfondie tient au fait que les contraintes hiérarchiques, malgré les assouplissements qu'elles ont connus, continuent à peser fortement (et dans une large mesure légitimement) sur les agents publics. La pérennité du principe hiérarchique tient à deux raisons essentielles. La première est la nécessité de préserver l'autorité de l'État (et des autres collectivités publiques) en charge de l'intérêt général, en qui s'incarne la souveraineté, gardien d'un ordre social et promoteur des intérêts supérieurs devant lesquels la volonté des individus doit s'incliner. Les nécessités supérieures du service public interdisent à l'État, puissance publique, d'aliéner ses prérogatives dans ses rapports avec les personnels qu'il emploie. Dans ce type de rapport, l'État ne dissocie jamais sa double qualité d'employeur et de puissance publique. En qualité d'employeur, il est ouvert au dialogue. En tant que puissance publique il décide, au nom de l'intérêt public ou de l'utilité sociale, en usant de ses prérogatives inaliénables. C'est parce que l'État ne peut renoncer à ses prérogatives que la condition du fonctionnaire n'est pas

réductible à celle d'un salarié et que le principe hiérarchique doit se maintenir avec une force suffisante pour que ne puisse être mise en cause la mission des services publics, la disponibilité de ceux-ci au service des citoyens, leur neutralité et leur impartialité. On retrouve ici l'idée traditionnelle selon laquelle le service de l'État s'affirme dans des devoirs particuliers qu'imposent aux fonctionnaires les nécessités du service public auquel ils sont appelés à collaborer, devoirs qui s'étendent même au-delà du service afin de ne pas porter préjudice à l'autorité de l'État.

Vers un renouvellement du dialogue social dans la fonction publique ?

La conception contemporaine du principe de participation, bien que n'ayant pas changé dans son énoncé constitutionnel depuis 1946 et dans sa mise en œuvre autour et au sein des principales instances consultatives qui viennent d'être présentée, a cependant et assez largement été bouleversée dans le statut général de la fonction publique, par la loi du 6 août 2019 sur le plan conceptuel, organique et matériel.

Sur le plan conceptuel

Sur le plan conceptuel, tout d'abord, la loi du 6 août 2019 a réécrit le premier alinéa de l'article 9 de la loi Le Pors du 13 juillet 1983, aujourd'hui devenu l'article L. 112-1 du CGFP, lui donnant ainsi une coloration managériale assumée. Ce dernier dispose désormais que « dans les conditions prévues au livre II, les agents publics participent, par l'intermédiaire de leurs délégués siégeant dans des organismes consultatifs, à l'organisation et au fonctionnement des services publics, à l'élaboration des règles statutaires régissant les fonctionnaires et des règles relatives aux conditions d'emploi des agents contractuels, à la définition des orientations en matière de politique de ressources humaines et à l'examen de certaines décisions individuelles ». Cette réécriture met en lumière l'évolution des modalités d'exercice du principe de participation, désormais assujettis aux orientations en matière de politique de ressources humaines (RH).

Parmi les innovations qui concrétisent cette reconfiguration conceptuelle, indiquons ici (sans pouvoir développer faute de temps) l'établissement obligatoire d'un **rapport social unique** avec des données renseignées dans des bases de données sociales accessibles aux membres des comités sociaux ainsi l'instauration de **lignes directrices de gestion** dans chaque administration, collectivité territoriale ou établissement public qui fixent les orientations générales et les grandes priorités en matière de mobilité et en matière de promotion et de valorisation des parcours professionnels, de sorte que le législateur a pu les définir comme « la doctrine de gestion » de l'administration en matière de promotion et de valorisation des parcours.

Sur le plan organique

Sur le plan organique, ensuite, la loi de transformation de la fonction publique du 6 août 2019 a relancé le débat sur le périmètre du principe de participation en reconfigurant les instances créées en 1946. Si la loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social avait mis fin au paritarisme dans les instances consultatives et avait ouvert la voie à la reconnaissance incomplète de la négociation collective, la loi de transformation de la fonction publique du 6 août 2019 a profondément transfiguré le principe de participation, avec l'aval du Conseil constitutionnel en amendant sa définition, en réalisant la fusion des comités techniques et des comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), en réduisant les attributions des commissions administratives paritaires (CAP), avant que l'ordonnance du 17 février 2021 relative à la négociation et aux accords collectifs dans la fonction publique ne consacre, juridiquement au moins, la négociation collective.

Sur le plan matériel

Sur le plan matériel, enfin, la loi du 6 août 2019 a implicitement mais nécessairement renouvelé la logique participative en consolidant l'espace de la négociation. En effet, la reconnaissance juridique de la négociation collective par l'ordonnance du 17 février 2021 a indéniablement achevé de compléter la palette d'instruments juridiques dédiés au dialogue social. Une telle évolution conduit, selon nous, à devoir retenir désormais en pratique une acception extensive du principe de participation bien que le maintien du principe selon lequel le fonctionnaire se trouve dans une situation statutaire et réglementaire (CGFP, art. L. 1) interdise de voir en la négociation collective une garantie légale découlant de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 1946 au sens strict.

Longtemps développée par la pratique et encouragée par certains observateurs, la négociation collective a véritablement retenu l'attention du législateur à partir de la loi de rénovation du dialogue social du 5 juillet 2010. Etendant la liste des sujets ouverts à la négociation, le texte a posé la première pierre de sa reconnaissance juridique en énumérant les conditions de validité des accords (CGFP, art. L. 223-1) sans pour autant leur reconnaître une portée juridique, conformément à la jurisprudence constante du Conseil d'Etat. Face au constat d'une pratique peu plébiscitée par les administrations, la loi du 6 août 2019 a fait évoluer substantiellement le régime juridique de la négociation. L'ordonnance du 17 février 2021 (CGFP, art L. 221-1 à L. 227-4)¹ et le décret du 7 juillet 2021 relatif aux modalités de la négociation et de la conclusion des accords collectifs dans la fonction publique ont ainsi posé le nouveau cadre impliquant que les accords négociés peuvent comporter des dispositions édictant des mesures réglementaires ainsi que des clauses par lesquelles l'autorité administrative s'engage à entreprendre des actions déterminées

¹ Préfigurés par le rapport Vigouroux-Esch-Rouquette (Renforcer la négociation collective dans la fonction publique, 2020).

n'impliquant pas l'édiction de mesures réglementaires (CGFP, art. L. 222-1). Ils peuvent intervenir sur divers aspects de la vie professionnelle des agents dont la liste a été considérablement élargie (CGFP, art. L. 222-3).

Reste que, si les outils existent, la pratique de la négociation reste encore à construire dans une fonction publique qui reste profondément marquée par les principes de 1946 et la « loi d'airain » du principe hiérarchique, sans compter les limites au champ de la négociation collective posées par l'ordonnance du 17 février 2021 qui en exclut la matière statutaire, ce qui inscrit fatalement la négociation collective dans le respect de la situation statutaire et réglementaire de l'agent public (CGFP, art. L. 1).

Reste désormais à diffuser la culture de la négociation dans les administrations. Cette acculturation semble plus aisée au niveau supérieur. Ainsi deux accords d'importance, l'un sur le télétravail, l'autre sur la protection sociale complémentaire, ont été respectivement signés à l'unanimité les 13 juillet 2021 et 26 janvier 2022 par les organisations représentatives. L'engouement est, en revanche, inégal et difficile à appréhender aux niveaux de proximité, en raison de facteurs multiples parmi lesquels le peu de connaissance et d'intérêt de certains employeurs publics pour la négociation, voire de temps à lui consacrer. L'enjeu de la formation à la négociation collective et à ses instruments (nous pensons ici aux accords de méthode prévus par l'ordonnance du 17 février 2021), est donc la clé de cette réforme d'envergure.

Les acteurs du dialogue social, du côté employeurs comme du côté syndical, doivent relever le défi de s'approprier les nouvelles règles du jeu et le changement de paradigme qu'elles sous-entendent, dans un contexte où les organisations syndicales doivent faire face à un problème de renouvellement des militants et des élus, tandis que du côté des administrations, la gestion et l'accompagnement des transformations restent des sujets mal appréhendés.

L'évolution profonde de la culture du dialogue social ne se fera qu'à cette condition. Qu'en est-il du dialogue social dans la fonction publique croate. Est-il différent de celui dont je viens de dresser la cartographie et d'en résumer la pratique ? telle est la question que je pose à nos honorables collègues croates en guise de conclusion.

Quentin Epron, Maître de conférences, Vice-président de l'Université
Panthéon-Assas,
Paris 2

**UNE PERSPECTIVE COMPARATISTE SUR LA PLACE
ET LE STATUT DES AGENTS PUBLICS : LE POUVOIR
PRESIDENTIEL DE REVOCATION DES AGENTS
FEDERAUX EN DROIT DES ETATS-UNIS D'AMERIQUE**

*UDK: 42.511 : 355.40(73)
42.51 : 355.40(73)*

*Izlaganje sa znanstvenog skupa
4. 12. 2023.*

Lorsque Marko Gjidara m'a annoncé le thème des journées juridiques franco-croates – la Fonction publique : entre statut et contrat – il m'a semblé que la modeste contribution que je pouvais apporter ne devait pas traiter du droit français de l'emploi public -thème dont je ne suis aucunement un spécialiste, ni même véritablement un connaisseur -, mais posséder une dimension comparatiste qui correspond à mes centres d'intérêt. Je me suis décidé à traiter d'un thème important, à certains égards un thème classique, du droit constitutionnel américain : le pouvoir du Président des Etats-Unis de révoquer les agents fédéraux. Ce thème a suscité de nombreuses études aux Etats-Unis. Il est, à vrai dire, un thème « classique » du droit américain tant il concentre, sur une question qui tient au statut des agents publics fédéraux des Etats-Unis, des questions fondamentales de droit constitutionnel.

Le problème du pouvoir présidentiel de révocation des agents fédéraux tient tout d'abord à la rédaction de la Constitution des Etats-Unis. On sait que la Constitution américaine, dans son article II, section 1, attribue le pouvoir exécutif au Président des Etats-Unis. L'article II section 2, clause 2 explique ensuite de quelle manière le Président peut conclure un traité ou nommer un agent public, ou un juge fédéral. Mais cet article ne dit rien de la manière dont il peut être mis fin à un traité international ou de la manière dont un agent fédéral, nommé par le Président sur l'avis et le consentement du Sénat, peut, à son tour, être révoqué de ses fonctions. La question du pouvoir du Président de révoquer un agent fédéral a, dès le début de la République américaine, nourrit des controverses majeures entre juristes américains.

Pouvoir de nomination et pouvoir de révocation ne sont pas parfaitement parallèles. Le pouvoir de nomination permet au Président de construire sa direction de l'Exécutif, en s'assurant de la cohérence générale de l'action qu'il initie. Le pouvoir de révocation permet au Président de s'assurer de la loyauté de ses

subordonnés. Il permet au Président de garder la direction de l'administration fédérale et de s'assurer du soutien d'un réseau d'influence et de clientèle ¹.

Pourtant, la situation du Président n'est pas aussi unilatérale que peut le laisser penser la lecture de l'article II de la Constitution américaine. En effet, la Constitution de 1787 se garde bien de faire du Président le titulaire unique et systématique du pouvoir de nomination : dans certains cas, les nominations doivent être confirmées par le Sénat et dans de nombreuses hypothèses, le Congrès a la possibilité de désigner une autorité de nomination différente. Par ailleurs, ce qui caractérise la fonction publique fédérale, c'est sa « politisation », c'est-à-dire le nombre important d'agents nommés discrétionnairement (*political appointees*) par rapport au personnel de carrière (*civil service*). Cette politisation n'est pas en elle-même un choix des Pères fondateurs mais est le résultat du Spoils system américain du XIX^{ème} siècle. Contrairement à ce que l'on peut penser, cette politisation n'a pas toujours en faveur du Président.

A côté du pouvoir de nomination, le pouvoir de révocation apparaît, dans l'histoire américaine, comme le « principal instrument de contrôle de l'administration fédérale » par le Président des Etats-Unis. Les agents qui peuvent être démis de leurs fonctions sont les *political appointees* et, en particulier, ceux nommés par le Président avec l'avis et le consentement du Sénat. Le problème est de savoir dans quelle mesure la Constitution permet au Congrès de limiter le pouvoir du Président de révoquer de tels agents. La question ne se pose plus à propos des employés relevant du « civil service », peu d'auteurs soutenant aujourd'hui que les dispositions qui définissent leur statut sont inconstitutionnelles au regard de l'article II de la Constitution de 1787.

Le pouvoir de révocation est, bien entendu, lié à la responsabilité politique du Président. Le pouvoir de révocation du Président tient à un impératif démocratique : les agents qui dépendent du Président lui rendent des comptes, comme le Président lui-même rend des comptes – ou devra rendre des comptes – à ses électeurs.

Les juristes américains ont l'habitude de faire remonter la question du pouvoir de révocation du Président à un débat intervenu en 1789, lors du premier Congrès américain. Ce débat est appelé la « Décision de 1789 ». Il s'agissait d'une discussion intervenue au Congrès à propos de la création par le Congrès des départements des Affaires étrangères, du Trésor et de la Guerre. La question s'est posée de savoir ce que la nouvelle Constitution prévoie à propos de la révocation des agents de la branche exécutive et, en particulier, des secrétaires des départements qui vont être institués². Quatre thèses sont développées alors par divers membres du Congrès. La première consiste à dire que seule la procédure d'impeachment permet la révocation d'un agent de l'Exécutif. La deuxième thèse soutient que la révocation des secrétaires de départements est un pouvoir partagé entre le Sénat et le Président : comme la nomination, la révocation implique l'accord des deux.

¹ Maud Michaut, L'Etat administratif aux Etats-Unis, thèse Université Paris Panthéon-Assas, 2021, p. 579 et 581.

² M. Michaut, op. cit., p. 633 et s.

Cette thèse semble être notamment la position d'Alexander Hamilton. La troisième thèse que le Congrès étant compétant pour créer l'office, il est aussi le seul à être compétent pour déterminer les conditions de la révocation. Le Congrès peut confier ce pouvoir au Président mais il n'a pas d'obligation constitutionnelle à le faire : c'est une règle législative. Enfin, la quatrième thèse est celle soutenue par James Madison et elle prévoit que seul le Président a le pouvoir de révoquer les agents de la branche exécutive. Madison soutient que c'est à cette condition que le Président bénéficie d'une véritable autorité sur la branche exécutive³.

La loi adoptée finalement par le Congrès ne tranche pas totalement entre ces quatre thèses. Elle affirme, certes, le pouvoir présidentiel de révocation mais elle n'indique pas si ce pouvoir est d'origine constitutionnelle ou législative. Le Congrès affirme le pouvoir du Président, mais quelle est l'origine de ce pouvoir ? Cette affirmation est-elle simplement la répétition d'une habilitation constitutionnelle préexistante ou signifie-t-elle que le pouvoir présidentiel de révocation se fonde sur une habilitation du Congrès ?

La question n'a pas été tranchée par la Cour suprême avant une décision de 1926, la décision *Myers v. United States*. Dans cette décision, la Cour suprême reconnaît que le Président détient un pouvoir administratif qui dépasse ses attributions constitutionnelles ou législatives particulières et qui inclut un pouvoir hiérarchique sur l'administration. La Cour consacre « le pouvoir constitutionnel du Président de révoquer seul les agents des postes, alors même qu'ils avaient été nommés avec l'avis et le consentement du Sénat »⁴. La Cour place l'administration fédérale sous l'autorité du Président. Dans cette décision, la Cour se fonde d'ailleurs sur une interprétation de la « Décision de 1789 » qu'elle tire à son profit, en écartant quelque peu les zones d'ambiguïté que cette « Décision » recelait.

Le débat pouvait sembler être clôt lorsqu'en 1935, la Cour suprême a rendu une autre décision, tout aussi importante dans l'analyse du pouvoir de révocation du Président : la décision *Humphrey's Executor v. United States* (1935). Dans cette décision, la Cour prend acte du développement des commissions indépendantes de régulation pendant l'ère du New Deal. Ces commissions se caractérisaient par le fait que, les concernant, le Président devait se prévaloir d'un « motif légitime » pour justifier la révocation de l'un de ses directeurs. Une telle disposition, limitant le pouvoir du Président à un « motif légitime », pouvait-elle être jugée conforme à la Constitution ? L'enjeu était important car les commissions indépendantes de régulation jouaient un grand rôle dans la politique du New Deal. Les commentateurs s'attendaient à une censure de la Cour suprême. Or, la Cour, au contraire, a tranché en faveur de la conformité à la Constitution de telles instances qu'on pourrait qualifier, par comparaison, d'autorités administratives indépendantes.

La décision *Humphrey's Executor* tempère la décision *Myers*. Dans les termes de la décision *Humphrey's Executor*, le Président ne détient pas un pouvoir hiérarchique complet sur l'ensemble des agents chargés de fonctions d'application de la loi. En

³ M. Michaut, op. cit., p. 634-635.

⁴ MM, p.630.

effet, si ces agents n'exercent pas de fonctions purement exécutives, la Constitution n'interdit pas au Congrès de limiter le pouvoir de révocation du Président⁵.

L'étape suivante, dans l'histoire de ce grand débat américain, c'est le développement de la théorie dite de l'« Exécutif unitaire »⁶. Dans les années 1980, cette théorie, qui a été portée par l'Attorney General Edwin Meese, constituait une critique virulente du développement des agences administratives indépendantes, héritières du New Deal. Les tenants de l'Exécutif unitaire soutiennent que la Constitution confère au Président des États-Unis le pouvoir de contrôler tout exercice du pouvoir exécutif, compris de manière large comme l'application des lois²⁸²⁷. Dans cette conception, l'Exécutif américain doit être organisé de manière unifiée et hiérarchique, et placé sous le contrôle direct du Président : la Constitution interdit donc au Congrès de confier des fonctions exécutives à une institution indépendante du Président. La théorie a pour conséquence l'affirmation de l'inconstitutionnalité des agences administratives indépendantes, voire même du civil service fédéral, dans la mesure où ces institutions sont chargées de l'application des lois tout en étant protégées du contrôle présidentiel⁷. La théorie s'est progressivement détachée de son contexte politique d'apparition et a pu être invoquée par des Présidents aussi bien Républicains que Démocrates (ainsi Obama). Le juge Antonin Scalia fut le premier juge de la Cour suprême à utiliser l'expression d'« Exécutif unitaire » dans son opinion dissidente sous l'arrêt *Morrison v. Olson* (1988).

Mais quels que soient les mérites de cette interprétation de l'Article II de la Constitution, la théorie n'est pas pleinement réalisée en droit positif et ne l'a jamais été. Il faut cependant souligner que les arrêts récents de la Cour suprême, s'ils n'en sont pas des applications rigoureuses, traduisent tous une volonté d'accroître l'unité de l'Exécutif

Vous me pardonnerez, j'espère, de ne pas être plus précis. Je me suis attaché à quelques grandes étapes des doctrines américaines du « removal power », le pouvoir de révocation attribué au Président des États-Unis. Ces grandes étapes sont au nombre de trois : la première est celle dite de la « Décision de 1789 ». Elle est profondément imprégnée des idées des Pères fondateurs sur la séparation des pouvoirs. La grande question est d'établir des checks and balances. La « Décision de 1789 » est, au fond, assez peu une décision parce qu'elle ne donne pas une réponse univoque à la question de savoir si le Président peut révoquer les agents fédéraux qu'il a nommés. La philosophie des « checks and balances » ne donne pas de réponse évidente à cette question. A l'ombre de cette philosophie, mais au prix aussi d'un certain nombre de ruptures, a grandi le fameux Spoils System. La démocratisation de la Constitution américaine est allée avec le développement du Spoils System. Ce Spoils System a été ensuite progressivement remplacé par un

⁵ MM, p.651.

⁶ V. en particulier les travaux de Steven Calabresi.

⁷ P. 661-662.

système de recrutement fondé sur le mérite⁸. On cite toujours à ce propos le fameux Pendleton Civil Service Reform Act de 1883 qui inaugure une nouvelle conception de l'agent public. La deuxième étape est celle des décisions *Myers v. United States* de 1926 et la décision *Humphrey's Executor v. United States* de 1935. Les deux décisions ont pour point commun de correspondre à une phase d'essor de l'Etat administratif américain et elles définissent, à elles deux, le cadre général d'analyse de la question du pouvoir de révocation dans ce contexte. La troisième étape est la crise ou la critique d'une forme d'Etat administratif telle qu'elle a été formulée à travers la théorie de l'Exécutif unitaire. Cette théorie est une machine de guerre lancée contre le principe des autorités administratives indépendantes, qui sont issues des réformes administratives de l'Etat américain.

A travers ces trois étapes, on peut voir la manière dont une question précise – celle du pouvoir de révocation du président – cristallise des analyses constitutionnelles qui font autorité pendant un temps, puis s'éclipsent par la suite. De la forme minimale d'Etat qui existait à l'époque des Pères fondateurs – il y avait, à l'époque de la présidence de Jefferson, 3000 agents fédéraux – à l'Etat progressiste du New Deal, aux crises contemporaines du gouvernement fédéral américain, la question du pouvoir de révocation du Président nous donne un excellent point de vue, non seulement sur les variations de l'emploi public aux Etats-Unis, mais aussi sur les mutations des discours constitutionnels.

⁸ Cf sur ce point les belles analyses de Francis Fukuyama dans son ouvrage *Political Order and Political Decay*.

Charlotte Denizeau, Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas,
Paris 2

LE PRINCIPE DE NEUTRALITÉ DANS LA FONCTION PUBLIQUE FRANÇAISE

UDK: 35.07(44)
323.2 : 35.07(44)
Izlaganje sa znanstvenog skupa
12. 1.. 2024.

1. INTRODUCTION

En France, les agents publics sont tenus par une obligation de stricte neutralité. Ils ne doivent pas exprimer ou manifester leurs opinions politiques ou religieuses ; ils doivent adopter une attitude neutre avec leurs collègues, les usagers et les co-contractants de l'administration ; ils sont tenus de les traiter, sans faire de distinction d'aucune sorte. En retour, ils ne doivent pas faire l'objet de discriminations concernant leurs croyances connues ou supposées.

Pour comprendre l'origine de cette obligation pour les agents publics, il convient de s'intéresser au principe de neutralité et d'en saisir les bases conceptuelles et normatives. Avant même de concerner les fonctionnaires, ce principe a d'abord visé l'État et s'est imposé comme une règle gouvernant l'activité et le fonctionnement des services publics.

- *Le principe de neutralité de l'État et la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État.*

Jusqu'à la loi du 9 décembre 1905, les rapports entre les Églises et l'État étaient régis par le Concordat, conclu en 1801 entre Napoléon 1^{er} et Pie VII. Le concordat reconnaissait les cultes. La religion catholique était identifiée comme la « religion de la majorité des français », mais étaient aussi reconnus les cultes réformé, calviniste et israélite. Ces quatre cultes avaient été érigés en services publics.

La loi du 9 décembre 1905 mit fin à ce régime. Elle pose un principe : celui de l'indifférence de l'État à l'égard du phénomène religieux. L'article 1^{er} de cette loi dispose : « *La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public.* » L'article 2 pose l'obligation de neutralité, sans la nommer, en disposant : « *La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte (...)* ». Pour la Cour européenne des droits de l'homme, cette loi « *qui marque la fin d'un long affrontement entre les républicains issus de la Révolution française*

et l'Église catholique »¹ est « la véritable clé de voûte de la laïcité française »² et fonde le « modèle français »³ de laïcité.

On observera que les principes de laïcité et de neutralité de l'État, qui trouvent pourtant leurs fondements théorique et pratiques dans la loi de 1905, ne figurent pas dans le texte. Les mots n'y sont pas écrits.

Le terme laïcité apparaît pour la première fois dans le droit constitutionnel à l'article 1^{er} de la Constitution de 1946 sous la forme d'un adjectif : la France « *est une république indivisible, laïque, démocratique et sociale* ». La Constitution de 1958 reprend cette phrase et ajoute qu'« *elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances* ». Cet article affirme tout autant la laïcité de l'État que la liberté religieuse, laquelle est également protégée au rang constitutionnel, à l'article 10 de la Déclaration de 1789 qui dispose que « *nul ne doit être inquiété pour ses opinions même religieuses pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* ».

Ces différents textes revêtent une double dimension : d'une part, ils garantissent l'autonomie de l'individu en matière religieuse et d'autre part, ils imposent la neutralité religieuse de l'État qui ne professe aucune religion et qui, pour les respecter toutes, les traite de manière égale.

Pour le constituant, la laïcité devra donc s'interpréter à la lumière de l'égalité devant la loi et du respect des croyances, c'est-à-dire comme l'affirmation de la neutralité religieuse de l'État.

Le terme de neutralité, sujet du présent rapport, n'est pas plus écrit dans la loi du 9 décembre 1905, alors même que la loi, par les obligations qu'elle impose aux autorités publiques, est à l'origine ce principe de neutralité.

Le conseil constitutionnel l'a exprimé très clairement en 2013 : le principe de laïcité « *figure au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit ; qu'il en résulte la neutralité de l'État, qu'il en résulte également que la République ne reconnaît aucun culte ; que le principe de laïcité impose notamment le respect de toutes les croyances, l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et que la République garantisse la libre expression des cultes, qu'il implique que celle-ci ne salarie aucun culte* »⁴.

En ce sens, le principe de laïcité préserve la liberté de conscience, garantit le libre exercice des cultes et concourt à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement de l'usager du service public. Ainsi il importe de retenir que la laïcité

¹ CEDH, 26 novembre 2015, *Ebrahimian contre France*, Req. n° 64846/11, pt. 21 ; AJDA 2015, p. 2292 ; *ibid.* 2016, 528 ; D. 2015, p. 2506 ; AJFP 2016, p. 32, comm. A. ZARCA ; AJCT 2016, p. 227 ; Dr. soc., 2016, p. 697 ; RDT, 2016 p. 345.

² CEDH, 26 novembre 2015, *Ebrahimian contre France*, Req. n° 64846/11, pt. 21.

³ *Ibid.* pt 68.

⁴ Cons. const. 21 févr. 2013, n° 2012-297 QPC, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité*, JO 23 févr, AJDA 2013. 440 ; *ibid.* 1108, note E. FOREY ; D. 2013. 510 ; *ibid.* 2014. 1516, obs. N. JACQUINOT et A. MANGIAVILLANO ; RFDA 2013. 663, chron. A. ROBLOT-TROIZIER et G. TUSSEAU.

« à la française » n'a pas pour objet de combattre les religions. Le principe vise à empêcher leur influence au sein de la sphère publique, en se fondant sur le principe selon lequel la liberté d'opinion religieuse appartient à la sphère privée et à la conscience individuelle.

Si la neutralité s'impose à l'État, elle s'impose concrètement à ceux qui l'incarnent et le représentent : les agents publics.

Mais le principe de neutralité n'est pas seulement le principe de neutralité de l'État, il est aussi en droit administratif le principe de neutralité du service public.

- *Le principe de neutralité du service public*

En droit administratif français, trois grands principes, identifiés comme les lois de Rolland en 1930, régissent les activités des services publics qu'elles soient exercées par des personnes publiques ou des organismes de droit privé : les principes de mutabilité, de continuité et d'égalité⁵.

« Corollaire »⁶ du principe d'égalité, la neutralité du service public⁷ interdit que « le service soit assuré de façon différenciée en fonction des convictions politiques ou religieuses de son personnel »⁸. Dans sa décision du 18 septembre 1986, le Conseil constitutionnel reconnaissait qu'il s'agissait là d'un principe fondamental du service public⁹. Mécaniquement l'agent public, qui délivre et remplit cette mission de service public, est tenu dans son comportement, ses agissements, ses relations avec les usagers à une telle obligation de neutralité. Identifiée par René Chapus comme une « obligation complémentaire » pour les agents publics, elle doit leur permettre de s'acquitter au mieux de leur « devoir de servir l'intérêt général »¹⁰.

L'obligation de neutralité a d'abord été d'origine jurisprudentielle. Dans l'arrêt *Demoiselle Pasteau* du 8 décembre 1948¹¹, puis l'arrêt *Demoiselle Jamet* du 9 mai 1950, le Conseil d'Etat énonce qu'il existe un « devoir de stricte neutralité qui s'impose à tout agent collaborant à un service public ».

Il faut attendre 2016 pour que l'obligation devienne législative ; et surtout qu'elle devienne autonome du principe d'égalité, sans plus en être explicitement un corollaire. Ainsi la loi du 20 avril 2016 *relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires* a modifié l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations du fonctionnaire*. Son dispositif a été codifié dans le Code général de la fonction publique adopté en 2021¹².

⁵ Principe lui-même corollaire du principe d'égalité devant la loi inscrit dans la déclaration de 1789.

⁶ CC, 18 septembre 1986, n°86-217, cons. 15.

⁷ G. KOUBI, « Le principe de neutralité des services publics, un principe corollaire à la modernisation de l'État ? », *Revue administrative*, 1992, p. 480.

⁸ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1., Montchrestien, 13^{ème} éd., 1999, p. 582.

⁹ CC, 18 septembre 1986, n°86-217.

¹⁰ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 2, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, p. 299.

¹¹ CE, 8 déc. 1948, *D^{lle} Pasteau*, Lebon 463

¹² Code créé par l'ordonnance n° 2021-1574 du 24 novembre 2021 portant partie législative du *Code général de la fonction publique*.

L'obligation de neutralité des agents publics est donc inscrite à l'article L121-2 du Code général de la fonction publique :

« Dans l'exercice de ses fonctions, l'agent public est tenu à l'obligation de neutralité. Il exerce ses fonctions dans le respect du principe de laïcité. A ce titre, il s'abstient notamment de manifester ses opinions religieuses. Il est formé à ce principe. L'agent public traite de façon égale toutes les personnes et respecte leur liberté de conscience et leur dignité ».

L'énoncé de cet article est intéressant s'agissant d'une part de la portée de l'obligation de neutralité des agents publics (1°) et d'autre part, du lien qu'il établit entre neutralité et laïcité. La neutralité pour le législateur est certes une neutralité politique, mais elle est surtout une neutralité religieuse, comme l'indiquent les trois dernières phrases de l'article. La neutralité religieuse, parce qu'elle renvoie aux problématiques liées au communautarisme et au séparatisme islamiques, est une problématique aigüe dans la société contemporaine française (2°).

1°) Portée de l'obligation de neutralité : conciliation avec le principe de la liberté religieuse

Pour mesurer la portée de l'obligation de neutralité, il faut rappeler qu'elle doit se concilier avec les droits des agents publics en matière de liberté de conscience et d'opinion.

La liberté d'opinion des agents publics est protégée à l'article L111-1 du Code général de la fonction publique qui dispose que *« la liberté d'opinion est garantie aux agents publics »*. L'article L131-1 du même code précise qu' *« aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les agents publics en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur origine, de leur orientation sexuelle ou identité de genre, de leur âge, de leur patronyme, de leur situation de famille ou de grossesse, de leur état de santé, de leur apparence physique, de leur handicap, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race (...) »*.

Ce principe de non-discrimination à raison de la religion trouve sa base dans la Constitution. L'**article 10 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789** dispose : *« Nul ne peut être inquiété pour ses opinions, même religieuses pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi. »*. L'alinéa 5 du Préambule de 1946 énonce que *« nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances »*.

Cette liberté est également protégée à un rang conventionnel : l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (dont le contenu est repris à l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) stipule que *« toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique le droit de changer de religion ou de conviction, ainsi que le droit de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. »* L'article 14 de la

Convention européenne interdit les discriminations, notamment celles fondées sur la religion.

Ainsi l'agent public est libre de ses convictions. Il est libre d'avoir les opinions politiques et les croyances religieuses de son choix. Il peut les exprimer en dehors du service comme tout citoyen. Il doit en revanche respecter le devoir de réserve qui s'impose aux agents publics dans l'expression de leurs opinions.

La manifestation de ses opinions politiques ou religieuses dans l'exercice de ses fonctions peut être constitutive d'un manquement à ses obligations. Un tel comportement peut même l'exposer des sanctions disciplinaires. L'article L124-1 prévoit qu'il « *appartient à tout chef de service de veiller au respect des principes énoncés aux articles L121-1 et L121-2 dans les services placés sous son autorité. Tout chef de service peut préciser, après avis des représentants du personnel, les principes déontologiques applicables aux agents placés sous son autorité, en les adaptant aux missions du service* ».

2°) Les liens entre neutralité et laïcité

La loi de 2016 pose l'obligation de neutralité pour les agents publics, obligation qui renvoie le principe général de neutralité du service public, mais dans les trois phrases qui suivent : il n'est question que de laïcité, laquelle concerne exclusivement la neutralité religieuse. Il est frappant de constater que la question de la neutralité des agents publics aujourd'hui est intrinsèquement liée à leur laïcité et concerne quasi-exclusivement la neutralité religieuse. De fait, les différents contentieux portés devant les juges au sujet de sanctions disciplinaires ne concernent que des affaires liées au manquement à la neutralité religieuse¹³.

Nous pouvons observer que la problématique relative à la laïcité et la neutralité dans la fonction publique est une préoccupation politique majeure de ces dernières années. Pour lutter contre le repli communautaire et le séparatisme sous toutes ses formes, la France a adopté une vaste loi : celle du 24 août 2021 *confortant le respect des principes de la République*¹⁴. Pour atteindre les finalités exposées dans le projet de loi, le législateur a agi dans des directions très variées. Il a mobilisé le droit de l'urbanisme, le droit des associations, le droit pénal, le droit à l'instruction mais aussi le statut de la fonction publique. Concernant ce dernier axe, la loi a introduit dans la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 un article 28 ter instaurant des référents laïcité dans la fonction publique. La mise en place de ces référents laïcité s'inscrit dans les « 17 décisions pour la laïcité »¹⁵ annoncées en juillet 2021 par le Premier ministre Jean Castex lors du premier Comité interministériel de la laïcité.

Le référent laïcité a été créé par le Décret n° 2021-1802 du 23 décembre 2021 *relatif au référent laïcité dans la fonction publique*. Celui-ci, désigné par chaque administration de l'État, collectivité territoriale ou établissement public, est chargé

¹³ Voir les exemples *infra*.

¹⁴ n° 2021-1109

¹⁵ <https://www.gouvernement.fr/le-comite-interministeriel-de-la-laicite>

d'apporter tout conseil utile au respect du principe de laïcité à tout fonctionnaire ou chef de service qui le consulte.

Le décret en a précisé les missions, les modalités et les critères de désignation. Le référent laïcité apporte conseil aux chefs de service et aux agents publics pour la mise en œuvre du principe de laïcité, notamment par l'analyse et la réponse aux sollicitations de ces derniers portant sur des situations individuelles ou sur des questions d'ordre général. Il assure la sensibilisation des agents publics au principe de laïcité et la diffusion, au sein de l'administration concernée, de l'information au sujet de ce principe. Enfin il est chargé, à son niveau et le cas échéant en coordination avec d'autres référents laïcité, de la journée de la laïcité le 9 décembre de chaque année. Il peut aussi être sollicité en cas de difficulté dans l'application du principe de laïcité entre un agent et des usagers du service public.

Il établit un rapport annuel d'activité qui dresse un état des lieux de l'application du principe de laïcité et, le cas échéant, des manquements constatés par ce dernier dans les services auprès desquels il est placé et qui rend compte de l'ensemble des actions menées durant l'année écoulée. La mise en place de ces référents est effective depuis janvier 2022 et accompagnera le déploiement des formations à la laïcité de tous les agents publics d'ici 2025.

Il résulte de ce dispositif normatif et jurisprudentiel qu'en France, dans l'exercice de leurs fonctions, les agents publics ne peuvent, par leur comportement, propos ou tenue vestimentaire manifester leurs opinions ou préférences, qu'elles soient philosophiques, politiques, syndicales ou religieuses. De la sorte, le comportement de l'agent ne saurait faire douter l'usager de la neutralité du service public, dans la mesure où cette obligation doit laisser l'impression qu'aucun usager n'est avantagé ou, à l'inverse, désavantagé en raison de son opinion ou de l'opinion de l'agent.

Mais là n'est pas le seul effet du principe de neutralité. Il serait erroné de penser qu'il n'apporte aucune garantie à l'agent public. Tout au contraire : l'agent est dans le même temps protégé par cette obligation qui prohibe toute discrimination en sa défaveur à raison de ses opinions et s'impose à l'État et aux agents collègues ou supérieurs.

Autrement dit, si le principe de neutralité est contraignant et source d'obligations strictes pour les agents publics (II), il leur assure simultanément une protection, sous le contrôle des juges internes et européens (I).

2. LA NEUTRALITÉ, PRINCIPE PROTECTEUR DES AGENTS PUBLICS

Le principe de neutralité interdit les discriminations liées aux convictions politiques, religieuses et syndicales (2.1.), mais ce principe ne s'oppose pas à ce que des aménagements soient prévus pour préserver la liberté religieuse des agents (2.2.).

2.1. L'interdiction des discriminations liées aux convictions politiques, religieuses ou syndicales

Le principe est le suivant : aucune différence ne peut être fondée sur les opinions ou croyances dans le recrutement et le déroulement de carrière des agents publics. L'article L137-2 du Code général fonction publique indique de surcroît qu'il « *ne peut être fait état, dans le dossier individuel d'un agent public de même que dans tout document administratif, des opinions ou des activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques de l'intéressé* ».

Recrutement – Exemples

Les convictions religieuses doivent être indifférentes au recrutement des fonctionnaires et des agents publics, *a fortiori* lorsqu'elles sont notoirement connues¹⁶. Dans l'arrêt du 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre*, le Conseil d'État avait jugé légale la décision du ministre d'écarter du concours d'agrégation de philosophie l'abbé Bouteyre, déclarant que les textes avaient pu légalement donner au ministre la possibilité de réserver ce concours aux candidats agréés par l'autorité administrative. Un avis de l'Assemblée du Conseil d'État du 21 septembre 1972 a remis en cause cette jurisprudence. Le Conseil d'État a énoncé qu'aucun texte n'écarte plus désormais des fonctions de l'enseignement secondaire les personnels non laïcs.

- On ne peut refuser à un administré de concourir à un emploi public en prenant en compte des croyances individuelles¹⁷. Le Conseil d'État annule le refus de concourir opposé à une candidate au motif qu'elle est de confession catholique. Par suite, un prêtre postulant aux fonctions de président d'université ne peut être écarté pour cette simple raison¹⁸.
- La pratique d'une religion ne doit pas constituer un critère discriminant à l'encontre d'un candidat¹⁹. Le Conseil d'État annule le refus de concourir opposé à une candidate au motif qu'elle avait étudié dans un pensionnat religieux.
- L'appartenance à une religion et ni sa pratique à titre privé, même connue par les autres agents du service, ne peut justifier une mesure défavorable à l'encontre d'un agent, comme une mauvaise appréciation sur une feuille de notation, une sanction ou, *a fortiori*, une exclusion définitive. Dans l'arrêt *Dlle Jamet* du 3 juin 1950, la pratique de la religion avait constitué un critère discriminant à l'égard de l'agent contractuel prétendant à la titularisation²⁰. Dans le même sens, un concours d'officiers de police peut être annulé si le jury pose à un

¹⁶ CE, 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre*, n°46.027, Rec. p. 561

¹⁷ CE, 8 déc. 1948, *D^{lle} Pasteau*, Lebon 463

¹⁸ CE, 27 juin 2018, Req. n° 419595, Lebon avec les concl. ; *AJDA* 2018. 1364 ; *AJFP* 2019. 51, comm. E. AUBIN ; *AJCT* 2018. 613.

¹⁹ (CE, 25 juillet 1939, *Demoiselle Beis*, rec. p. 524).

²⁰ CE, 3 mars 1950, *D^{lle} Jamet*, Lebon 247

candidat des questions sur son origines et ses pratiques confessionnelles, ainsi que sur celles de son épouse²¹.

Déroulement de la carrière – Exemples

Le principe de neutralité s'applique également au déroulement de la carrière des agents publics. Pour le Conseil d'État, ni l'appartenance à une religion, ni sa pratique à titre privé, même connue par les autres agents du service, ne peut justifier une mesure défavorable à l'encontre d'un agent. Certaines mesures défavorables sont illégales dès lors qu'elles sont justifiées par des motifs tenant à l'appartenance à une religion : il en va ainsi d'une mauvaise appréciation sur une feuille de notation²², d'une sanction²³ (le Conseil d'État annule des sanctions prises contre un fonctionnaire en raison d'activités religieuses menées hors du cadre professionnel) ou d'un licenciement²⁴.

2.2. Les aménagements autorisés au principe de neutralité au nom du respect des convictions religieuses

Les agents peuvent jouir de plusieurs types d'aménagement qui visent à préserver leur liberté religieuse.

Certains aménagements du temps de travail peuvent être autorisés au nom de la liberté de culte, s'ils sont compatibles avec le bon fonctionnement du service public. Ainsi des autorisations d'absence pour les fêtes religieuses peuvent être accordées par le chef de service sous réserve des nécessités du fonctionnement normal du service. Le Conseil d'État a énoncé que « l'institution par la loi de fêtes légales ne fait pas, par elle-même, obstacle à ce que, sous réserve des nécessités du fonctionnement normal du service, des autorisations soient accordées à des agents publics pour participer à d'autres fêtes religieuses correspondant à leur confession »²⁵. Dans cette affaire, Mlle Mauricette avait sollicité des autorisations d'absence pour la célébration en 1987, du vendredi saint, de la fête Dieu et de la fête de la médaille miraculeuse²⁶. Il en résulte que des aménagements du temps de travail des agents publics et l'absence peuvent être refusés au nom des nécessités du service.

Plus encore, dans une ordonnance du 16 février 2004, le Conseil d'État a estimé que le principe de laïcité ne faisait pas obstacle à ce que l'employeur public prenne en compte les croyances religieuses de ses agents pour organiser le travail de son service, tant que ces aménagements ne portent pas atteinte au bon fonctionnement du service²⁷. Le juge administratif a précisé que les autorisations accordées pour

²¹ CE, 10 avril 2009, *M. E. H.*, Req. n° 3119888

²² CE 16 juin 1982, *Epoux Z.*, Req. n°23277.

²³ CE, 28 avril 1938, *Demoiselle Weiss*, Req. p. 379.

²⁴ CE, 8 décembre 1948, *Demoiselle Pasteau*, précité.

²⁵ CE, 12 février 1997, *Mlle Mauricette X*, Req. n° 125893.

²⁶ CE 12 févr. 1997, n° 125893, *Mlle Henny*, Lebon 891 ; *D.* 1997, p. 81 ; *AJFP*, 1997, p. 24

²⁷ CE, ord., 16 févr. 2004, n° 264314, *Benaïssa*, Lebon ; *AJDA* 2004, p. 822, note G. GUGLIELMI et G. KOUBI ; *RDI*, 2004, p. 285 ; *AJFP*, 2004, p. 150.

cette raison constituent des mesures purement gracieuses mais sont dépourvues de tout caractère impératif²⁸.

En toute logique, puisque l'État ne reconnaît aucun culte, ces demandes d'absence peuvent être sollicitées au titre de toutes les religions, même une fête raëlienne (du mouvement Raëlien) a énoncé la Cour administrative d'appel de Paris²⁹. Les autorisations d'absence ne sont pas limitées aux grandes religions.

II. LA NEUTRALITÉ, PRINCIPE CONTRAIGNANT POUR LES AGENTS PUBLICS

Dans l'*Actualité juridique du droit administratif*, en 1977, J Rivero écrivait que les agents doivent, dans l'exécution du service, taire leurs opinions politiques car « le fonctionnement normal du service exige d'abord que l'administré ne puisse mettre en doute l'impartialité des agents auxquels il a affaire. En ce sens, la réserve dans l'expression des opinions est un complément nécessaire de la neutralité qui s'impose dans l'exercice des fonctions ». Pour que le citoyen croie, poursuivait-il « en la neutralité du service, il faut que le comportement des agents la rende crédible, ce qu'exclut la violence du propos public »³⁰.

Il en résulte que dans l'exercice de leurs fonctions, les agents publics ont une obligation absolue de neutralité. Or un agent peut contrevenir à cette obligation de différentes manières : en portant des signes ou vêtements traduisant son appartenance à une religion (A) et en adoptant un comportement par lequel il manifeste une opinion politique ou une appartenance religieuse (B). Dans ces deux cas, il risque des sanctions. Les développements de cette problématique sont très casuistiques et le contentieux est abondant, porté jusque devant la Cour européenne des droits de l'homme.

A. L'INTERDICTION DE PORTER DES SIGNES MANIFESTANT UNE APPARTENANCE RELIGIEUSE.

Au nom des principes de laïcité et de neutralité : les agents ne doivent porter aucun signe religieux distinctif.

1°) Étendue de l'obligation :

a) étendue organique : tous les agents publics et les agents des entreprises privées chargés d'une mission de service public

Cette obligation concerne tous les fonctionnaires, qu'ils soient titulaires ou contractuels, qu'ils appartiennent à la fonction publique d'État, territoriale ou hospitalière, mais également les agents des entreprises privées chargés d'une mission de service public et cela quelles que soient leurs fonctions au sein du service.

-- Les fonctionnaires --

La manifestation des convictions religieuses par un agent public est donc strictement interdite au nom du principe de laïcité et du devoir de stricte neutralité

²⁸ CE 19 nov. 2004, n° 265064, *Marty*, *AJDA* 2005. 226

²⁹ CAA Paris, 22 mars 2001, Req. n° 99PA02621 ; *AJFP* 2002. 28, note O. GUILLAUMONT

³⁰ J. RIVERO, « Sur l'obligation de réserve », *AJDA* 1977, p. 583.

du service public. Comme ceci a été dit, le principe a d'abord été affirmé par le Conseil d'État dans l'arrêt *Dlle Jamet* du 3 mai 1950.

Dans un avis très remarqué du 3 mai 2000, *Mlle Marteaux*, le Conseil d'État a affirmé – et le fait avec constance depuis – que « *le principe de laïcité fait obstacle à ce que les agents publics disposent, dans le cadre du service public, du droit de manifester leurs croyances religieuses* »³¹. Cette obligation vaut quelles que soient les fonctions de l'agent. Il indique dans cet avis qu'il ne doit donc porter aucun signe, notamment vestimentaire, destiné à marquer son appartenance à une religion, tel que le port d'un « *voile couvrant entièrement sa chevelure destiné à marquer manifestement son appartenance à une religion* ».

L'avis pose ce principe avec force : l'interdiction de manifester sa croyance vis-à-vis des usagers du service public ou de ses collègues s'applique, quelles que soient les fonctions exercées par l'agent. Le principe de laïcité interdit à tous les agents d'un service public d'enseigner de manifester leurs croyances religieuses, quelles que soient leurs fonctions au sein de ce service.

-- Une obligation de neutralité étendue aux agents des entreprises chargées d'une mission de service public --

Si cette obligation a concerné initialement l'ensemble des fonctionnaires, elle a été étendue aux salariés d'organismes privés chargés d'une mission de service public.

Ainsi la Cour de cassation, le 19 mars 2013, a jugé qu'une salariée d'un organisme privé gestionnaire d'un service public peut être licenciée pour cause réelle et sérieuse au motif qu'elle porte un foulard islamique³². Elle a validé le licenciement pour cause réelle et sérieuse d'une salariée prononcé parce qu'elle refusait d'ôter son voile. Le contentieux opposait ici une salariée à la CPAM, caisse primaire d'assurance-maladie de Seine-Saint-Denis (organisme de droit privé gestionnaire d'un service public) au sujet du port du voile.

L'argumentation de la salariée dans cette affaire se présentait en deux temps et la réponse de la Cour de cassation est dénuée de toute ambiguïté : les principes de neutralité et de laïcité du service public sont applicables à l'ensemble des services publics, que l'agent soit ou non en contact avec les usagers.

La requérante avait fait valoir que les principes de neutralité et de laïcité n'ont vocation à s'appliquer qu'à l'État, aux collectivités publiques, aux personnes morales de droit public et à leurs agents. La Cour de cassation a rejeté cette argumentation : « [...] la Cour d'appel a retenu exactement que les principes de neutralité et de laïcité du service public sont applicables à l'ensemble des services publics, y compris lorsque ceux-ci sont assurés par des organismes de droit privé et que, si les dispositions du Code du travail ont vocation à s'appliquer aux agents

³¹ CE avis 3 mai 2000, *Mlle Marteaux* ; *AJDA*, 2000, p. 673 ; *AJDA*, 2000, p. 602, note M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *Dalloz*, 2000, p. 747, note G. KOUBI ; *AJFP*, 2000, p. 39 ; *RFDA*, 2001, p. 146, concl. R. SCHWARTZ.

³² Cour de Cass., 19 mars 2013, 12-11.690

des caisses primaires d'assurance-maladie, ces derniers sont toutefois soumis à des contraintes spécifiques résultant du fait qu'ils participent à une mission de service public, lesquelles leur interdisent notamment de manifester leurs croyances religieuses par des signes extérieurs, en particulier vestimentaires ».

Autrement dit, l'application de la neutralité ne dépend pas de la forme ou du statut de l'entreprise, mais de son activité de gestionnaire d'un service public.

Dès lors, un établissement public industriel et commercial, par exemple, dans la mesure où il gère un service public, se voit appliquer le principe de neutralité du service public. Pour le juge administratif comme pour le juge judiciaire, les principes de neutralité et de laïcité font obstacle à ce que des salariés disposent, dans le cadre d'une mission de service public, du droit de manifester leurs croyances religieuses

- Une neutralité exigée que le salarié de l'entreprise chargé d'une mission de service public soit ou non en contact avec le public

Pourrait-on faire valoir le principe de droit privé selon lequel les restrictions aux libertés doivent être « *justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché* » ? Si ses fonctions ne conduisent pas la salariée à être au contact des assurés, l'interdiction du port du foulard n'est-elle pas disproportionnée ? Dans l'arrêt du 19 mars 2013, la Cour de cassation a rejeté cette argumentation aux motifs que : « *ayant retenu que la salariée exerce ses fonctions dans un service public en raison de la nature de l'activité exercée par la caisse [...], peu important que la salariée soit ou non directement en contact avec le public, la cour d'appel a pu en déduire que la restriction instaurée par le règlement intérieur de la caisse était nécessaire à la mise en œuvre du principe de laïcité de nature à assurer aux yeux des usagers la neutralité du service public* ».

Ainsi, à partir du moment où l'entreprise, de quelque nature qu'elle soit, gère un service public, le principe de neutralité s'applique, sans qu'il faille distinguer selon que le salarié est ou non en contact avec les usagers.

La distinction suggérée par certains établissements (comme La Poste) visant à n'appliquer le principe de neutralité qu'aux agents en contact avec les usagers se trouve ainsi en deçà des règles posées par la Cour de cassation dans son arrêt, dès lors que le salarié exerce une mission de service public.

b) Étendue matérielle de l'obligation : prohibition de tous les signes religieux

Cette règle concerne tous les signes religieux, qu'ils soient ostensibles et visibles (voile, kippa, turban sikh, abaya) ou discret, comme un petit bijou³³.

Application pratique : une barbe trop longue ?

³³ A propos du voile islamique, voir aussi l'arrêt de la CAA Lyon, 27 nov. 2003, n° 03LY01392, AJDA 2004. 154, note F. MELLERAY ; D. 2004. 32 ; AJFP 2004. 88, note F. LEMAIRE, obs. J. MEKHANTAR ; RFDA 2004. 588, concl. E. KOLBERT. Elle énonce que « le fait, pour un agent public, quelles que soient ses fonctions, de manifester dans l'exercice de ces dernières ses croyances religieuses, notamment en portant un signe destiné à marquer son appartenance à une religion, constitue un manquement à ses obligations professionnelles et donc une faute ».

Dans ce contexte, une barbe trop longue, arborée par un médecin hospitalier, peut-elle être perçue comme la manifestation ostentatoire d'une appartenance religieuse incompatible avec les principes de laïcité et neutralité ? Les réponses des juges du fond et du Conseil d'Etat ont été différentes. La réponse était positive pour le tribunal administratif, puis la Cour administrative d'appel de Versailles, qui a jugé, le 19 décembre 2017 que le médecin qui refusait de tailler sa barbe « très imposante » manifestait ostensiblement son appartenance religieuse et pouvait donc faire l'objet d'une mesure disciplinaire de résiliation de son contrat³⁴.

Mais le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 12 février 2020³⁵, a considéré que la barbe ne constitue pas par elle-même une manifestation ostensible d'une appartenance religieuse. Ce seul élément, par lui-même, est insuffisant pour caractériser la manifestation de convictions religieuses dans le cadre du service public³⁶.

2° La conventionnalité du dispositif français : l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Ebrahimian c/ France* du 26 novembre 2015

Dans l'arrêt *Ebrahimian c/ France* du 26 novembre 2015³⁷, la Cour européenne a reconnu l'existence d'une « laïcité à la française »³⁸, dont elle n'a pas à apprécier la conventionnalité au regard de la marge d'appréciation donc disposent les États en la matière. Elle souligne que « selon le modèle français, qu'il n'appartient pas à la Cour d'apprécier en tant que tel, la neutralité de l'État s'impose aux agents qui le représentent. La Cour retient toutefois qu'il incombe au juge administratif de veiller à ce que l'administration ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté de conscience des agents publics lorsque la neutralité de l'État est invoquée »³⁹.

L'affaire concernait le non-renouvellement d'un contrat de travail d'une assistante sociale dans un centre hospitalier qui refusait d'ôter son voile. La Cour devait donc déterminer si l'État français avait outrepassé sa marge d'appréciation en décidant de ne pas renouveler le contrat de la requérante en raison de son port du voile.

³⁴ CAA Versailles, 9 décembre 2017, *M.A. c/ Centre hospitalier de Saint-Denis*, req. n° 15VE03582. Comm. A. ZARCA, « La barbe d'un praticien hospitalier peut-elle être qualifiée de signe religieux ? », *AJFP*, 2018, n°3, pp. 160-164. S. ETOA, « La barbe d'un praticien hospitalier peut-elle être qualifiée de signe religieux ? », *JCP G*, 2018, n°HS, pp. 46-49. Ch. VALLAR, « Laïcité, neutralité du service public hospitalier et port de la barbe : une incompatibilité ? », *JCP A*, n°13, pp. 45-48. V. VIOUJAS, « Droit des établissements publics de santé : personnel de santé », *Revue générale de droit médical*, 2018, n°66, pp. 286-291.

³⁵ Req. n° 418299

³⁶ J. GUILBERT, « La neutralité religieuse des agents publics au rasoir d'Ockham », *AJDA*, 2020, n°19, pp. 1076-1079. G. GONZALEZ, « La barbe comme attribut physique neutre ou les dévoiements de la laïcité contenus par le Conseil d'Etat », *JCP G*, 2020, n°22, pp. 1010-1012 ; M. BAHOUALA, « Secteur public : le port d'une longue barbe ne suffit pas à manifester une croyance religieuse », *AJCT*, 2020, n°9, pp. 437-438 ; A. ZARCA, « Caractérisation de la religiosité d'une barbe : le salutaire recadrage du conseil d'Etat », *AJFP*, 2020, n°3, pp. 166-168.

³⁷ CEDH, 26 novembre 2015, *Ebrahimian contre France*, Req. n° 64846/11, pt. 15

³⁸ A. ZARCA, « Interdiction du port du voile par les agents publics : les dits et non-dits de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJFP*, 2016, p. 32.

³⁹ Pt. 68

Elle reconnaît que le non-renouvellement du contrat de la requérante est motivé par son refus d'enlever son voile et que cette mesure disciplinaire constitue une ingérence dans son droit à la liberté de manifester sa religion garanti par l'article 9 de la Convention. Elle admet que cette ingérence, prévue par la loi, poursuivait le but légitime : celui de la protection des droits et libertés d'autrui. Plus précisément, le respect des croyances, ainsi que l'égalité de traitement entre les patients, étaient invoqués par l'employeur.

La Cour devait ensuite déterminer si une telle ingérence était nécessaire et proportionnée au but poursuivi. Elle rappelle que si la liberté de conscience des agents publics est totale, il leur est cependant interdit de manifester leurs croyances religieuses dans l'exercice de leurs fonctions en raison du principe de laïcité de l'État et de neutralité des services publics.

Ce principe de neutralité vise à protéger les usagers de tout risque d'influence ou d'atteinte à leur propre liberté de conscience. La Cour constate que pour les juges français, le fait que la requérante soit en contact avec des patients se trouvant dans un état de fragilité ou de dépendance renforçait l'exigence de neutralité à laquelle elle était tenue.

À l'issue de ce contrôle de proportionnalité, la Cour a jugé que le non-renouvellement du contrat, dans un établissement public, de l'assistante sociale refusant d'ôter son voile n'est pas contraire à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, consacrant la liberté de religion.

Elle estime que les autorités nationales n'ont pas outrepassé leur marge d'appréciation en constatant l'absence de conciliation possible entre les convictions religieuses de la requérante et l'obligation de s'abstenir de les manifester, ainsi qu'en décidant de faire primer l'exigence de neutralité et d'impartialité de l'État. Ainsi, une assistance sociale dans un centre hospitalier peut donc être tenue d'ôter son voile, sans que cette obligation ne soit inconventionnelle.

Notons que pour l'heure la Cour de justice de l'Union européenne ne s'est pas prononcée sur la compatibilité au droit de l'Union européenne du droit français concernant l'application du principe de neutralité aux agents publics. Sa jurisprudence ne concerne que les salariés du secteur privé⁴⁰.

B. L'INTERDICTION DES COMPORTEMENTS MANIFESTANT UNE APPARTENANCE RELIGIEUSE

1°) L'interdiction d'adopter des comportements contraires au principe de neutralité

L'agent public ne doit pas adopter un comportement prosélyte :

⁴⁰ La Cour de justice de l'Union européenne a considéré qu'une interdiction de signes religieux au travail ne constituait pas une discrimination directe, mais pouvait en revanche représenter une discrimination indirecte « en l'absence de justifications objectives et proportionnées » (CJUE 14 mars 2017, aff. C-157/15, *Samira Achbita c/ G4S Secure Solutions NV*, et CJUE 14 mars 2017, aff. C-188/15, *Asma Bougnaoui, Assoc. de défense des droits de l'homme [ADDH] c/ Micropole SA* ; AJDA, 2017, p. 551 ; AJDA, 2017, p. 1106 ; D. 2017, p. 947, note J. MOULY ; *ibid.*, 2018, p. 813 ; Dr. Soc., 2017, p. 450 ; *ibid.*, 2018, p. 663 ; RDT, 2017, p. 422 ; *Constitutions*, 2017, 249 ; RTD eur., 2017, p. 229 ; *ibid.*, 2018, p. 467 ; *ibid.*, 2019, p. 85 ; *ibid.*, 105 ; Rev. Union européenne, 2017, p. 342.

- Il ne peut utiliser une adresse électronique professionnelle du service au profit d'une association religieuse et le fait d'apparaître sur le site de cette association en qualité de membre⁴¹.
- Il ne peut utiliser ses fonctions de guichetier pour remettre aux usagers du service public des imprimés à caractère religieux⁴². Par suite est régulière la sanction prononcée à son encontre
- Il ne peut tenir des propos visant à diffuser ses convictions religieuses auprès des usagers et de ses collègues⁴³. La Cour administrative d'appel de Versailles a jugé que peut être sanctionné un agent qui « *a utilisé ses fonctions d'animateur-adjoint pour diffuser ses convictions révèlent un prosélytisme actif dans le service public de l'éducation; qu'ils caractérisent ainsi un manquement aux obligations de neutralité et de réserve imposées à tout fonctionnaire, particulièrement grave s'agissant d'un agent en relation avec de jeunes enfants* »⁴⁴.

2°) Interdiction des comportements troublant le fonctionnement du service

L'agent public ne doit pas troubler le fonctionnement du service par son comportement. Il en résulte qu'est légale la sanction prononcée contre un agent qui ne respectait pas sa hiérarchie en refusant de saluer ses supérieurs masculins, tenant à leur égard des propos agressifs et menaçants et qui avait laissé apparaître de manière ostentatoire son appartenance religieuse, en refusant de participer à la minute de silence pour les victimes de l'attentat de *Charlie Hebdo*⁴⁵.

L'agent ne doit pas davantage pratiquer son culte durant ses fonctions. Il doit traiter toutes les personnes de façon égale et respecter leur liberté de conscience et leur dignité. Il ne peut ainsi adopter, y compris par conviction personnelle et religieuse, un comportement discriminatoire envers ses collègues féminines. Est légale la sanction prononcée contre un agent qui refuse 'systématiquement de saluer verbalement ou par une poignée de main le personnel féminin de l'établissement sans exception »⁴⁶.

Il est intéressant d'observer que l'obligation de neutralité, que nous avons pu identifier comme un principe cardinal du droit public français, tend à se diffuser au secteur privé. Ainsi à la suite de la très médiatisée affaire Baby Loup⁴⁷, la loi *travail*⁴⁸ du 8 août 2016 a inséré un nouvel article dans le Code du travail prenant en compte la jurisprudence de la Cour de cassation. Il est désormais prévu à l'article

⁴¹ CE, 15 octobre 2003, Req. n° 244428.

⁴² CE 19 février 2009, Req. n° 311633 CE 19 févr. 2009, n° 311633, *Bouvier*, Lebon ; *AJDA* 2009. 340 ; *AJFP* 2009. 253, concl. B. BOURGEOIS-MACHUREAU, note D. BAILLEUL

⁴³ CAA Versailles, 30 juin 2016, Req. n° 15VE00140

⁴⁴ Ibid, cons. 7.

⁴⁵ CAA Paris, 19 févr. 2019, n° 17PA00273, *AJFP* 2019. 301.

⁴⁶ CAA Marseille, 10 décembre 2020, Req. n° 20M103816

⁴⁷ C. Cass., Ass. Plen., 25 juin 2014, pourvoi 13-28.369.

⁴⁸ La loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail et l'article L1321-2-1 du Code du travail

L. 1321-2-1 que « *Le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché* ». Cette nouvelle disposition atteste d'une montée en puissance inédite des exigences de neutralité et de laïcité dans le code du travail ; elle entraîne une extension notable des restrictions juridiques à la liberté religieuse des salariés, restrictions susceptibles d'être généralisées et non tolérées ponctuellement au regard de la spécificité de tel ou tel poste. On observe qu'elle entraîne également une redéfinition législative du règlement intérieur de l'entreprise, acte réglementaire de droit privé, si central à la vie de l'entreprise.

La neutralité qui s'imposait exclusivement aux autorités publiques et à ses démembrements, devient un fondement juridique des restrictions à la liberté religieuse des salariés.

ANNEXES

Articles L. 111-1, L. 131-1, L. 137-2 et L. 131-12 du code général de la fonction publique

Article L111-1 du code général de la fonction publique :

« La liberté d'opinion est garantie aux agents publics ».

Article L131-1 Code général fonction publique

Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les agents publics en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur origine, de leur orientation sexuelle ou identité de genre, de leur âge, de leur patronyme, de leur situation de famille ou de grossesse, de leur état de santé, de leur apparence physique, de leur handicap, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sous réserve des dispositions des articles L. 131-5, L. 131-6 et L. 131-7.

Article L137-2 Code général fonction publique Il ne peut être fait état, dans le dossier individuel d'un agent public de même que dans tout document administratif, des opinions ou des activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques de l'intéressé ni de mentions le concernant contrevenant aux dispositions de l'article 133-11 du code pénal relatives à l'amnistie.

Article L131-12 Code général fonction publique Aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la rémunération, la formation, l'appréciation de la valeur professionnelle, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un agent public en prenant en considération le fait :

1° Qu'il a subi ou refusé de subir des agissements contraires aux principes énoncés aux articles L. 131-1, L. 131-2 et L. 131-3 ;

2° Qu'il a formulé un recours auprès d'un supérieur hiérarchique ou engagé une action en justice visant à faire respecter ces principes ;

3° Ou bien qu'il a témoigné d'agissements contraires à ces principes ou qu'il les a relatés. Est passible d'une sanction disciplinaire tout agent public ayant procédé ou enjoint de procéder aux agissements définis ci-dessus.

Article L121-2 du Code général de la fonction publique

« Dans l'exercice de ses fonctions, l'agent public est tenu à l'obligation de neutralité. Il exerce ses fonctions dans le respect du principe de laïcité. A ce titre, il s'abstient notamment de manifester ses opinions religieuses. Il est formé à ce principe. L'agent public traite de façon égale toutes les personnes et respecte leur liberté de conscience et leur dignité ».

Article L124-1 du Code général de la fonction publique

« Il appartient à tout chef de service de veiller au respect des principes énoncés aux articles L121-1 et L121-2 dans les services placés sous son autorité. Tout chef de service peut préciser, après avis des représentants du personnel, les principes déontologiques applicables aux agents placés sous son autorité, en les adaptant aux missions du service ».

