

HRVATSKO-FRANCUSKI UPRAVNOPRAVNI DANI
JOURNÉES JURIDIQUES ET ADMINISTRATIVES FRANCO-CROATES

HRESTOMATIJA

20 GODINA

MISCELLANEA

20 ANNÉES



Split / Paris 2026.

HRVATSKO-FRANCUSKI UPRAVNOPRAVNI DANI
JOURNÉES JURIDIQUES ET ADMINISTRATIVES
FRANCO-CROATES

HRESTOMATIJA
20 GODINA

MISCELLANEA
20 ANNÉES



Split / Paris 2026.

Izdavači / Editeurs:

Pravni Fakultet u Splitu/Faculté de droit de Split
Sveučilište Pariz-Panthéon-Assas /Université de Paris-Panthéon-Assas
Državni savjet Republike Francuske/Conseil d'État de la République française

Uredništvo / Direction de la publication:

Professor emeritus Marc Gjidara, Prof. dr. sc. Bosiljka Britvić Vetma,,
Prof. dr. sc. Lana Ofak, Prof. dr. sc. Frane Staničić,
Izv. prof. dr. sc. Ratko Brnabić, Doc. dr. sc. Ivan Malenica,
Božidar Horvat, dipl. iur., Josip Tadić, mag. iur.

Glavni urednici / Responsables de la publication:

Prof. dr. sc. Bosiljka Britvić Vetma
Professor emeritus Marc Gjidara

Izvršni urednik / Rédacteur en chef exécutif:

Josip Tadić, mag. iur.

Recenzenti / Recension:

Prof. dr. sc. Mirko Klarić
Doc. dr. sc. Luka Pribisalić

Grafička priprema i tisak / Préparation graphiwaq et impression

DES Split

CIP zapis je dostupan u nacionalnom skupnom katalogu
knjižničnog sustava Bukinet (katalog.bukinet.hr)
pod brojem 991006051402809366

ISBN 978-953-8116-54-4

*U povodu 20 godina održavanja
Hrvatsko-francuskih upravnopravnih dana*



**HRVATSKO-FRANCUSKI
UPRAVNOPRAVNI DANI**

SADRŽAJ / SOMMAIRE

Marc Gjidara

Predgovor.....IX-X

Avant-propos.....XI-XII

Daniel Giltard

L'idée d'État

(Pojam države) 1

Olivier Jouanjan

L'État de droit démocratique

(Demokratska vladavina prava) 13

Arsen Bačić; Petar Bačić

**O aktualnim paradigmama javnog prava kao katalizatorima odnosa
ustavnog i upravnog prava**

(Sur les paradigmes actuels du droit public en tant que catalyseurs de la
relation entre le droit constitutionnel et le droit administratif) 33

Alexis Goin

**Que peut-on encore faire pour la qualite du droit ? Consulter,
experimenter, evaluer toujours plus effectivement: nouvelles
perspectives pour la qualite du droit**

(Što se još može učiniti za kvalitetu prava? Savjetovanje,
eksperimentiranje, učinkovitija procjena: nova perspektiva kvalitete pravne
norme) 55

Anne-Laure Girard

**Les nouveaux actes de l'administration : instrument et egarement de la
qualite du droit**

(Novi akti uprave: načini odstupanja od kvalitete pravne norme) 67

Benoît Plessix

Décision administrative et démocratie administrative

(Upravna odluka i upravna demokracija) 77

Jasna Omejec

Studija o upravnim ugovorima i aktima poslovanja

(Étude sur les contrats administratifs et les actes gestion)..... 85

Jean Michel Lemoyne de Forges

La déconcentration administrative

(Upravna dekoncentracija)..... 145

Jérôme Michel

Servir l'État : les valeurs et l'éthique du service public - de la bonne conduite à la bonne gouvernance

(Služiti državi: vrednote i etika u javnoj službi - od dobrog ponašanja do dobrog upravljanja)..... 153

Laurent Cabrera

La deontologie des agents publics

(Deontologija javnih službenika)..... 165

Carine Soulay

Le lien juridique entre employeurs et agents publics en France : le statut et le contrat, opposes ou complementaires ?

(Pravna poveznica (veza) između zaposlenika i javnih službenika: statut i ugovor, suprotni ili komplementarni?) 175

Bosiljka Britvić Vetma; Frane Staničić

Pristup javnoj službi u hrvatskom pravu

(L'accès à la fonction publique en droit croate) 185

Charlotte Denizeau

Le principe de neutralité dans la fonction publique française

(Načelo neutralnosti u francuskoj javnoj službi) 209

Jacques Caillosse

Réflexions sur l'évolution du droit français du service public

(Osvrt na razvoj francuskog zakona o javnim službama)..... 227

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

(Komparativna perspektiva položaja i statusa javnih službenika: ovlast predsjednika da razriješi savezne službenike u pravnom sustavu Sjedinjenih Američkih Država)..... 249

Yves Gounin

L'individu face à l'État : statut et rôle du lanceur d'alerte

(Pojedinaac spram države: status i uloga zaštitnika
javnog interesa (zviždača)) 255

Yves Doutriaux

**L'administration française et l'UE-le rôle de la représentation
permanente de la France auprès des institutions européennes**

(Francuska uprava i EU - uloga stalnog predstavništva Francuske pri
europskim institucijama)..... 267

Marko Šikić

**O nekim terminološkim pitanjima u uređenju žalbe u Zakonu o općem
upravnom postupku (odgoda pravnih učinaka ili izvršenja rješenja,
zamjena i/ili izmjena rješenja)**

(À propos de certaines questions terminologiques concernant le régime du
recours dans la Loi sur la procédure administrative générale (suspension
des effets juridiques ou de l'exécution d'une décision administrative,
remplacement et/ou modification de la décision)) 275

Daniel Chabanol

État et justice

Država i pravosuđe 289

Jean Massot

Le juge administratif protecteur de la liberté individuelle

(Upravni sudac kao zaštitnik sloboda)..... 299

Dario Đerđa; Boris Ljubanović

Vladavina prava i legitimnost upravnih sudaca

(État de droit et légitimité des juges administratifs) 311

Martine de Boisdeffre

1987-2017 ou la refondation de la juridiction administrative en France

(1987-2017 ili obnova upravnog sudovanja u Francuskoj) 343

Sanja Otočan

**Načelo učinkovitosti upravnog spora u svjetlu konvencijskog prava na
suđenje u razumnom roku**

(Le principe de l'efficience du contentieux administratif à la lumière du
droit conventionnel sur le jugement dans un délai raisonnable)..... 387

Bosiljka Britvić Vetma; Ivan Malenica

Upravnosudska praksa – instrument kontrole kvalitete pravne norme (La jurisprudence administrative – instrument de contrôle de la qualité des normes juridiques)	403
--	-----

Maryvonne de Saint Pulgent

L'action internationale du Conseil d'Etat (Međunarodno djelovanje Državnog savjeta)	417
---	-----

Inga Vezmar Barlek

Razvoj pojedinih instituta žalbenog spora od reforme 2010. do danas (Évolution de certains instituts au stade d'appel des litiges administratifs depuis la réforme de 2010 jusqu'aujourd'hui)	429
---	-----

Bosiljka Britvić Vetma; Božidar Horvat; Ivan Malenica

Kontrola nad upravom kroz nadzor izvršenja upravnosudskih odluka (Le contrôle de l'administration à travers la surveillance de l'exécution des décisions juridictionnelles administratives)	439
---	-----

Thomas Pez-Lavergne

Modification des contrats de la commande publique et théorie de l'imprévision (Izmjena ugovora o javnoj nabavi i teorija nepredvidivosti)	453
---	-----

Marko Turudić; Bosiljka Britvić Vetma; Lana Ofak

Pravna priroda ugovora o javnoj nabavi (La nature juridique du contrat de commande publique)	461
--	-----

Christine Maugüé

Les contentieux de la validité des contrats de la commande publique (Sporovi o valjanosti ugovora o javnoj nabavi)	481
--	-----

Gilles Pellissier

Les contentieux de la passation des contrats de la commande publique (Sporovi oko sklapanja ugovora o javnoj nabavi)	489
--	-----

Guillaume Goulard

Le contentieux fiscal : délais de prescription et pouvoirs du juge (Spor u poreznim stvarima: rokovi zastare i ovlasti suca)	503
--	-----

Zoran Šinković

Načelo gospodarskog pristupa činjenicama bitnima za oporezivanje

(Le principe de l'approche économique des principaux éléments d'imposition)..... 509

Nataša Žunić-Kovačević; Marko Šikić

Upravnopравни pojam zastare s posebnim osvrtom na zastaru u poreznom pravu

(La notion de prescription en droit administratif s'agissant notamment de la prescription en droit fiscal) 529

Dario Đerđa

Pravni okvir korištenja nekih oblika financijske imovine u Republici Hrvatskoj

(Cadre juridique régissant l'utilisation de certaines formes d'actifs financiers en République de Croatie) 549

Lana Ofak

Primjena načela zabrane diskriminacije u izradi općenormativnih akata s posebnim osvrtom na uređivanje novčane pomoći povodom rođenja djeteta

(Application du principe d'interdiction de la discrimination dans l'élaboration des actes normatifs généraux, avec une référence particulière à la réglementation de l'aide financière à la naissance d'un enfant)..... 587

Frane Staničić; Bosiljka Britvić Vetma

Primjena direktive o uslugama u sustavu visokog obrazovanja

(L'application des directives relatives au système de l'enseignement supérieur) 615

PREDGOVOR

U vrijeme potpisivanja sporazuma o partnerstvu između Sveučilišta u Splitu i Sveučilišta Panthéon-Assas Paris 2 2006. godine, kao ni prilikom održavanja prvih “Hrvatsko-francuskih upravnopravnih dana” 2007. godine, malo je tko mogao predvidjeti da će se iz tada uspostavljenog partnerstva razviti dugotrajna i plodna suradnja koja će, unatoč brojnim izazovima, otvoriti nove mogućnosti te dati važan doprinos akademskoj i stručnoj suradnji između ovih dviju institucija.

Međutim, ova se suradnja nastavila te s vremenom dodatno ojačala i razvila, održavajući se redovito svake godine sredinom rujna. Povodom desete obljetnice održavanja “Hrvatskofrancuskih upravnopravnih dana” objavljeno je prvo izdanje Hrestomatije u tri sveska, koje je obuhvatilo radove hrvatskih i francuskih autora objavljene tijekom prvih deset godina održavanja skupa. Uz pregled tema obrađenih tijekom tog razdoblja, Hrestomatija sadržava odabrane radove sudionika skupa nastali tijekom prvog desetljeća njegovog održavanja, razvrstanih prema tematskim cjelinama: *Općenito o javnoj upravi, Upravno sudovanje nacionalni i usporedni aspekti te Utjecaj europskih pravila na nacionalno upravno pravo.*

Prve „Hrvatsko-francuske upravnopravne dane, održane 2007. godine, otvorio je uvodnim izlaganjem potpredsjednik francuskog Državnog savjeta. Sudjelovanjem te ugledne institucije suradnja je proširena izvan okvira sveučilišnog partnerstva, a francuski Državni savjet postao je njezin trajni institucionalni oslonac „Hrvatsko-francuskih upravnopravnih dana“. Tijekom prvoga desetljeća njihova održavanja (2007. – 2016.) skup je postupno stjecao ugled i prepoznatljivost te se profilirao kao jedno od važnijih mjesta stručne i znanstvene razmjene u području upravnoga prava, okupljajući sve veći broj sveučilišnih profesora, sudaca te državnih i javnih službenika. Naime, ovaj je skup uživa pomoć i podršku najviših hrvatskih sudova, posebice Ustavnog suda Republike Hrvatske, Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, kao i svih upravnih sudova, te profesora sa svih hrvatskih pravnih fakulteta. Osim toga, svojom su nazočnošću ovaj skup uveličali i suci Europskog suda za ljudska prava iz pet različitih zemalja, koji su tom prigodom iznijeli vlastita promišljanja o tadašnjoj temi.

Idućih deset godina održavanja „Hrvatsko-francuskih upravnopravnih dana“ proteklo je bez prekida, čak i za vrijeme pandemije bolesti COVID-19. Naime, na skupu je u to vrijeme osobno sudjelovao i potpredsjednik Državnog savjeta Republike Francuske, a sami su Dani, zbog izvanrednih okolnosti, održani videokonferencijskim putem. U tom je smislu iznimno važno istaknuti kontinuiranu predanost Sveučilišta u Splitu i Pravnog fakulteta u Splitu, kao i neumorni angažman profesorice Bosiljke Britvić Vetme. Upravo njoj ovaj skup duguje svoju prepoznatljivost i publikacijsku redovitost. Isto tako, posebnu pažnju treba posvetiti i našem prijatelju Nevenu Šimcu, koji je iznenada preminuo u lipnju 2025. godine, na veliku žalost svih kolega, prijatelja i štovatelja. Doktor Šimac bio je jedan od ključnih stupova ove suradnje te mu, njemu u čast, s ponosom posvećujemo obilježavanje dvadesete obljetnice Hrvatskofrancuskih upravnopravnih dana.

Drugo izdanje Hrestomatije svjedoči o dugovječnosti naših susreta, tijekom kojih su obrađivane teme poput: *Upravno pravo danas* (2016.) – *Djelovanje javne uprave* (2017.) – *Država i upravno pravo* (2018.) – *Ususret 2020.; predsjedanje Republike Hrvatske Europskom unijom: o implikacijama upravljanja Europskom unijom* (2019.) – *Djelovanje javnopravnih tijela i upravnih sudova u vrijeme pandemije COVID-19* (2020.) – *Izazovi za sustav pravnih pravila i sloboda povodom pandemije COVID-19 i elementarnih nepogoda* (2021.) – *Kvaliteta pravne norme s posebnim osvrtom na upravno pravo* (2022.) – *Javna služba* (2023.) – *Upravni ugovori* (2024.) – *Kontrola nad javnom upravom* (2025.). Za 2026. godinu odabrana je opća tema: *Upravno pravo i upravno sudovanje: današnji izazovi*.

Kroz ovu je suradnju Hrvatska pokazala da je njezin pravni sustav – nakon donošenja Ustava iz 1990. godine – ostao otvoren europskim, a posebice francuskim utjecajima. Valja se stoga nadati da će intelektualni doprinos francuskog Državnog savjeta, koji je istodobno izvoriste visokih državnih službenika na najvažnijim položajima u državi, opstati i dodatno se produbiti u godinama koje dolaze. Aktualna zbivanja u Hrvatskoj i Francuskoj potvrđuju da zahtjevi vladavine prava, kao i europske vrijednosti, pretpostavljaju da se pravo, postupci, javna uprava, njezino djelovanje te nadzor razvijaju u skladu s mnogobrojnim zahtjevima, promjenama i izazovima suvremenoga doba. O tome ovisi dobro upravljanje državom, ali i legitimna očekivanja njezinih građana.

„Hrvatsko-francuski upravnopравни dani“ imaju privilegiju što i dalje mogu računati na višestruku potporu Sveučilišta u Splitu i Pravnog fakulteta u Splitu, kao i najviših sudova te drugih tijela javne vlasti. S druge strane, Sveučilište Paris-Panthéon-Assas Paris 2, Državni savjet te francusko Veleposlanstvo u Republici Hrvatskoj ostaju trajno predani očuvanju ovih susreta pravnika dviju zemalja. No, ta se želja može ostvariti samo uz angažiranost, stalno zalaganje i predanost svih koji pridonose uspjehu ovog skupa. Naposljetku, potrebno je iskazati zahvalnost i odati priznanje svima onima koji su svojim doprinosom, odnosno izlaganjima i raspravama, omogućili bolje služenje upravnom pravu i upravnoj praksi u mladoj državi kakva je Hrvatska, oslobođenoj teške prošlosti i napokon suverenoj u oblikovanju vlastite budućnosti.

Pariz, 13. svibnja 2026.

Marc Gjidara

Profesor emeritus Sveučilišta Paris-Panthéon-Assas

AVANT-PROPOS

Lorsque la convention de partenariat entre les Universités de Split et de Paris-Panthéon-Assas a été signée en 2006, et que les premières « *Journées juridiques et administratives franco-croates* » se sont tenues à Split dès 2007, nul ne savait ce que deviendraient ces rencontres dans l'avenir immédiat, et a fortiori dans un lointain futur. Puis les années suivantes ont vu se maintenir, s'affirmer et se développer ces manifestations, très régulièrement chaque année à la mi-septembre et jusqu'à leur dixième anniversaire.

A cette occasion ont été publiés les premiers *Mélanges* en trois volumes, reprenant un choix de plusieurs dizaines de communications présentées par tous leurs auteurs croates et français au cours de cette décennie. Ces trois tomes reproduisaient intégralement les thèmes des dix premières journées, ainsi que la liste des intervenants et de leurs travaux, traitant respectivement ; de l'administration en général, de la juridiction administrative, des répercussions des règles européennes en ces différents domaines.

En 2007, lors de l'inauguration de ces journées, c'est le vice-président du Conseil d'Etat français qui a tenu le discours d'ouverture. Cette prestigieuse institution s'est donc associée au partenariat universitaire initial, en devenant d'emblée et depuis leur origine un partenaire assidu de ces rencontres franco-croates. Au cours de cette première décennie (2007-2016), ces journées juridiques et administratives sont très vite devenues un temps fort de la vie juridique et administrative croate, attirant un public de juristes de plus en plus nombreux, composé de magistrats, d'universitaires, de fonctionnaires provenant de plusieurs ministères et de différentes collectivités régionales et locales.

Ces colloques ont bénéficié du concours, du soutien et de la participation des plus hautes juridictions croates, et singulièrement de la Cour constitutionnelle, du haut tribunal administratif et de tous les tribunaux administratifs, ainsi que de nombreux enseignants venant de toutes les facultés de droit croates. A un moment donné, plusieurs juges de la Cour européenne des droits de l'homme représentant cinq pays ont également honoré ces rencontres de leur présence, en présentant également leurs propres réflexions sur la thématique du moment.

Une seconde décennie s'est écoulée sans aucune interruption, y compris durant les « années COVID », qui a notamment vu le vice-président du Conseil d'Etat en personne participer aux rencontres qui se sont tenues en partie en visioconférence à Split même. Il faut aussi saluer l'engagement constant de l'Université et de la faculté de droit, ainsi que l'investissement sans faille du professeur Bosiljka Britvic-Vetma qui n'a jamais ménagé ses efforts pour la réussite de ces journées franco-croates. Celles-ci lui doivent leur notoriété et la publication régulière des travaux, qui intervient quelques mois avant la tenue de la session suivante. Il convient ici de rappeler également le souvenir de notre ami Neven Simac, qui a été un autre pilier de ces manifestations, enlevé brutalement à l'affection de tous peu avant le colloque de septembre 2025. C'est à sa mémoire que nous dédions cette célébration

du vingtième anniversaire des journées franco-croates dont la réussite lui doit beaucoup.

Ces seconds Mélanges illustrent la longévité de nos rencontres, au cours desquelles ont été traités des thèmes aussi divers que : « *Le droit administratif aujourd'hui* » (2016) – « *L'action de l'administration publique* » (2017) – « *L'Etat et le droit administratif* » (2018) – « *A la rencontre de 2020 ; la présidence croate de l'Union européenne* » (2019) – « *L'action des instances et des juridictions administratives en période de COVID 19* » (2020) – « *Les défis du système administratif et les libertés en période de pandémie COVID 19 et d'épidémies* » (2021) – « *La qualité des normes notamment en matière administrative* » (2022) – « *La fonction publique : entre statut et contrat* » (2023) – « *Contrats administratifs et marchés publics* » (2024) – « *Le contrôle de l'administration publique* » (2025). Pour l'année 2026 le thème général choisi portera sur « *Les juges et le droit administratifs face aux défis du monde contemporain* ».

A travers ces rencontres annuelles la Croatie a montré que son système juridique – après sa constitution de 1990 – est resté ouvert aux influences européennes et françaises en particulier. Il est à espérer que l'apport intellectuel, d'une part du Conseil d'Etat français à la fois pépinières de hauts fonctionnaires occupant les postes les plus importants dans l'Etat et juridiction administrative suprême, et d'autre part des professeurs de l'Université de Paris-Panthéon-Assas première université juridique de France, perdurera et s'approfondira encore dans les années à venir. Car l'actualité tant croate que française confirme combien les exigences de l'Etat de droit et les valeurs européennes supposent que l'administration publique, son droit, ses procédures, son action ainsi que son contrôle, évoluent avec les multiples impératifs, les évolutions et les défis des temps présents. Il y va de la bonne gouvernance de l'Etat au quotidien et des attentes légitimes de ses citoyens.

Ces « Journées juridiques et administratives franco-croates de Split » ont la chance de pouvoir continuer à compter sur le soutien multiple de l'Université et de la faculté de droit de Split, ainsi que des plus hautes juridictions et de différents ministères et organismes d'Etat croates. Du côté français l'Université de Paris-Panthéon-Assas, le Conseil d'Etat, l'ambassade de France en Croatie, restent fidèlement attachés à la pérennisation de ces entretiens entre juristes des deux pays. Mais ce vœu pieux ne se réalisera que grâce à l'engagement, au labeur constant et à la persévérance de ceux qui des deux côtés, oeuvrent aux succès renouvelés de ces manifestations. Au-delà de leurs organisateurs, il convient de remercier et de rendre hommage à tous ceux qui apportent leur concours à ces échanges, à travers les communications produites et les débats qui s'ensuivent, permettant ainsi de mieux servir le droit administratif et les pratiques administratives dans ce jeune Etat qu'est la Croatie, désormais dégagée d'un lourd passé et enfin maîtresse de son avenir.

Paris, le 13 mai 2026

Marc Gjidara

Professeur émérite de l'Université de Paris-Panthéon-Assas

Daniel Giltard*

L'IDÉE D'ÉTAT

UDK: 340.12
Priljeno: 1. rujna 2018.
Izvorni znanstveni rad

Quand on parle de l'Etat, c'est plus pour dire ce qu'il fait, les politiques publiques qu'il met en oeuvre, que ce qu'il est. L'Etat nous est ou nous semble familier. Nous n'éprouvons pas le besoin de nous poser les questions : qu'est-ce que l'Etat, d'où vient-il ? Nous avons au moins deux bonnes raisons pour ne pas nous poser ces questions.

L'une est « l'amnésie de la genèse » de toute institution réussie, nous dit le sociologue Pierre Bourdieu. Une institution est réussie lorsqu'elle a réussi à s'imposer comme allant de soi, à faire oublier sa genèse. L'institution réussie fait oublier qu'elle a eu une naissance, un commencement. Elle existe. C'est ainsi, c'est comme ça. On ne se pose pas de questions sur ses origines. C'est le cas pour l'Etat, qui a été institutionnalisé. Une autre raison est que l'Etat, ce qu'il est, n'est pas enseigné. Ce sont les questions de gestion, de management qui ont monopolisé l'attention, mais la réflexion évolue. Il y a une abondante littérature sur l'Etat, émanant de juristes, sociologues, philosophes, économistes, historiens. Pierre Rosanvallon, en annexe à son livre « L'Etat en France entre 1789 et nos jours », publié en 1990, présentait sur le thème de l'Etat une bibliographie de près de 2000 titres et depuis cette date de nombreux ouvrages ont été publiés. Récemment le directeur de l'Ecole nationale d'administration écrivait ceci : « *L'ENA doit d'abord être une école où, au-delà du management, sont enseignés l'Etat, le rôle de l'Etat, le sens de l'Etat* » Les réformes de l'Etat, de ses missions, de son organisation, doivent être préparées par une réflexion sur ce qu'est l'Etat. C'est dans ce but qu'a été organisé par le Conseil d'Etat de 2013 à 2015 un cycle de conférences sur le thème « Où va l'Etat ? », avec une première conférence sur le concept d'Etat, l'Etat comme objet de philosophie politique et comme construction historique. C'est la question : qu'est-ce que l'Etat ? Dans son discours introductif à ce cycle de conférences, le Vice-président du Conseil d'Etat, Jean-Marc Sauvé, rapporte une anecdote significative sur l'importance de la philosophie de l'Etat. Une délégation des élèves de l'Ecole nationale d'administration rend visite en 1976 à notre célèbre écrivain et ancien ministre André Malraux. Les élèves lui présentent les divers enseignements suivis à l'Ecole. C'est alors qu'André Malraux s'esclaffe « *Mais enfin vous préparez un diplôme de technicien. Ce qu'il faut enseigner à l'ENA, ce sont des cours sur la problématique et la philosophie de l'Etat* » Il y a des définitions bien connues de l'Etat.

Une première définition nous a été donnée par les juristes allemands et français à la fin du 19^{ème} siècle « L'Etat est la nation juridiquement organisée » Dans une version plus moderne, on parle de l'Etat comme de « la société juridiquement organisée » En effet la Nation n'a pas toujours précédé l'Etat. Par exemple en France, c'est l'Etat qui a produit, construit la Nation. Il y a aussi cette autre définition classique des juristes. L'Etat, c'est un territoire, une population, une autorité souveraine et on ajoute parfois un quatrième critère, la reconnaissance en tant qu'Etat par la communauté internationale. Mais l'Etat, est-ce cela ? ou plutôt n'est-ce que cela ?

Mots clés: *L'etat, concept, France*

* Conseiller d'Etat honoraire

1. L'ÉTAT EST UNE INVENTION DE L'ESPRIT

Puisqu'il s'agit d'une définition juridique, interrogeons d'abord un juriste. Dans son livre intitulé « L'Etat », publié en 1970, Georges Burdeau commence par nous dire : « *Personne n'a jamais vu l'Etat. Qui pourrait nier cependant qu'il soit une réalité* ». L'auteur convient qu'il n'y a certes pas d'Etat sans territoire, sans population et sans autorité qui commande, mais, ajoute-t-il, il faut distinguer, dans une approche philosophique, l'existence de l'Etat de son essence.

Les phénomènes concrets, ce que l'on voit, le territoire, la population, les services, les gouvernants ne font que révéler l'existence de l'Etat. Ils ne renseignent pas sur son essence.

L'Etat est une construction de l'esprit, une idée qui transcende ces données sensibles. Il est une réalité conceptuelle.

Qu'en pensent les sociologues ?

Pierre Bourdieu partage cette conception abstraite de l'Etat. L'Etat, du moins l'Etat occidental, est une fiction, une construction, une invention de l'esprit, un concept. « *L'Etat, on l'a souvent dit, est une fictio juris. C'est vrai, mais c'est une fiction de juristes, en donnant à fictio le sens fort du terme, de fingere (« construire », « fabriquer ») : c'est une fabrication, une construction, une conception, une invention* ».

Un autre auteur, Patrick Le Galès, reprend la même idée. L'Etat est « *un récit, une abstraction, une fiction* », mais aussi, et l'expression caractérise bien l'Etat « un grand mythe unificateur ».

2. LA GENÈSE DU CONCEPT D'ETAT

Mais alors on se pose des questions sur la genèse de ce concept : quand, où, qui, comment, pourquoi ?

Quand le concept d'Etat a-t-il été créé ?

A l'époque médiévale, du 11^{ème} au 13^{ème} siècle.

Où ?

En Europe, à commencer par l'Angleterre, puis la France, la France de cette époque, un royaume féodal que l'on commence à appeler France au 12^{ème} siècle.

Nous parlons donc de l'Etat de notre Europe occidentale. Il faut toutefois noter que l'Angleterre s'est écartée du concept abstrait de l'Etat et a développé au 16^{ème} siècle une fiction juridique particulière, quasi-théologique, la fiction des « Deux Corps du Roi », qui s'inspire de la notion romaine de « corporatio ».

Par qui le concept d'Etat a-t-il été créé?

Par les juristes.

L'Etat est une fiction juridique

Pourquoi ce sont les juristes qui ont fabriqué cette fiction, ce concept d'Etat ?

Avec le vocabulaire d'aujourd'hui, certes anachronique, mais parlant, on dirait que dans la société de cette époque, il y avait de grandes catégories socio-professionnelles, socio-culturelles, qui, chacune dans son champ d'activités, qu'il s'agisse du champ économique, culturel, militaire, administratif, juridique, avait un capital particulier de connaissances, de compétences, de savoirs, d'informations et avait aussi un point de vue sur l'organisation de la société. Ces différents acteurs de la société étaient non seulement en concurrence entre eux, mais surtout en lutte pour l'exercice de la domination sur l'ensemble de la société.

Dans cette lutte pour la domination de la société, les juristes l'ont emporté parce qu'ils avaient le capital le mieux adapté, le capital juridique, hérité du droit romain, un capital de mots et de concepts, auxquels ils savent donner une valeur universelle, une force officielle, une valeur symbolique. Par ce capital de mots et de concepts, ils construisent la réalité. Les juristes défendaient leurs intérêts particuliers, leur place dans la société, auprès du Prince, mais ils avaient l'outil conceptuel pour imaginer cette abstraction qu'est l'Etat, cette fiction qui facilite l'exercice du pouvoir.

Il est en effet plus facile pour les hommes d'obéir à une institution impersonnelle, désincarnée, plutôt que d'être soumis à la domination directe d'autres hommes.

Grace à cette fiction, c'est en effet l'Etat qui décide, demande, promet, s'engage, agit. Les officiels parlent au nom de l'Etat. C'est la figure rhétorique de la prosopopée, mais je préfère l'expression de Bourdieu « *l'homme officiel est un ventriloque qui parle au nom de l'Etat* »

L'Etat est personnifié, on lui prête un visage. Les figures données à l'Etat sont multiples. Les principales sont les figures de l'Etat gendarme, de l'Etat providence, de l'Etat stratège, régulateur, aujourd'hui.

Comment le concept d'Etat a-t-il été construit ?

L'Etat est une rupture, mais, en même temps, un héritage et une construction continue.

Avant de parler de ces trois aspects de la construction du concept d'Etat, disons, de façon générale, que les deux mots qui caractérisent l'Etat, dans ses relations avec la société, sont la souveraineté et la solidarité. Ce fut d'abord par la souveraineté, qui est consubstantielle au concept même d'Etat, puis aussi, mais plus tard, par la solidarité, que l'Etat fait tenir debout la société, fait vivre ensemble une multitude d'individus.

3. L'ETAT EST UNE RUPTURE

Rupture par rapport à un système, le système féodal de dépendance personnelle, d'allégeance des vassaux à leur suzerain. On passe de la suzeraineté féodale à la souveraineté royale, qui s'exprime par l'édiction de règles. L'Etat libère les hommes de tout lien de dépendance personnelle. Ils sont soumis aux mêmes lois générales et abstraites. Apparaissent des notions caractéristiques de l'Etat. La souveraineté royale s'exerce sur un territoire et est fondée par les légistes sur l'idée que le prince agit en vue du « commun profit » et de « l'utilité publique »

Si je devais proposer la date de naissance de l'Etat en France, je dirais : l'an 1190. Le roi Philippe Auguste, qui va partir en croisade, prend une ordonnance fixant l'organisation du royaume pendant son absence. On appelle cette ordonnance le « testament » de Philippe Auguste, car on n'était jamais sûr de revenir d'une croisade ! Ce texte met en place une administration centralisée et hiérarchisée sur l'ensemble du territoire du royaume. Le roi devient souverain d'un territoire et cette souveraineté est justifiée par l'utilité publique. L'ordonnance commence par cette proclamation : « : « L'office du roi consiste à pourvoir par tous les moyens *aux besoins de ses sujets, et à faire passer l'utilité publique avant sa propre utilité* »

Quelques années plus tard, en 1204, le roi, qui était le roi des Francs, de l'un des peuples qui vivaient dans le royaume, s'intitule roi de France, montrant ainsi que le pouvoir monarchique a désormais une base territoriale.

4. L'ETAT EST UN HÉRITAGE

Il y a en réalité plusieurs héritages.

Un héritage philosophique. Cette volonté de soumettre toutes les personnes aux mêmes lois est l'héritage de l'idéal grec de la cité régie par la loi. Depuis Aristote, nous souhaitons être gouvernés « par les lois et non par les hommes » Or c'est à cette époque médiévale des 12^{ème} et 13^{ème} siècles que l'Université naissante a redécouvert la pensée d'Aristote grâce la traduction de ses textes rédigés en langue arabe et qui avaient été conservés par les émirs andalous.

Un héritage juridique.

Le concept même d'Etat n'a pas été construit ex nihilo par les juristes de l'époque médiévale. Ils se sont inspirés de l'Eglise, de son organisation, du droit canonique, mais aussi du droit romain.

Les canonistes sont d'ailleurs souvent présentés comme les inventeurs de l'Etat moderne et on parle parfois de l'Etat comme d'une « *religion civile* » (Pierre Bourdieu)

Mais pourquoi les juristes ont-ils pris tant d'importance aux 11^{ème} et 12^{ème} siècles ?

Pour deux raisons. Deux événements majeurs ont eu lieu à cette époque, l'un a créé un besoin de droit, l'autre a proposé une nouvelle offre de droit. Les juristes ont alors eu un rôle croissant. Le 12^{ème} siècle est le siècle de la renaissance juridique (par exemple, distinction par les théologiens, reprise par les juristes, entre le droit naturel et le droit positif ; distinction entre actes publics et actes privés, à l'origine d'une théorie de l'acte authentique, très liée à l'autorité de l'Etat)

Le premier événement est considérable. C'est ce qu'on appelle la réforme « grégorienne », du nom du pape Grégoire VII (1073-1085), véritable révolution culturelle qui a profondément modifié nos sociétés occidentales, par la nette séparation entre les clercs et les laïcs et la primauté du pouvoir pontifical au sein de l'Eglise.

La chute de l'Empire romain d'Occident en 476 avait ouvert un vide institutionnel, qui a été comblé au Moyen-Age par l'Eglise catholique. S'est posée alors la question du pouvoir de la papauté. En 1075 le pape Grégoire VII, dans son *dictatus papae*, formule un ensemble de propositions sur les pouvoirs du pape. Parmi ces propositions, il y a la distinction entre l'autorité spirituelle et le pouvoir temporel et l'affirmation du pouvoir souverain du pape sur l'administration de l'Eglise. Cette reconnaissance d'un pouvoir temporel souverain a servi de base à la création de notre Etat moderne.

Un fort besoin de droit s'exprime, tant de la part de l'Eglise, devenue une institution avec un gouvernement central, que de ceux qui contestent ses nouveaux pouvoirs. Le droit canonique se développe au-delà des questions religieuses, traitant du droit des personnes. Des compilations des textes canoniques, ce que l'on appelle des « *sommes* » sont établies pour l'enseignement (la « *somme* » la plus connue est le *Décret* de Maître Gratien, moine italien, commencé vers 1140 à Bologne, puis remanié et complété vers 1160).

Un autre événement important à cette même époque propose une nouvelle offre de droit.

C'est la redécouverte entre Rome, Ravenne (Ravenne et son célèbre « banquet »), Sienne et Pise des manuscrits des célèbres compilations de l'Empereur Justinien. A côté du droit canonique apparaît un droit nouveau avec cette redécouverte du droit romain. Les juristes vont se servir de ce nouveau droit.

Sont notamment reprises du droit romain la notion de *jus publicum* et la distinction entre le droit public et le droit privé, qui est issue des travaux d'Ulpien, juriste romain du III^{ème} siècle, repris dans le *Digeste*. Ulpien distinguait le droit public qui ne concernait que l'état, le *status*, de la chose romaine, c'est -à- dire de la *res publica*, et le droit privé qui concernait les rapports entre les particuliers. Le droit public était le droit vertical. Il fallait que la chose publique, la *res publica* tienne debout, soit en position verticale, pour que les rapports horizontaux entre les particuliers obéissent à un régime de droit et non à la loi du plus fort. L'Etat moderne est aussi l'héritier de « l'état de la chose romaine »

On vient de parler d'état ou de status. On sait que le mot état a pour étymologie le mot latin status, qui vient du verbe stare, se tenir debout. Ce mot de status ou d'état a été appliqué à tous les grands pouvoirs institués pour tenir et faire tenir debout une société humaine, aussi bien à l'Empire romain, qu'à l'Eglise ou à la Monarchie, mais le mot était toujours complété par l'institution à laquelle il s'appliquait. C'étaient le status Imperii, le status Ecclesiae, le status Regni. L'état de l'Empire, de l'Eglise, de la Monarchie, c'est-à-dire la manière dont ces institutions existaient et subsistaient. L'état ainsi entendu était propre à chaque institution.

Les juristes du Moyen-Age ont supprimé tout complément pour faire de l'état une fiction juridique, un concept qui se suffit à lui-même, qui a une valeur universelle, le concept d'Etat. Non plus l'état des personnes, des institutions, mais l'Etat tout court, que l'on a écrit avec un E majuscule, la majuscule de la majesté, pour signifier sa valeur symbolique, son caractère officiel. C'est l'Etat majuscule, par rapport à l'état minuscule, l'état des personnes, l'état civil.

Quelles sont les principales caractéristiques de l'Etat créé par les juristes?

C'est un Etat souverain, légal, vertical, centralisé, dominateur.

Plus précisément, c'est un concept fabriqué par les juristes pour permettre au roi d'exercer un pouvoir souverain (l'Etat souverain) sur l'ensemble du territoire de son royaume, au moyen de règles générales et impersonnelles édictées au nom de l'Etat (l'Etat légal) et appliquées par un appareil d'Etat organisé de façon verticale et centralisée (l'Etat vertical et centralisé)

L'Etat est centralisé, car sa construction s'est faite par un processus de concentration, de monopolisation au niveau central, dans une organisation qui est devenue rationnelle et bureaucratique, des différentes espèces de capital de connaissances, de compétences.

A ce processus de concentration, de monopolisation des connaissances et des savoirs au niveau central s'est ajoutée une centralisation administrative. L'Etat créait ainsi sur l'ensemble du territoire, de façon visible, des liens de type vertical, sans intermédiaire, entre le pouvoir souverain et le peuple. Ce sont des liens de dépendance uniformes, fondés sur des règles.

L'Etat centralisé est donc aussi un Etat légal, mais c'est surtout un Etat construit dans un esprit de domination. L'Etat est devenu le pouvoir sur les pouvoirs, le point de vue des points de vue. C'est le pouvoir qui est au-dessus, en surplomb des autres pouvoirs, qui est dans une position d'extériorité et de supériorité par rapport à la société, qui la domine, qui est fondé sur l'idée de puissance inconditionnée

L'Etat a le monopole de la violence physique légitime, selon la formule célèbre de Max Weber. La définition de l'Etat donnée par Max Weber est plus complète, mais c'est «le monopole de la violence physique légitime » qui en est la notion essentielle.

Mais l'Etat est devenu à la fin du 19^{ème} siècle et au début du 20^{ème} un Etat de droit et un Etat social.

De grands débats ont eu lieu à cette époque entre juristes allemands et juristes français, et au sein même des juristes français, sur la question de la personnalité morale reconnue à l'Etat, qui donne à l'Etat le pouvoir subjectif de commander, en fait le siège d'un pouvoir inconditionné et sur la nécessaire limitation de l'Etat.

L'Etat est soumis au droit. C'est un Etat de droit, mais la doctrine publiciste allemande, Rudolph Von Jhering, Paul Laband et Georg Jellinek, défendait la thèse de l'autolimitation de L'Etat. L'Etat est certes un Etat de droit, mais, comme il détient seul la puissance de contrainte, il est la seule source de droit. Le droit n'est donc pas une limite extrinsèque. C'est l'Etat lui-même qui, par sa propre volonté de personne morale, se soumet au droit qu'il crée.

Le concept d'Etat de droit a été repris par les juristes français au début du 20^{ème} siècle, mais la thèse allemande de l'autolimitation a fait l'objet de vives critiques. C'est la question fondamentale des rapports entre l'Etat et le droit. Le droit a-t-il sa source dans l'Etat ou est-il antérieur, extérieur, supérieur à l'Etat ?

La position dominante de la doctrine française était de soumettre l'Etat au droit. Les grands juristes du début du 20^{ème} siècle, notamment Léon Duguit et Maurice Hauriou, ont construit, en s'inspirant de la sociologie, de la philosophie, des théories destinées à limiter la puissance de l'Etat par le droit. L'Etat doit être soumis au droit et non s'y soumettre librement. Le droit est extérieur et supérieur à l'Etat. Il faut, écrit Hauriou « *emprisonner l'Etat dans les mailles du filet juridique* ». Dans la société l'Etat n'est pas au-dessus, il est une institution, certes la plus importante, « l'institution des institutions », dit Hauriou, mais il n'est qu'une institution et la personnalité de l'Etat n'est qu'une personnalité juridique et non une personnalité métaphysique, transcendante. L'Etat est un sujet de droit. Il est descendu de son piedestal, c'est « *l'Etat détrôné* » (Fabrice Melleray) . Il est, comme toute personne, comme toute institution, soumis aux règles de droit.

C'est toutefois l'introduction dans notre droit du concept de service public qui a été l'élément essentiel de la limitation de la puissance de l'Etat. La puissance de l'Etat n'est en effet justifiée qu'autant qu'elle est nécessaire pour répondre aux besoins collectifs du public, pour exercer les missions de service public qui incombent à l'Etat.

Il ne faut toutefois pas se méprendre sur la portée de la formule de Max Weber. La violence ou la contrainte physique n'est pas pour Weber le moyen normal d'action de l'Etat. Ce n'est que l'ultima ratio, le dernier recours pour imposer l'obéissance à la loi.

Il n'est, heureusement, pas toujours besoin de recourir à la contrainte physique pour que les gens obéissent, respectent les règles.

L'Etat s'impose parce que, ce qu'il fait, ce qu'il dit, est marqué du sceau de l'officiel et du symbolique. L'Etat repose sur la confiance, la croyance, sur la représentation que les gens s'en font. Or, dans cette représentation, un certain nombre d'institutions, de pratiques ont acquis une valeur symbolique et sont acceptées comme une évidence. A ce pouvoir symbolique de l'Etat s'ajoute la force

de l'officiel. L'Etat a le monopole de l'officiel. A son contact, les personnes, les mots, les choses acquièrent un caractère officiel : les personnages officiels, les textes officiels, les titres officiels, le journal officiel, les discours officiels etc...

Chacun d'entre nous se fait sa propre représentation de l'Etat, mais l'Etat participe à sa représentation par la mise en scène, la théâtralisation que constituent les cérémonies officielles, les rituels, les commémorations symboliques.

« *Il faut du théâtre, des rites, des cérémonies d'écriture pour faire exister un Etat, lui donner forme, en faire une fiction animée* », écrit Pierre Legendre dans « Miroir d'une Nation »

5. L'ETAT EST UNE CONSTRUCTION CONTINUE

Le concept d'Etat a été construit par différents emprunts, au droit romain, au droit canonique, mais ce n'est pas un concept figé. La construction de l'Etat s'est poursuivie au cours des siècles par « *accumulation de sédiments* » par « *collages* » successifs et notre Etat moderne est « *un produit de synthèse* » (Pierre Legendre) Rien ne se perd et notre Etat d'aujourd'hui, post-moderne dit-on, ne peut gommer ce qu'il doit à tous ces sédiments, ces collages depuis le droit romain, mais l'Etat continue de se faire, s'adapte aux évolutions sociales, économiques et politiques.

L'Etat ne se définit que par rapport à la société. Il a pour fonction, on l'a dit, de faire tenir debout la société, de lui donner cohésion et solidité, de faire tenir ensemble les individus dans une même société, mais la société n'est pas restée passive. Elle a contribué elle-même à sa solidité en organisant des réseaux de solidarité.

Il est significatif de noter que, pour les juristes des 17^{ème} et 18^{ème} siècles, les mots de solidarité et de solidité étaient synonymes.

La solidarité était l'affaire des individus : solidarité familiale, solidarité de voisinage, d'affinités, solidarité au sein des métiers, des corporations, des confréries.

Puis l'Etat a été amené à prendre en charge la solidarité sociale. L'Etat souverain est devenu aussi Etat social.

La raison de cette évolution : la révolution industrielle au cours du 19^{ème} siècle. L'industrialisation et l'urbanisation ont affaibli les solidarités civiles traditionnelles et c'est l'Etat qui progressivement a pris en charge directement la solidarité sociale.

Cela a commencé avec les lois sur les assurances sociales de l'Allemagne de Bismarck à la fin du 19^{ème} siècle et en France avec la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail

L'Etat social a été présenté comme « *la grande invention institutionnelle du XX^{ème} siècle* » (Alain Supiot)

L'Etat a en effet été transformé. Il n'est plus seulement la puissance extérieure, qui domine, qui prescrit. Il est devenu un acteur du jeu social. il agit pour le bien-être des hommes par ses services publics. Les prescriptions ont fait place aux

prestations. Il a pris la figure, selon les pays, de l'Etat providence, du Welfare state, du Sozialstaat, de la République sociale.

Cette évolution de l'Etat répondait certes au besoin de pallier le délitement des solidarités civiles traditionnelles, mais elle a été aussi et surtout en France un choix de philosophie politique pour donner un fondement conceptuel, une légitimité à l'Etat républicain de la fin du 19^{ème} siècle et du début du 20^{ème}.

L'Etat intervenait de plus en plus dans la vie économique et sociale. Cette intervention était contestée, aussi bien par les libéraux, qui voulaient limiter l'Etat à ses fonctions régaliennes, que par les socialistes qui voulaient limiter les interventions de l'Etat « bourgeois ».

C'est le concept de solidarité qui est venu en justification de l'intervention de l'Etat dans le domaine économique et social.

La doctrine de la solidarité ou de l'interdépendance sociale, chère à Léon Duguit, qui emprunte aux travaux des sociologues, notamment d'Emile Durkheim, mais aussi des philosophes, des économistes, sans oublier l'apport des recherches de Louis Pasteur, de « *la révolution pasteurienne* » (Pierre Rosanvallon), était très en vogue à la fin du 19^{ème} siècle. Elle a inspiré une nouvelle philosophie politique, le solidarisme (auquel est attaché le nom de Léon Bourgeois), qui a donné une nouvelle légitimité à l'Etat. Si l'Etat intervenait dans la vie économique et sociale, c'était pour assurer cette solidarité sociale.

Le service public est le prolongement, la traduction juridique de la solidarité.

C'est par ses services publics que l'Etat garantit la solidarité sociale.

Pour reprendre la célèbre formule de Léon Duguit « l' Etat n'est pas une puissance qui commande, une souveraineté, il est une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants »

L'Etat social figure dans la plupart des Constitutions des Etats européens. Nos Constitutions, dès l'article 1^{er}, prévoient que la France est une République sociale, que la République de Croatie est un Etat social.

Cet Etat social a été contesté, remis en cause à partir des années 1980. Le service public a été critiqué, sa gestion jugée peu efficace, coûteuse. Le New Public Management a entendu soumettre l'administration publique aux modes de gestion de l'entreprise privée, avec des objectifs de performance. On est passé du gouvernement par la loi à « la gouvernance par les nombres » (Alain Supiot)

Mais d'autres causes ont contribué à l'évolution de l'Etat, qui vit désormais dans une situation d'interdépendance avec d'autres acteurs publics ou privés, internes ou internationaux. C'est l'effet de l'euphémisation, de la mondialisation, de la globalisation. En France c'est aussi la décentralisation des années 1980 et de nouveaux modes de gestion, notamment la multiplication des agences. La révolution numérique oblige aujourd'hui à réfléchir à de nouvelles formes de management et à une incidence sur la place de l'Etat.

Le constat est que l'Etat est devenu modeste, mais évidemment ce n'est pas la fin de l'Etat.

L'Etat a montré au contraire sa capacité de résilience et d'adaptation. L'Etat central s'est affaibli, mais l'Etat s'est adapté, il vit autrement, c'est « l'Etat recomposé ». Il est devenu un Etat stratège, régulateur, dans un rôle d'impulsion et de contrôle. C'est l'ère du polycentrisme. L'Etat vit en réseau avec d'autres centres de décision publics ou privés.

Ce n'est plus l'Etat central des juristes, qui depuis le début du 20^{ème} siècle, portait les solidarités sociales, qui s'était substitué aux solidarités civiles traditionnelles. Si l'Etat est conduit à se désengager, quel est l'avenir de la solidarité sociale, donc de la solidité de la société?

L'idée générale est de savoir s'il va y avoir un mouvement naturel de balancier entre, d'une part, les solidarités traditionnelles, familiales, territoriales, professionnelles, d'autre part, l'Etat social.

Depuis la fin du 19^{ème} siècle les solidarités traditionnelles se sont affaiblies du fait de la prise en charge des solidarités sociales par l'Etat qui avait un véritable monopole. Aujourd'hui c'est l'Etat social qui est affaibli. Va-t-on assister à un retour des solidarités traditionnelles ou à la naissance d'autres formes de solidarité, religieuses, communautaires ? Plusieurs chercheurs (Pierre Legendre, Alain Supiot) nous alertent sur le risque de voir se constituer des réseaux d'allégeance personnelle de type féodal, où chacun recherche la protection de plus fort que lui, dans des réseaux d'appartenances claniques, religieuses, ethniques ou même mafieuses.

L'Etat reste fondamental pour la cohésion sociale, il est le garant de la solidarité nationale, mais son rôle est difficile. Il doit prendre en compte la constitution de ces réseaux d'allégeance personnelle et est enserré lui-même dans un vaste réseau, interne et international, de décideurs publics et privés.

PRINCIPALES SOURCES BIBLIOGRAPHIQUES

1. Blanquer Jean-Michel, Millet Marc : « L'Invention de l'Etat », Editions Odile Jacob 2015
2. Bourdieu Pierre : « Sur l'Etat », Cours au Collège de France, 1989-1992, Editions du Seuil 2012
3. Braud Philippe: « Penser l'Etat » Editions du Seuil, 2004
4. Burdeau Georges : « l'Etat » Editions du Seuil, 2009, avec préface de Philippe Braud
5. Caillousse Jacques : « L'Etat du droit administratif », LGDJ 2015
6. Cassard Jean-Christophe : « L'âge d'or capétien, 1180-1328 » Belin
7. Chevalier Jacques : « Le service public » édition 2010, Presses universitaires de France.
8. Chevalier Jacques: « L'Etat de droit » Editions Montchrestien, 1994
9. Conseil d'Etat, Droits et Débats, « Où va l'Etat ? » Cycle de conférences au Conseil d'Etat, La documentation française, tome 1, 2015, tome 2, 2016

10. Denoix de Saint Marc Renaud: « L'Etat », Presses universitaires de France 2004
11. Kantorowicz Ernst : « Les Deux Corps du Roi, essai sur la théologie politique au moyen âge » Editions Gallimard Quarto, 2000.
12. Le Galès Patrick, Vezinat Nadège, « L'Etat recomposé » , Presses universitaires de France, 2014
13. Legendre Pierre : « Miroir d'une Nation, l'Ecole Nationale d'Administration » et « Les collages qui font un Etat » , Editions Mille et une nuits, 1999
14. Mazel Florian : « Féodalités, 888- 1180 », Belin
15. Melleray Fabrice : « Léon Duguit. L'Etat détrôné », in Le renouveau de la doctrine française, Editions Dalloz 2009
16. Rosanvallon Pierre: « L'Etat en France de 1789 à nos jours », Editions du Seuil 1990
17. Supiot Alain, « Grandeur et misère de l'Etat social », Leçon inaugurale au Collège de France du 29 novembre 2012, Editions Fayard
18. Supiot Alain « La gouvernance par les nombres » Cours au Collège de France (2012-2014), Editions Fayard

SAŽETAK:

POJAM DRŽAVE

Rad obrađuje pojam države kao povijesnu, pravnu i društvenu konstrukciju, a ne samo kao skup institucija i javnih politika. Autor ističe da se država često doživljava kao nešto prirodno i samorazumljivo, zbog čega ljudi rijetko razmišljaju o njezinu nastanku i suštini. Sociolog Pierre Bourdieu navodi da uspješne institucije „zaboravljaju vlastitu genezu“, pa tako i država djeluje kao trajna i neupitna pojava. Država se definira kao pravno organizirano društvo koje ima teritorij, stanovništvo i suverenu vlast. Međutim, autori poput Georges Burdeaua i Pierrea Bourdieua smatraju da država nije samo konkretna institucija, nego i apstraktna ideja ili „fikcija“ koju su stvorili pravnici. Država je nastala u srednjovjekovnoj Europi, posebno u Francuskoj i Engleskoj, kada su pravnici pomoću rimskog i kanonskog prava razvili koncept suverene vlasti koja upravlja društvom putem zakona. Razvoj države obilježili su centralizacija vlasti, stvaranje administracije i monopol legitimne sile, što naglašava Max Weber. Tijekom vremena država se transformirala iz apsolutne vlasti u pravnu i socijalnu državu. U 19. i 20. stoljeću razvija se ideja države koja ne služi samo vladanju, nego i zaštiti društvene solidarnosti kroz javne službe, socijalna prava i intervenciju u gospodarstvu. U suvremenom dobu država se suočava s izazovima globalizacije, decentralizacije i novih oblika upravljanja. Iako je njezina moć oslabila, država nije nestala, nego se prilagodila i postala „država strateg“ koja djeluje u mreži različitih javnih i privatnih aktera. Međutim, država ostaje ključna za očuvanje društvene kohezije i nacionalne solidarnosti.

Olivier Jouanjan*

L'ÉTAT DE DROIT DÉMOCRATIQUE

UDK: 342
Priljeno: 1. rujna 2018
Izvorni znanstveni rad

En Europe, la démocratie a un avenir radieux. Aucun mécanisme démocratique, même direct, ne peut garantir la démocratie directe. Par conséquent, la théorie du populisme du théoricien Carl Schmitt est analysée «Réflexions sur Schmitt contre Schmitt: Ernst-Wolfgang Böckenförde». En outre, le mythe démocratique est discuté et son idéologie. L'état de droit de la démocratie moderne et les deux visages de la démocratie moderne sont analysés. La nécessité de participer à la société civile au contrôle administratif est soulignée. La relation de tension entre démocratie et Etat de droit est observée. La nécessité de considérer le concept de considérer la démocratie moderne en relation avec la notion d'état de droit, les démocraties dans les conditions de la politique moderne sur la base desquelles Böckenförde, se référant à Hegel, appelle le problème «division» sont soulignés. C'est précisément à partir de ce problème que Böckenförde montre que la démocratie moderne ne peut être que représentative. La représentation est un principe fondamental de l'état de droit, tandis que la représentation signifie un système de formation nécessaire pour exprimer la volonté politique du peuple. Chaque formation du processus collectif implique l'introduction de normes de procédure, de garanties importantes et de conditions de forme de ce processus.

Mots clés: *état de droit, démocratie, normes de procédure*

1. URGENCE

En Europe, à ses frontières, et bien au-delà encore, ce que l'on appelle « démocrature » ou « démocratie illibérale » paraît connaître de beaux jours. Et ces beaux jours ne semblent pas être derrière elle. La démocratie dite « illibérale » pourrait bien avoir un avenir radieux. Elle séduit, sans distinction de bord, à droite comme à gauche. En Europe, elle attaque tout autant les vieilles et les nouvelles démocraties.

La chose n'est pas récente, bien sûr. Platon et Aristote, comme l'on sait, avaient montré cette pente ou tendance de la démocratie à se livrer en pâture, sans beaucoup résister, aux rhéteurs, flatteurs et autres démagogues. Leur piège tient en ce qu'ils ne rejettent pas, ne critiquent pas, ne conspuent pas la « démocratie ». Tout au contraire, ils en promettent toujours une meilleure, une plus authentique. Ils promettent la « vraie » démocratie. Promesse impossible à tenir, mais si facile à faire.

* Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris-2

2. CARL SCHMITT, THÉORICIEN DU POPULISME

Ce populisme moderne possède son théoricien, son constitutionnaliste de référence. Il s'appelle Carl Schmitt.¹ À partir de 1922, avec son livre *La dictature*, puis son essai sur la situation actuelle du parlementarisme, dans sa *Théologie politique*, puis dans sa monumentale *Théorie de la constitution* (1928), celui-ci a développé une véritable philosophie politique et constitutionnelle du populisme « démocratique », de la « démocratie illibérale » : il n'employait pas cette dernière expression, mais celle-ci convient parfaitement dans la mesure où Schmitt met en scène l'opposition radicale, inconciliable, entre démocratie et libéralisme, avec les avatars de ce dernier que sont le parlementarisme, la représentation et l'État de droit.²

De manière académique, dans sa *Théorie de la constitution* de 1928, ou sous forme pamphlétaire, avec *Légalité et légitimité* de 1932, Schmitt met en scène le conflit qui déchirerait la Constitution de Weimar – et à travers elle tous les systèmes de « démocratie libérale » – entre le principe démocratique et le principe libéral de l'État de droit (bourgeois). La décision du pouvoir constituant en faveur de la démocratie est une décision de nature *politique*, quand l'exigence de l'État de droit manifeste cette propension bourgeoise à la dépolitisation, à la neutralité, la haine craintive du Bourgeois à l'égard du Politique et de la *décision*. Schmitt reprend la formule du catholique espagnol réactionnaire du XIXe siècle, Donoso Cortés, qui fait de la bourgeoisie la « classe discutante », c'est-à-dire celle qui ajourne sans cesse la décision véritablement décisive. Elle s'arrange par *compromis*, le compromis étant pire que la non-décision, puisqu'il décide de ne pas décider, qu'il est la décision de la non-décision. Il signifie ainsi, pour Schmitt, ce qu'il y a de pire, à savoir une politique apolitique. La Constitution de Weimar serait un tel « compromis dilatoire » : de ce fait, elle ne pouvait être qu'une constitution non véritablement constitutive, puisque reposant sur deux principes contradictoires. Les constitutions libérales d'après 1945 ne sont pas autre chose : leur structure profonde est une contradiction, démocratie d'un côté, État de droit de l'autre.

L'opposition entre démocratie et État de droit est donc proprement *politique* au sens schmittien : l'État de droit (libéral) n'est pas seulement l'autre de la démocratie, il en est l'*ennemi*. Or l'on sait que, pour Schmitt, le Politique n'a pas d'essence, pas de domaine spécifique qui le démarquerait de la culture, de l'économie, etc. mais

¹ C'est sous le patronage de Carl Schmitt que la revue française d'extrême-droite *Éléments* (octobre-novembre 2018) consacrait récemment un dossier encensant « les nouvelles démocraties illibérales ». À l'extrême-gauche, cela fait une trentaine d'années que Chantal Mouffe recycle Schmitt au profit de son « populisme de gauche » : « Penser la démocratie moderne avec et contre Carl Schmitt », *Revue française de science politique*, 42-1, 1992, p. 83 et s. ; *Pour un populisme de gauche*, Paris, Albin Michel, 2018. Une inquiétante étrangeté : le nerf de ces discours d'extrême-droite et d'extrême-gauche est le même, l'État de droit « libéral » serait l'ennemi de la démocratie, conçu par Schmitt comme « identité des gouvernants et des gouvernés ».

² Cette opposition radicale est mise en scène dans les deuxième et troisième parties de sa *Théorie de la constitution* (trad. fr., Paris, PUF, 1993) consacrées respectivement à « la composante libérale de la constitution moderne » (l'État de droit bourgeois) puis à sa « composante politique » (la démocratie).

qu'il ne peut être déterminé que par un critère, applicable à tous les domaines de la vie sociale, le critère ami/ennemi. Ce critère détermine précisément l'opposition démocratie/libéralisme (État de droit) : c'est pourquoi la « neutralité » libérale-bourgeoise n'est pas neutre en vérité puisqu'elle a elle aussi son ennemie, la démocratie. Elle est une politique de dénégation du Politique, mais elle est politique tout de même.

Si, dans cette vision des choses, la vraie démocratie est politiquement et constitutionnellement l'opposé-même du libéralisme, la vraie démocratie ne peut être qu'« illibérale ».

3. PENSER AVEC SCHMITT CONTRE SCHMITT : ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE

Je m'appuierai ici, de fait, beaucoup sur l'œuvre d'un des constitutionnalistes les plus importants de la République fédérale d'Allemagne, Ernst-Wolfgang Böckenförde. Il ne s'agira pas d'une exégèse de cette œuvre, mais d'une réflexion accompagnée et inspirée par cette œuvre.

Né en 1930, jeune étudiant encore, Ernst-Wolfgang Böckenförde a lu, dans les années 1950, la *Théorie de la constitution* de Schmitt. Il en fut très impressionné. Il a rencontré Schmitt. Sa relation à Schmitt s'est approfondie avec les années. Nul ne le conteste³. Il est donc pour l'historiographie intellectuelle de la Bundesrepublik un « jeune schmittien ».

Il est avant tout catholique. Mais un catholique compliqué, indiscipliné qui fait irruption sur la scène politique allemande à l'âge de vingt-sept ans en critiquant sévèrement la politique de l'Église catholique pour lui demander de se rallier à l'éthos de la démocratie⁴. Puis, il œuvre à la réconciliation entre le Parti social-démocrate allemand et l'Église. Il adhère au SPD en 1967. Il est donc catholique, schmittien et/mais social-démocrate, c'est-à-dire social-libéral. Le philosophe Hermann Lübbe parlera des réceptions libérales de Schmitt⁵, une expression qu'on appliquera spécialement à Böckenförde⁶.

Cette formule pose cependant problème : qu'est-ce que cela peut bien signifier, la « réception libérale » d'une pensée fondamentalement illibérale ? On devrait à

³ Il en fait lui-même le récit dans l'entretien autobiographique qu'il a donné en 2008 à Dieter Gosewinkel : Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Wissenschaft Politik Verfassungsgericht*, Francfort/Main, Suhrkamp, 2011, p. 307 et s. (spé. p. 359 et s.).

⁴ « Das Ethos der modernen Demokratie und die Kirche » (1957), rep. dans : Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Kirche und christlicher Glaube in den Herausforderungen der Zeit*, 2^e éd., Berlin, Lit Verlag, 2007, p. 9 et s. En 1961, il publie un article qui fit aussi polémique consacré à la position et à l'action de l'Église catholique allemande en 1933 : « Der deutsche Katholizismus im Jahre 1933. Eine kritische Betrachtung », rep. dans *ibid.*, p. 115 et s.

⁵ Hermann Lübbe, « Carl Schmitt liberal rezipiert », Helmut Quaritsch (dir.), *Complexio oppositorum*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, p. 427 et s.

⁶ Reinhard Mehring, « Zu den neu gesammelten Schriften und Studien Ernst-Wolfgang Böckenfördes », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 117, 1992, p. 449 et s. (p. 450).

tout le moins se poser cette question pour saisir une tension, voire une contradiction dans le rapport qu'entretient Böckenförde avec Schmitt. Et c'est précisément cette tension ou contradiction qui rend l'œuvre de Böckenförde particulièrement intéressante. De même qu'il a toujours été un catholique compliqué et indocile, de même, il a toujours été un schmittien compliqué et fort peu docile. S'il appartient à l'Église, il ne fut l'homme d'aucune chapelle.

En 2000 a paru un recueil d'articles de Böckenförde que j'ai traduits et présentés⁷. Böckenförde et moi avons alors discuté pendant plusieurs heures de la traduction et de la préface. Je lui ai demandé si j'avais eu raison d'insister non pas tant sur sa filiation schmittienne que un autre héritage intellectuel, celui du constitutionnaliste social-démocrate de Weimar Hermann Heller. Je ne pourrai ici présenter davantage l'œuvre de Heller. Il fut un critique acerbe de Schmitt, mais aussi de Kelsen et d'autres courants importants du droit public de Weimar : un auteur qu'il conviendrait de ramener au premier plan⁸. Böckenförde m'a donné raison : Heller est une source importante de sa propre pensée. Il le confirmera, en 2008, dans le long entretien avec l'historien Dieter Gosewinkel. Dans cet entretien il précise n'être pas l'hagiographe de Schmitt, et surtout de n'avoir jamais adhéré à sa conception de la démocratie : sur cette question essentielle Hermann Heller occupe la première place.

On comprendra pourquoi j'ai pris un peu de temps pour rappeler la position schmittienne quant à l'opposition radicale entre démocratie et État de droit, si j'ajoute maintenant que, précisément, l'œuvre de Böckenförde doit se comprendre comme l'une des tentatives les plus profondes et les plus intéressantes pour penser l'État de droit démocratique. Plus précisément encore pour penser la combinaison constitutive de la Loi fondamentale de 1949, à savoir le lien conceptuel, la cohésion intime entre État de droit, démocratie et État social. Faute de temps, l'on n'abordera pas ce dernier aspect, celui de l'État social. En tout état de cause, penser l'État de droit démocratique, cela veut dire justement : penser *contre* Carl Schmitt.

⁷ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 2000. La traduction anglaise d'un nombre bien plus considérable d'essais de cet auteur paraît en deux volumes sous la direction de Mirjam Künkler et Tine Stein : Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Constitutional and Political Theory*, Oxford University Press, 2017. Le second volume est à paraître, chez le même éditeur.

⁸ Hermann Heller/Olivier Jouanjan, *La crise de la théorie de l'État et Hermann Heller : Crise de l'État, crise de la théorie*, Paris, Dalloz, 2012 ; Olivier Jouanjan, « Pourquoi des juristes en temps de détresse ? Le droit public de Weimar et la "querelle des méthodes et des approches", O. Jouanjan/É. Zoller (dir.), *Le « moment 1900 ». Critique sociale, critique sociologique du droit*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2015, p. 223 et s. ; du même, « Hermann Heller : penser l'État de droit démocratique et social en situation de crise », *Civitas Europa* 2016/2 (n° 37), p. 11 et s. ; du même, « Lire Hermann Heller, théoricien de l'État sous Weimar », Bruno Karsenti, Dominique Linhardt (dir.), *État et société politique. Approches sociologiques et philosophiques*, Paris, éd. de l'EHESS, 2018, p. 41 et s.

4. UN MYTHE DÉMOCRATIQUE ET SON IDÉOLOGIE

En 1983, Böckenförde publie un essai très remarquable : *Démocratie et représentation. Pour une critique du débat contemporain sur la démocratie*⁹. La critique qu'il adresse au débat contemporain – et qui nous est encore et peut-être davantage même contemporain – tient en ceci : dans cette discussion, on postule, souvent de manière implicite, un concept de la démocratie qui est non pas un concept descriptif, mais un concept idéal et donc normatif de la démocratie, le concept de la « vraie » démocratie. Or ce concept d'une pure démocratie n'est pas seulement impraticable – la pure démocratie ne serait pas possible, ou à tout le moins difficile à mettre en œuvre pour des raisons pratiques – ; il est également théoriquement inconstructible et donc inadmissible.

Cet idéal de la pure démocratie, c'est celui que Böckenförde appelle la conception « immédiate-identitaire » de la démocratie. Immédiate : le peuple, immédiatement présent à lui-même, devrait, en pure démocratie, vouloir immédiatement pour lui-même. Identitaire : si le peuple veut immédiatement pour lui-même, alors il y a identité parfaite entre gouvernants et gouvernés, cette identité qui, selon Schmitt, caractérise la politique démocratique.

Or, cet idéal démocratique, dont la réalisation passerait par une pleine et entière démocratie directe, ne peut qu'être toujours déçu par les démocraties réelles. À l'aune d'un tel idéal on ne peut jamais que constater partout des « déficits démocratiques ». À l'aune d'un tel idéal impossible, on ne peut conduire une critique *rationnelle* des démocraties existantes, de leurs institutions, de leurs procédures ou de leurs réalisations. À l'aune d'un tel idéal, on ne peut qu'adopter une *posture idéologique* à l'égard des systèmes démocratiques réels. À l'aune de ce mythe de la démocratie, si puissant par ailleurs, on ne peut davantage participer à un *débat public rationnel* à l'intérieur des démocraties existantes d'une part parce que celles-ci sont récusées d'emblée comme insuffisamment démocratiques voire antidémocratiques et, d'autre part, pour cette raison simple que l'idée même de discussion (et donc de pluralisme) se heurte à l'identité postulée et fantasmée.

Cet idéal démocratique, qui est d'abord un mythe, est aussi et plus dangereusement une idéologie. Comme toute idéologie, elle masque les réalités essentielles. La réalité que cette idéologie démocratique masque, c'est qu'il n'y a pas une volonté du peuple parfaite en elle-même et par elle-même, une volonté qui, d'elle-même, s'exprimerait pour dire ce qu'il en est de la loi ou de la décision politique. Il peut bien y avoir des sentiments, des tendances, des désirs plus ou moins partagés, mais toujours pluriels et au moins passablement divergents : il n'y a aucune volonté immédiate du peuple. Transformer cette agrégation disparate d'aspirations pas toujours pleinement conscientes d'elles-mêmes en une volonté politique, cela suppose toujours une « mise en forme » (*Formung*).

⁹ Böckenförde, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, op. cit., p. 294 et s.

J'ajoute les considérations suivantes. Tout d'abord, cette mise en forme, qui suppose une procédure juridique, aboutira toujours à ce que la volonté dominante, agrégeant en elle les sentiments, tendances et désirs prépondérants au sein d'une communauté politique, dominera bel et bien les sentiments, tendances et désirs minoritaires. Ce qui veut dire que, pour ces derniers il n'y aura pas, certainement pas, d'identité entre gouvernants et gouvernés. En vérité, la démocratie, aussi « directe » qu'elle puisse être, n'évacuera jamais la domination, la *Herrschaft*. Elle est seulement une certaine forme de domination (*Herrschaftsform*). Et l'important tient ici dans la *forme*.

Identité des gouvernants et des gouvernés ? Une telle identité supposerait, à tout le moins, une volonté unanime. Un peuple démocratique, ou plus sobrement, une société démocratique peut-elle être unanime ? Sûrement pas. Ce serait une société *totale*, autrement dit une société unanisée, *totalisée* par des puissances non démocratiques, qu'on peut appeler totalitaires. La démocratie comme identité des gouvernants et des gouvernés n'est qu'un mythe idéologique, même dans une démocratie qui serait intégralement *directe*. Mais c'est un mythe dont la tendance, infiniment dangereuse, nourrie par l'illusoire idée d'identité, est précisément de nier la condition même de la démocratie, à savoir le désaccord, le débat, l'opposition minorité/majorité et de susciter le désir du peuple unanime, du peuple total.

J'ai écrit : l'identité démocratique fantasmée de Schmitt et des autres idéologues de la démocratie autoritaire (pour l'appeler de son vrai nom positif plutôt que par la litote de l'illibéralisme) supposerait « à tout le moins » la volonté unanime du « peuple ». « À tout le moins », car l'unanimité une fois donnée ne suffit pas, il faut encore qu'elle dure un certain temps pour faire une politique. La question du temps politique est évacuée du concept schmittito-populiste de la démocratie alors qu'elle est essentielle pour la philosophie politique moderne. Il faut prendre très au sérieux cette remarque de Hobbes : dans l'état de nature, il n'y a aucune mesure du temps¹⁰. Ce qui signifie que le temps des hommes doit être *institué*¹¹, qu'il suppose la forme de l'État et donc le droit de l'État. Même les mouvements révolutionnaires inventent leurs institutions transitoires, passé le moment de l'émeute qui n'est pas du temps véritable. La conception immédiate-identitaire de la démocratie, imposée contre le droit de l'État de droit, fuyant la question de l'institutionnalisation, ne peut imaginer de volonté populaire qu'en fusion n'imprimant à la vie humaine que le rythme syncopé de l'insécurité. Prise au pied de la lettre, en toute rigueur, une politique démocratico-populiste ne peut s'échapper de ce que Schmitt appelle « la forme naturelle de la manifestation directe de la volonté d'un peuple » qui est « le cri d'approbation ou de refus de la foule rassemblée »¹². Dès qu'elle prend une autre forme, elle a besoin de cette « mise en forme », cette *Formung* sur laquelle insiste Böckenförde, qui n'est possible que par et dans le droit de l'État. Les populistes – et Schmitt le premier – le savent bien. Mais leur pseudo théorie de la démocratie

¹⁰ Thomas Hobbes, *Léviathan*, chap. 13.

¹¹ Voir les fortes réflexions de François Ost dans *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999.

¹² Carl Schmitt, *Théorie de la constitution*, op. cit., p. 219.

ne vise aucunement à dire quelque vérité que ce soit de la démocratie, seulement à masquer les vrais pouvoirs des chefs qui, une fois acclamés, n'auront de cesse que de garantir leur propre position de chef par un « droit », qui certes ne sera pas celui de l'État de droit. Mais alors, on peut naïvement poser une question simple mais logiquement déduite de cette conception immédiate-identitaire : le droit de l'État autoritaire (totalitaire, peut-être) du chef serait-il lui l'ami de la démocratie dont le droit de l'État de droit serait l'ennemi ?

Ce qui frappe et effraie, c'est de constater combien ce mythe, aussi indigent quant à ses fondements rationnels que dangereux dans ses conséquences politiques, travaille en profondeur nos sociétés modernes, techniques, froides, rationnelles. Il ne faut jamais oublier que, dans la structure de la pensée totalitaire moderne, l'État total présuppose le peuple total, et que ce peuple total est le peuple fantasmé d'une représentation perverse. Or la conception identitaire-immédiate de la démocratie opère avec la même représentation pour laquelle la soi-disant « vraie » démocratie ne saurait être que la « démocratie » totale du peuple total.

Aucun mécanisme démocratique, aussi direct soit-il, et certainement pas l'acclamation ne saurait assurer ni garantir une impossible autant qu'impensable identité démocratique. Ils ne sont pas davantage la garantie d'une démocratie *immédiate*. Tous les mécanismes de démocratie directe, même l'initiative populaire, le *recall*, et bien sûr davantage encore le référendum reposent sur des normes qui déterminent les conditions de participation à la votation (le corps électoral peut-il être dit, sans autre forme de procès, le « peuple » ?), un pouvoir déclencheur de la procédure, une procédure et une manière de décompter les votes. Autant de normes qui encadrent et conditionnent l'expression de la volonté populaire.

Le pouvoir déclencheur, même lorsque l'initiative est dite « populaire », est toujours celui d'une minorité. C'est cette minorité qui formule la question, le texte ou détermine l'écu qui sera l'objet de la votation. La volonté populaire est donc médiatisée par un pouvoir minoritaire. Son expression est organisée par une procédure. La décision prise en la forme de la votation n'est donc pas l'expression immédiate, ni directe, de la souveraineté populaire. Il se loge, même dans les procédés considérés comme les plus directs de la démocratie, ce que Böckenförde appelle une « structure cachée de représentation »¹³.

De multiples et puissantes *médiations* travaillent en vérité la démocratie dite « directe ». Il ne s'agit pas ici d'une critique de ces procédés ou de leur légitimité. Il s'agit d'une critique du concept, de la conception de la démocratie qui en rend compte comme procédés de « démocratie directe », de la conception immédiate-identitaire de la démocratie. Il n'y a pas de démocratie sans certaines formes de représentation, sans médiations représentatives. Le dire, ce n'est pas rejeter les mécanismes de votation populaire, c'est seulement rejeter les illusions et fantasmes auxquelles on nous demande de croire les concernant. On a bien le droit de n'être pas naïf.

¹³ Böckenförde, « Démocratie et représentation », *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, *op. cit.*, p. 299.

5. CE QU'ÉTAT DE DROIT VEUT DIRE

Le concept d'État de droit souffre au fond d'un problème similaire. On le rattache à une certaine idée qui, précisément, n'est pas seulement pratiquement impossible, mais tout autant théoriquement biaisée et fausse. À partir de là se construit aussi un mythe idéologique de l'État de droit.

Conformément à ce mythe, l'État de droit serait « un gouvernement de lois et non pas d'hommes »¹⁴. Il serait soumission au droit, règne du droit, « *rule of law* ». Partant, avec l'avènement de la justice constitutionnelle, l'on devrait voir « la politique saisie par le droit »¹⁵. La constitution serait devenue « normative » comme par enchantement¹⁶. Autant de naïvetés qui ne voient pas que tout droit présuppose une politique et que toute politique présuppose un droit, comme y insistait Hermann Heller.

Le problème commun à toutes ces manières habituelles de parler, même chez les juristes, est que l'on fait du droit une instance séparée, autonome et comme située au-dessus du monde politique des hommes. Comme si le droit fonctionnait par lui-même. Comme si le droit avait une essence propre et apolitique. On s' imagine un droit qui serait pure idéalité mais dotée d'existence et de puissance propres et qui pourrait ramener la politique à la raison pure de ses normes. On ne s'aperçoit donc pas que ce qu'on appelle « le droit » est une *fiction* et que comme tous les autres « universaux », il n'a pas d'existence réelle.

L'État de droit, pensé selon un tel mythe du droit, serait alors effectivement l'État de droit « neutre » (et bourgeois) au sens de Schmitt. Et l'on devrait donner raison à Schmitt, État de droit et démocratie s'opposent radicalement.

Mais Schmitt lui-même – et l'on peut lui accorder à tout le moins ce point – avertissait : une norme ne s'applique pas elle-même. Il n'y a pas de « constitution normative » *en tant que telle*, car un texte constitutionnel ne s'applique pas de lui-même, par lui-même. Comme l'écrit le théoricien du droit Friedrich Müller, ni le texte d'une constitution, ni celui d'une loi générale et abstraite ne *contiennent* de normes.¹⁷ Ce qui norme juridiquement un comportement humain, c'est la décision d'hommes, institutionnellement organisés, interprétant et concrétisant pour le cas d'espèce un texte en lui-même privé de force normative. La norme, qui règle un cas, une situation, présuppose un processus institutionnel et donc humain de normativisation. Le gouvernement de lois reste toujours un gouvernement des hommes.

¹⁴ Selon la définition célèbre de la *rule of law* proposée par le président des États-Unis John Adams, reprenant en fait une formule de James Harrington – « *empire of laws, not of men* » – au début du célèbre *Commonwealth of Oceana*, Harrington qui renvoie lui-même à Aristote et Tite-Live. Il s'agit d'un idéal grec ancien dont on trouve déjà trace chez Hérodote (Jacques Krynen, *Le théâtre juridique. Une histoire de la construction du droit*, Paris, Gallimard, 2018, p. 117).

¹⁵ Louis Favoreu, *La politique saisie par le droit*, Paris, Economica, 1988.

¹⁶ Elisabeth Zoller, *Droit constitutionnel*, 2^e éd. Paris, PUF, 1999, p. 59 et s.

¹⁷ Friedrich Müller, *Discours de la méthode juridique*, trad. fr., Paris, PUF, 1996, not. p. 168 et s.

Cela ne veut pas dire que la notion d'État de droit serait privée de sens. Mais il faut la comprendre comme État de justice – une autre expression schmittienne – non pas au sens où la justice serait une instance au-dessus de la politique ou du politique, mais un pouvoir véritable ramené au sein d'un système constitutionnel d'équilibre ou, comme l'on dit, de séparation ou division des pouvoirs. Dans son livre, *La Révolution des pouvoirs*, Marcel Gauchet montre bien l'intense débat qui s'est déroulé durant la période thermidorienne de la Révolution française, à partir de 1794-1795, autour de la nécessité d'établir, pour modérer l'affrontement toujours possible entre l'exécutif et le législatif, un pouvoir équilibrateur ou « équipondérateur »¹⁸. Au XIX^e siècle, la pensée libérale a de plus en plus désigné le juge comme devant assumer cette fonction et ce pouvoir, notamment en Allemagne, chez les auteurs qui ont précisément mis en avant l'expression et la notion d'État de droit¹⁹. L'incompréhensible coquetterie, privée de toute justification conceptuelle véritable, et qu'on rencontre si fréquemment en France, qui entend parler de la justice comme d'une *autorité* et non comme d'un *pouvoir*, ne peut rien comprendre à la logique propre de l'État de droit.

L'État de droit est lui aussi une certaine forme de domination des hommes sur les hommes. Et une fois encore c'est la question de la forme qui est première. À partir de là, l'on comprend pourquoi l'État de droit impose qu'il existe un certain système d'équilibre des pouvoirs, une « séparation des pouvoirs » qui en est la condition. On comprend également pourquoi certaines libertés fondamentales doivent être constitutionnellement garanties si c'est l'État en tant que tel et dans son ensemble qui doit être *de droit*, c'est-à-dire considéré, non pas seulement dans sa dimension exécutive ou administrative, mais aussi en tant qu'État législatif. On comprend de plus que cette garantie doit pouvoir être exercée devant un juge selon des procédures effectives, soumettant au droit, c'est-à-dire à la justice, les actes législatifs, exécutifs et administratifs. Mais on comprend enfin et surtout qu'il s'agit de ne pas s'illusionner : l'État de droit ne supprime pas la domination, le « gouvernement des hommes », pas davantage ni mieux que la démocratie. La querelle théoriquement si faible et médiocre sur le « gouvernement des juges », qui ne peut reposer que sur l'idéologie d'un droit pur et séparé du politique, masque le fait que les juges – les juges constitutionnels au premier chef, mais pas seulement eux – participent nécessairement, par leur fonction, au « gouvernement » des hommes, le génitif étant ici tout autant subjectif (gouvernement par des hommes) qu'objectif (gouvernement sur des hommes). Parce que cette justice est une justice de l'État et dans l'État.

À partir de là, la clé de tout État de droit tient dans le statut de la justice. Celle-ci ne saurait équilibrer les rapports entre l'État et les citoyens – tout en participant elle-même à et de l'État – en tant que ces rapports dépendent au premier chef de l'action de l'exécutif et du législatif, de leur entente comme de leurs possibles conflits, si

¹⁸ Marcel Gauchet, *La révolution des pouvoirs*, Paris, Gallimard, 1995, p. 137 et s.

¹⁹ Olivier Jouanjan (dir.), *Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Presses universitaires de Strasbourg, 2001.

cette justice se trouvait sous la dépendance de ces pouvoirs ou de l'un d'entre eux. L'indépendance de la justice est donc la condition première de tout État de droit.

On peut faire ici une remarque. Kelsen n'aimait guère l'expression État de droit. Mais lorsque, entre les deux guerres mondiales, il propose et conseille aux pays d'Europe continentale l'établissement d'une juridiction constitutionnelle, il le fait non pas afin d'assurer la garantie des droits fondamentaux, mais pour sauvegarder la logique institutionnelle décrite ci-dessus. Il ne dit pas, certainement pas, que la sentence du juge serait comme l'oracle révélant la vérité d'un droit supérieur. Il faut rappeler que l'entreprise de la *Théorie pure du droit* s'est d'abord affichée expressément, dans la première édition de 1934 de l'ouvrage, comme *Ideologiekritik*, critique de l'idéologie²⁰ : auteur d'une *théorie pure*, Kelsen n'est pas l'idéologue du *droit pur*. Il insiste sans cesse, dans « La garantie juridictionnelle de la constitution »²¹, sur la « forme juridictionnelle » de l'organe chargé des fonctions de justice constitutionnelle. C'est l'indépendance et les garanties d'impartialité qui donnent à cette justice sa signification dans l'équilibre général des pouvoirs.

C'est la « forme juridictionnelle » qui donne sa signification et sa valeur à la cour constitutionnelle, mais elle ne garantit pas la vérité du droit dit par cette cour, elle ne garantit pas même que l'interprétation faite par cette cour soit « meilleure », « plus proche de la vérité » que l'interprétation constitutionnelle d'un organe exécutif ou législatif. Tout simplement parce qu'il n'y a pas de vérité substantielle du droit ni de possibilité de *vérifier* la qualité d'une interprétation.

Pour en terminer provisoirement avec la justice constitutionnelle et Kelsen, ce dernier insiste à la fin de son essai de 1928 sur le fait qu'une juridiction constitutionnelle est particulièrement souhaitable pour préserver les équilibres fédéraux lorsqu'ils existent – mais cet aspect ne nous retiendra pas davantage ici – ainsi que les constitutions démocratiques modernes²² On reviendra plus loin sur ce dernier point.

6. L'ÉTAT DE DROIT CONDITION DE LA DÉMOCRATIE MODERNE

Démocratie et État de droit sont deux concepts distincts. Ils ne signifient pas la même chose. La notion de démocratie de rapporte à la question du sujet de légitimation du pouvoir politique. La notion d'État de droit concerne les limites procédurales et substantielles à l'exercice du pouvoir.

Parce que ces concepts ont des objets différents, ils ne peuvent certainement pas s'opposer logiquement terme à terme. C'est précisément en cela que consiste la faute logique de Carl Schmitt. Mais pour la même raison, ils ne se confondent pas

²⁰ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1^{re} éd., 1934), rééd. par Mathias Jestaedt, Tübingen, Mohr Siebeck, 208.

²¹ *Revue du droit public*, 1928, p. 197 et s.

²² *Ibid.*, p. 252 et s.

d'avantage, et il ne s'agit donc pas de rabattre le concept de démocratie ans celui de l'État de droit et de la garantie des droits fondamentaux. Si l'on considère l'histoire du concept d'État de droit, telle qu'elle s'est d'abord développée dans l'Allemagne du XIXe siècle, celui-ci était précisément censé pouvoir et devoir s'appliquer à des régimes qu'on ne pouvait en rien considéré comme étant démocratiques, puisqu'il s'agissait de monarchies constitutionnelles, simplement limitées, aristocratiques et censitaires²³. La démocratie n'est donc pas une condition de l'État de droit.

Je souhaite cependant montrer que, à l'inverse, l'État de droit, bien compris, est une condition de la démocratie moderne.

La première remarque importante à faire, à ce sujet, c'est que l'on parle ici de la démocratie *moderne*. On fausse complètement l'analyse lorsque l'on entend opérer avec un concept anhistorique, universellement valable de la démocratie. Si l'on prenait vraiment au sérieux un tel concept universel et anhistorique de la démocratie, on se rendrait alors enfin compte que la cité athénienne classique ne peut en aucun cas être qualifiée « démocratie » en ce sens, mais plutôt aristocratie des *citoyens*, les citoyens désignant une minorité privilégiée au sein de l'ensemble des habitants de la cité, celle qui bénéficie des droits de cité.

La démocratie moderne, c'est la démocratie de l'État moderne. Il n'est évidemment pas question ici d'esquisser une généalogie de l'État moderne en Europe. Il y a sur le sujet une littérature immense. Il suffira d'insister, avec Böckenförde, sur ce que j'appellerai le problème structurant de l'État moderne, pour être plus précis, le problème fondamental de l'État moderne *européen*.

La théorie pratique et juridique de l'État est fixée avec la Révolution française et, de la façon la plus claire, par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Les « idées ordonnatrices » (*Ordnungsideen*) de la politique moderne, telles qu'elles s'expriment dans la Déclaration – les principes d'égalité devant la loi, de liberté individuelle et de propriété privée pris dans leur cohérence d'ensemble – circonscrivent une sphère d'autonomie individuelle et libère ainsi les individus et leurs énergie des liens communautaires traditionnels²⁴. Ces principes établissent ce que Georg Jellinek appellera une sphère « *staatsfrei* », libre à l'égard de l'État²⁵.

Ce faisant ils établissent une distinction, et même une séparation mais relative, entre l'État et ce que l'on appelle désormais la « société civile », entre la sphère politique et ce que Hegel désignera comme étant la « sphère des besoins »²⁶. La « société », comme le dira le jeune Marx de la *Question juive*, n'est plus

²³ *Figures de l'État de droit*, op. cit. ; Böckenförde, « Naissance et développement de la notion d'État de droit », *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, op. cit., p. 127 et s.

²⁴ Böckenförde, « Die sozialen und politischen Ordnungsideen der Französischen Revolution », du même, *Staat Nation Europa*, Francfort/Main, Suhrkamp, 1999, p. 11 et s.

²⁵ Parmi de nombreuses autres références: Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Fribourg-en-Br., Mohr (Siebeck), 1892, p. 80.

²⁶ Böckenförde, « La distinction entre l'État et la société pour l'État démocratique et social contemporain », *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, op. cit., p. 176 et s.

« *immédiatement* politique » (je souligne)²⁷ : sa dimension la plus immédiate est économique au sens large.

Il y a un dédoublement, une division, une « scission », ce que Hegel nomme *Entzweiung*, une dissociation entre l'homme en tant qu'homme et l'homme en tant que citoyen. Pour Böckenförde, qui a participé à Münster dans sa jeunesse au *Collegium philosophicum* de Joachim Ritter, le pape des études hégéliennes à l'époque, qui a longuement médité l'œuvre du jeune hégélien Lorenz von Stein et notamment son *Histoire du mouvement social en France depuis la Révolution française*, la scission, l'*Entzweiung* est le problème structurant de la politique et donc de l'État modernes.

Pour Marx, cette scission entre l'homme et le citoyen doit être surmontée par une nouvelle politique de l'« homme générique », c'est-à-dire de l'homme non biparti, de l'homme à part entière. Il en appelle à la grande figure moderne de la démocratie immédiate, Rousseau²⁸. Mais il ne voit pas que, tout aussi « immédiate » que soit la démocratie rousseauiste, celle-ci présuppose comme une donnée indépassable cette même scission entre le citoyen qui participe à la loi et le sujet soumis à la loi²⁹ et que c'est précisément dans l'acte délibératif au sujet de la loi, par lequel tous statuent sur tous³⁰ que s'effectue l'indispensable médiation et réconciliation relative (l'homme et ses intérêts particuliers reste homme distinct du citoyen, ou plutôt il est le même en même temps qu'un autre³¹).

Donc même chez celui en qui l'on voit le chantre de la démocratie immédiate-identitaire, la scission reste un problème. C'est un *problème*, car cette scission ne peut être purement et simplement effacée ou « réduite » comme on le dit d'une fracture. Au XX^e siècle, les tentatives politiques pour supprimer cette scission ont caractérisé les totalitarismes, qu'ils soient d'obédiences fasciste ou communiste. Ainsi, le concept de « communauté » (totale) des nazis visait à supprimer toutes les « séparations » et, avant tout, celle qui mettait face-à-face depuis la Révolution l'État et la société³². Non seulement le concept de « société » (opposé à « communauté ») avait perdu toute valeur, mais il en allait de même du concept d'État³³. C'est la structure politique même de la modernité qui était ainsi remise radicalement en question.

Si la société civile moderne n'est plus *immédiatement* politique, elle doit cependant l'être *médiatement*. La séparation entre État et société civile ne peut être que *relative*, car l'État est l'État d'une certaine société et une société civile,

²⁷ Karl Marx, *La question juive*, trad. fr., Paris, 10/18, 1968, p. 41.

²⁸ *Ibid.*, p. 44.

²⁹ Rousseau, *Du contrat social*, Livre I, chap. 6.

³⁰ *Ibid.*, Livre II, chap. 6.

³¹ « En effet, chaque individu peut, comme homme, avoir une volonté particulière contraire ou dissemblable à la volonté générale qu'il a comme citoyen. » *Ibid.*, livre I, chap. 7.

³² Olivier Jouanjan, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, Paris, PUF, 2017, p. 174 et s.

³³ *Ibid.*, p. 164 et s.

une société assujettie à un certain État. Le problème de la scission devient donc le problème fondamental de la *médiation* ou pour le dire autrement, de la *représentation*.

7. SUR LA NOTION DE REPRÉSENTATION

Cette question de la médiation fut absolument centrale pour les doctrines politiques et constitutionnelles libérales du XIX^e siècle. Elle gouvernait toute la discussion sur la notion de *représentation*.

J'ai montré dans plusieurs essais que la notion classique de représentation ne pouvait en aucune manière être réduite à la question des assemblées représentatives, de leur existence, de leur élection (sur une base plus ou moins large), de leurs compétences et de leur fonctionnement³⁴. Certes, il n'y a pas de *gouvernement représentatif* sans assemblées représentatives. Mais des assemblées, quel que soit le mode de leur élection, ne peuvent être représentatives si certaines conditions plus générales, des conditions non pas seulement relatives à l'organisation de l'État, mais aussi et surtout relatives à la société civiles, ne sont pas réunies. Parce que, précisément, la représentation doit être le mode effectif assurant et assumant la médiation entre l'État et la société civile. J'ai également montré ailleurs que, dans le débat allemand du XIX^e siècle, les libéraux entendaient, au nom d'un « droit populaire » opposé au « droit des juristes » replacer la justice-même au cœur du système politique de la représentation que ce soit autour de la question de la publicité des débats, de la motivation et de la publication des décisions, mais aussi par l'introduction des jurys ou, mieux, des juridictions échevinales³⁵.

La notion classique de représentation désignait un système global de libre discussion publique. Système global, car il imposait la libre discussion publique de la loi étatique au sein d'assemblées (la publicité des débats en est une condition *sine qua non*) et la possibilité de la critique sociale et publique de cette même loi, de ses motifs et, plus généralement, des débats parlementaires. L'*Öffentlichkeit*, l'espace public est constitué par cette relation circulaire entre société civile et assemblées représentatives et le *feed-back* (David Easton) qu'autorise cette relation.

La représentation était donc conçue – et c'est très clair chez les penseurs libéraux allemands du XIX^e siècle – comme le système permettant d'accrocher, par

³⁴ Voir surtout : « État de droit, forme de gouvernement et représentation. À partir d'un passage de Kant », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, Nouvelle série n° 2, 1998, pp. 279 et s.

³⁵ Olivier Jouanjan, « Justice et espace public : convergences, tensions, contradictions ? », in : H. Yamamoto, O. Jouanjan (dir.), *Action publique et globalisation*, *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, nouvelle série, n° 8, 2006, p. 169 et s. À la différence du jury qui ne statue que sur la question de fait (les preuves), le système de l'échevinage introduit, à côté des juges professionnels, des juges « populaires » qui statuent non seulement sur la question de fait mais aussi sur les questions de droit. Jurys et échevins étaient alors considérés comme de représentants du peuple.

l'existence d'un espace public, la société civile à l'État en rendant possible, à chacun selon ses capacités, un usage public et donc commun de la raison individuelle³⁶.

C'est ainsi qu'elle doit faire la médiation nécessaire entre l'État et la société civile sans réduire la scission, l'*Entzweiung*.

On doit noter que du point de vue d'une telle conception classique de la représentation, ce qui est aujourd'hui présenté comme une alternative à la démocratie représentative et à sa « crise », la « démocratie participative » ne fait en vérité pas rupture : la participation au débat public est inscrite dans le concept même de représentation. Le concept de représentation en tant que tel ne détermine pas quelles sont les formes ni les modalités de cette participation, quels en sont les forums, mais impose seulement que cette participation soit ouverte et libre.

Ce qui circule sous le nom de « démocratie participative » n'est tout au plus qu'une réflexion sur les formes contemporaines que devrait adopter la représentation pour s'améliorer et une telle réflexion est légitime. Mais elle n'a pas besoin de s'opposer et, de la sorte, discréditer la représentation qui est en vérité son principe. Ou bien il s'agit d'un pur effet de mode qui masque mal l'absence totale de pensée, ce dont l'exemple le plus frappant tient dans les deux pauvres articles de la « Constitution européenne » mort-née consacrés à la « démocratie participative », dont le premier se bornait à rappeler le principe de la liberté d'expression de tous, ce qui est le principe même de la démocratie représentative, et le second à garantir l'accès privilégié des lobbys aux institutions européennes et notamment la commission, qui sont déjà partout, qu'on le veuille ou non, dans la démocratie représentative...

Sur cette question de la représentation en son sens constitutionnel classique, il me reste une remarque à faire qui nous ramène à la notion d'État de droit. J'ai étudié de manière assez attentive l'histoire des doctrines allemandes de l'État de droit, une notion qui est née en Allemagne, comme l'on sait. Or, les doctrines libérales de l'État de droit utilisent plusieurs synonymes pour désigner la même chose : *Vernunfts-* ou *Verstandesstaat*, État rationnel ou État de l'entendement, mais aussi, dans le cercle des auteurs du *Staatslexikon*, la bible du libéralisme allemand classique, « *Repräsentationsstaat* », État représentatif.

L'État de droit est donc, pour eux, un autre mot pour dire le principe de représentation au sens large que je viens de décrire. Car la médiation nécessaire entre la société civile et l'État, si elle suppose comme sa condition environnementale la représentation, trouve son instrument, son dispositif pratique dans le droit que l'État édicte à destination de la société des individus. C'est par le droit que l'État agit sur et dans la société civile. Il fait lien entre les deux.

³⁶ On n'a pas oublié Kant et ce qu'il considère être « la plus inoffensive parmi tout ce qu'on nomme liberté », à savoir « celle de faire un usage public de sa raison sous tous les rapports ». Or, ajoutait-il, « j'entends de tout côté cet appel : ne raisonnez pas ! » C'était pour lui l'appel de l'officier et du fonctionnaire. C'est aujourd'hui celui du populisme : dans l'espace public suis ton instinct, tes inclinations, tes passions et, à cette condition, tu seras le « peuple ». Kant, Réponse à la question : qu'est-ce que les Lumières ?, trad. fr. (avec Que signifie s'orienter dans la pensée ? et Vers la paix perpétuelle), Paris, GF, 1991, p. 45.

Or, au sommet du droit, on trouve la loi. Puisque c'est l'État qui édicte la loi de la société civile, le principe fondamental et premier de l'État de droit tient essentiellement en ceci, que la loi doit être produite sous le contrôle de la société. C'est pourquoi la loi est, à l'époque, définie comme l'acte du monarque, mais pris avec la participation des assemblées représentatives, c'est-à-dire aussi à l'issue d'une discussion publique et ouverte à la critique sociale, comme on a dit plus haut. La représentation est ainsi la garantie même de l'État de droit et lui est pratiquement consubstantielle. En effet, tout acte de la puissance publique doit trouver sa base juridique dans une loi formelle dès lors que cet acte touche aux principes structurants de la nouvelle société civile moderne : égalité, liberté et propriété. Dès qu'elle est concernée, la société doit pouvoir contrôler l'action de l'État. La loi doit être générale pour assurer l'égalité juridique des individus. Quant à son domaine matériel, il est alors défini par la célèbre formule « *Freiheit und Eigentum* », liberté et propriété. Autrement dit : toute restriction à l'exercice de ce que l'on appellera à partir de 1848 les « droits fondamentaux » présuppose que tout le système de la représentation politique ait été activé. Ainsi la société est médiatement (par l'intermédiaire de la loi de l'État) politique.

La boucle logique se referme alors : l'État de droit est celui dans lequel la société, par le principe de représentation, participe à la décision politique, contrôle et limite l'action de l'État à l'égard de la société.

8. LES DEUX VISAGES DE LA LIBERTÉ MODERNE

Ce qui vient d'être dit met l'accent sur l'idée de participation de la société civile au contrôle de l'État. Cette participation, la liberté *positive* donc, est ainsi entendue comme une condition de la liberté-même de la société civile et des membres de cette société et, plus précisément comme la garantie même de cette liberté, de la liberté *négative* donc. L'État de droit n'est ainsi pas entendu comme celui dans lequel les individus se retireraient dans la sphère purement civile et privée de leurs libertés particulières. Dans l'État de droit, tel qu'il fut pensé par la doctrine libérale classique, le Bourgeois doit aussi être *Bürger*, citoyen. L'État de droit n'est pas entendu comme un État « apolitique », contrairement à ce que dit Schmitt. En termes passablement hégéliens, l'individu particulier doit participer à l'universel – c'est-à-dire à la loi générale de l'État – pour garantir à travers l'institution politique son droit particulier, la satisfaction de sa subjectivité au sein du « système des besoins » que constitue la société civile.

C'est pourquoi, la pure et simple opposition entre la « liberté des Modernes » et la « liberté des Anciens » ne dit pas la vérité de la liberté dans l'État de droit moderne. Sans y insister, les commentateurs récents (Stephen Holmes, Lucien Jaume) ont d'ailleurs montré que le célèbre discours en 1819 de Benjamin constant lui-même, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, n'opérait pas une pure et simple opposition entre la liberté comme participation à la vie de la Cité (liberté

des Anciens) et la liberté comme « jouissance de l'indépendance privée » (liberté des Modernes). La fin du discours insiste spécialement, en effet, sur la mission éducative de l'État, dont l'objectif est non seulement de former l'ensemble des citoyens, actifs et passifs, mais aussi, par ce moyen, d'élargir la classe des citoyens actifs afin de dépasser les conditions contemporaines de capacité censitaire. Il y a ici le principe d'une ouverture démocratique dans la doctrine libérale du gouvernement représentatif et de l'État de droit qu'on ne doit ni ignorer, ni négliger.

Cela ne veut pas dire que les auteurs libéraux du XIX^e siècle aient été, même seulement en puissance, démocrates, mais seulement que la logique interne du concept classique d'État de droit, pensée jusqu'au bout, tend au plus grand élargissement possible de l'ensemble des droits de participation, vise à ce que l'écart entre les citoyens « passifs » les citoyens « actifs » diminue tendanciellement.

Prenons au sérieux cette réflexion. Elle signifie que liberté-participation (liberté positive) et liberté-indépendance (liberté négative) *ne s'opposent pas mais se distinguent seulement*. Il faut poser que liberté négative et liberté positive ne sont pas deux *essences* séparées de la liberté, mais deux *modes* distincts de celle-ci. L'on prend ainsi le contrepied de la vulgate, largement inspirée d'Isaiah Berlin, qui, de manière unilatérale, oppose selon la logique du « ou bien/ou bien » liberté négative et liberté positive.

Cette logique binaire détermine, particulièrement dans le monde intellectuel anglo-saxon, deux théories politiques opposées, selon que l'on prenne le parti de la liberté négative – et l'on rejoint alors le libéralisme de type anglo-saxon – ou, au contraire, celui de la liberté positive – et l'on adhère au « républicanisme » d'un Quentin Skinner ou d'un Philip Pettit.

Mais dans l'État et la société modernes, ainsi scindées, peut-on imaginer qu'un individu puisse exercer librement sa fonction de citoyen sans être, dans sa vie individuelle, privée et publique, libre ? Est-il un citoyen démocratique qu'on puisse dire libre et participant librement à la délibération démocratique, celui qui dans sa vie privée, économique et sociale n'est pas libre ? Si l'on admet ce point, alors il faut aller plus loin même que ce que l'on concède ordinairement et facilement : il ne suffit pas pour un État moderne démocratique de garantir et, ainsi, assurer l'effectivité des droits dits politiques (droit de suffrage, accès à la fonction publique, liberté d'expression, de réunion et de manifestation). C'est l'ensemble des droits, même les droits les moins politiques apparemment – liberté de circulation, liberté du mariage, liberté contractuelle, propriété même – qu'il s'agit aussi de garantir.

La critique qu'adresse Böckenförde à l'égard de ces doctrines, radicalement libérales et « républicaines » consiste à dire que celles-ci ne prennent pas en charge le problème moderne fondamental de la scission, tel qu'il a été mis en évidence par Hegel. S'il y a scission, « désassociation » entre État et société civile, et si cette scission est constitutive de la politique moderne, la question fondamentale est celle de la médiation, celle de la manière dont la société civile peut (encore) produire le citoyen dont l'État démocratique a besoin. On tient ici que la représentation,

qui ne va pas sans domination, est la condition nécessaire d'un État démocratique moderne. Mais elle n'est certainement pas suffisante.

On peut bien admettre, avec Hobbes, que c'est l'unité du représentant qui fait celle des représentés³⁷, mais celle-ci présuppose un accord minimal sur le *pour quoi* nous acceptons d'être représentés. Ce « pour quoi » ne peut être seulement l'État et ses procédures démocratiques. Il y faut quelque chose de substantiel. Il faut le redire : le mythe de la démocratie immédiate-identitaire ne résout certainement pas mieux cette question que la démocratie représentative. Car, par-delà l'impossible présence immédiate du peuple à lui-même, elle renvoie l'individu tout autant à son impossible mais si facilement et désirablement fantasmée présence immédiate à lui-même. Postulant l'unité, elle désunit nécessairement. « Le droit, écrivait Georg Jellinek, pourtant positiviste, n'est rien d'autre que le *minimum éthique* » d'une société³⁸.

On peut à partir de là poser les trois problèmes fondamentaux de la démocratie moderne. D'abord, quel peut être cet au-delà commun de la société démocratique auquel pourrait aspirer une société des individus qui ne sont, pris en eux-mêmes, que multitude ? Ensuite, s'il y faut une éthique minimale, quel est le niveau de « minimalité » exigée dès lors que la démocratie présuppose la différence et la divergence de principe des conceptions éthiques ? Enfin, si cette éthique minimale substantielle doit faire socle à la démocratie, qui doit la produire et la garantir, l'État ou la société ?

Après la sortie de la religion, après l'éclatement progressif de l'unité théologico-politique du monde médiéval qui préside à l'avènement de l'État moderne³⁹, cette question du « minimum éthique » semble devoir rester en jachère. Si l'État l'imposait il instituerait une *religion civile* qui contredit son principe libéral et démocratique⁴⁰. Mais comment la société, libre et plurielle, peut-elle produire une éthique démocratique ? Comment la démocratie peut-elle ne pas se retourner contre elle-même⁴¹ ?

9. DÉMOCRATIE ET ÉTAT DE DROIT : UNE RELATION DE TENSION

À partir de là, on comprend cependant, malgré toute la difficulté d'une éthique démocratique substantielle, un caractère fondamental inhérent à la logique même de la démocratie dans l'État moderne : les garanties de l'État de droit y forment bien

³⁷ *Léviathan*, chap. 16.

³⁸ Georg Jellinek, *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Vienne, Hölder, 1878, p. 42.

³⁹ Böckenförde, « La naissance de l'État, processus de sécularisation », *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, op. cit., p. 101 et s.

⁴⁰ C'est tout le problème enkysté dans la logique du *Contrat social* de Rousseau en son tout dernier chapitre.

⁴¹ Marcel Gauchet, *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002.

des *limites* à la volonté populaire, mais elles sont en même temps les *conditions de formation* de cette volonté. C'est ainsi que l'on peut traduire que le rapport entre démocratie et État de droit n'est pas seulement négatif, mais aussi positif. Ce rapport est sans doute un rapport de *tension*, mais pas un rapport de pure et simple *opposition*, à quoi le réduit Schmitt.

Or, ce rapport de tension – et ici l'on touche à la pointe du problème démocratique moderne – n'est pas une difficulté pour la démocratie qu'il s'agirait de surmonter ou d'éliminer. Ce rapport de tension entre État de droit et démocratie est le problème fondamental d'une politique moderne de la liberté. Tout le propos qui précède entend montrer qu'il s'agit là, tout à l'inverse, du rapport *constitutif* de cette démocratie et que donc, l'éliminer, le surmonter, cela signifie détruire la démocratie, ses conditions, son cadre, la « *constitution* » démocratique.

Le populisme qui nourrit les visions et les réalités des « démocraties illibérales » est très précisément l'idéologie qui fait croire que cette tension pourrait être résolue, supprimée. Comme le dit Böckenförde dans son langage hégélien : La conception immédiate-identitaire de la démocratie « laisse supposer que la scission est d'emblée résolue par la décision du peuple immédiatement présent ». À l'inverse, la conception représentative de la démocratie maintient ouverte la question de la scission dans la mesure où « la représentation démocratique se conçoit comme un processus dialectique du groupe avec lui-même. »

Le populisme et la « démocratie illibérale » partent du principe selon lequel le groupe, la collectivité politique serait toujours déjà réconciliée avec elle-même. Sa tendance est donc à mépriser les processus, les procédures, les formes : elle masque cela que Böckenförde appelle la *Formung*, la mise en forme de la volonté populaire, c'est-à-dire le fait que l'expression d'une volonté démocratique présuppose l'existence d'un cadre normatif, juridique, autrement dit que l'État démocratique a pour condition l'État de droit.

C'est pourquoi lorsqu'ils parviennent à prendre le pouvoir les démocrates illibéraux tendent fâcheusement à museler leurs opposants, à contrôler les médias et à transformer le processus de leur propre élection en l'événement rituel par lequel, à intervalles réguliers, le démos acclame son chef charismatique. L'on substitue ainsi aux logiques de la représentation la logique, toute différente, de l'incarnation.

Or c'est bien le tableau de la démocratie selon Schmitt, qu'on trouve dans la *Théorie de la constitution* et, de façon, plus crue et plus brutale, dans *Légalité et légitimité*. L'idéal de la démocratie identitaire d'un Schmitt tient en ce moment de l'acclamation publique de son chef charismatique par le peuple. On voit d'ailleurs dans le tableau qu'en fait cet auteur, *avant la prise du pouvoir par Hitler* et son clair engagement nazi, combien la logique hégélienne de l'*Entzweiung* est évacuée : le symbole de la fausse démocratie, du système représentatif bourgeois, c'est l'isoloir et donc le principe du vote secret. En effet, dans l'isoloir, c'est l'homme privé qui s'exprime et non le citoyen et c'est ainsi que dans l'isoloir se joue, selon Schmitt, tout le fantasme bourgeois de la dépolitisation : ce qui est proprement politique devrait être public. En effet, dans la scène de l'acclamation publique du chef, la

question de la médiation entre le privé et le public, la société et l'État, la question de la scission ne se joue pas.

En vérité le secret du vote n'est pas la garantie mais la condition de possibilité que ce réalise ce processus dialectique de médiation entre l'État et la société civile.

10. CONCLUSION

Je me suis efforcé de proposer quelques arguments qui soient, je l'espère, un peu pertinent, pour défendre l'idée selon laquelle un concept rationnel ou même seulement raisonnable de la démocratie moderne doit être pensé dans sa relation à l'idée d'État de droit. Il ne s'agit pas ici de penser un concept pur, en soi et pour soi de la démocratie, mais la démocratie dans les conditions de la politique moderne, de ce que, renvoyant à Hegel, Böckenförde nomme le problème de la « scission ».

C'est à partir de ce problème que Böckenförde montre que la démocratie moderne ne peut qu'être représentative. Or, si l'on reprend la pensée classique de la représentation, on peut et doit lui donner une dimension beaucoup plus large que la simple existence parmi les pouvoirs constitutionnels d'assemblées élues, ce à quoi on la réduit trop vite aujourd'hui. La représentation signifie, ramenée à son principe, l'ensemble du système de médiation en lequel se joue ce que Böckenförde appelle le « processus dialectique du groupe avec lui-même ».

En passant, par d'autres voies intellectuelles, c'est aussi une thèse de Kelsen que de dire que la démocratie moderne ne peut qu'être pensée dans l'ordre de la représentation⁴². J'ai préféré suivre le chemin hégélien de Böckenförde. Mais qu'on choisisse Böckenförde ou Kelsen, on se retrouve nécessairement aux antipodes de la conception « immédiate-identitaire » qu'a défendue, de manière particulièrement puissante, Carl Schmitt : la thèse qui en résulte est celle de l'opposition radicale entre État de droit et démocratie.

La représentation est le principe fondamental de l'État de droit puisque, correctement entendue, représentation signifie le système de mise en forme nécessaire à l'expression de la volonté politique d'un peuple, et que toute mise en forme d'un processus collectif signifie mise en normes de procédures et garanties substantielles et formelles des conditions de ce processus.

Si, contrairement, à l'idéologie schmittienne de la démocratie, qui exprime véritablement la pensée populiste la plus contemporaine, la démocratie présuppose du droit, si elle n'émerge pas spontanément d'un pur « néant normatif », alors l'État de droit, qui pose certes des limites à l'expression populaire est en même temps condition de cette expression. C'est cette relation de tension que Böckenförde nous invite à penser. En le suivant, autant qu'en suivant Kelsen, on en conclut que l'expression « démocratie illibérale » désigne une autocratie qui ne dit pas son nom et qu'il ne s'agit que d'un nombreux oxymore idéologique.

⁴² Hans Kelsen, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, trad. fr., Paris, Économica, 1988.

Ces considérations n'apportent toutefois aucune solution au problème, sans doute aporétique, de la fondation éthique de la démocratie. C'est ce qu'exprime, on ne peut mieux, le très célèbre paradoxe de Böckenförde, selon lequel l'État démocratique, libéral et sécularisé « vit sur la base de présupposés qu'il n'est pas lui-même capable de garantir »⁴³.

SAŽETAK:

DEMOKRATSKA VLADAVINA PRAVA

Rad analizira odnos između demokracije i vladavine prava u suvremenim europskim državama te upozorava na opasnosti populizma i takozvane „neliberalne demokracije“. Autor kritizira ideju da se prava demokracija može ostvariti neposrednim izražavanjem volje naroda bez institucionalnih ograničenja. Takav pristup povezuje s političkom teorijom Carla Schmitta, koji demokraciju suprotstavlja liberalizmu i vladavini prava. Prema toj koncepciji, narod bi trebao djelovati kao jedinstvena i homogena cjelina, što može dovesti do autoritarnih oblika vlasti. Posebna se pažnja posvećuje teoriji Ernsta-Wolganga Böckenfördea, koji smatra da moderna demokracija može opstati samo kao predstavnička demokracija. Demokracija nije moguća bez pravnih procedura, institucija i mehanizama kontrole vlasti. Čak ni izravni oblici demokracije, poput referenduma, ne predstavljaju neposrednu volju naroda jer su uvijek oblikovani pravilima, procedurama i političkim posredovanjem. Tekst također naglašava da vladavina prava nije suprotnost demokraciji, nego njezin nužan uvjet. Neovisno sudstvo, podjela vlasti i zaštita temeljnih prava omogućuju stabilnost demokratskog sustava i sprječavaju zlouporabu političke moći. Demokracija i pravna država nalaze se u trajnom odnosu napetosti, ali upravo ta napetost štiti slobodu pojedinca i pluralizam društva. Također, u radu se ističe da populističke i „neliberalne“ demokracije nastoje ukloniti ograničenja vlasti i prikazati narod kao potpuno jedinstven subjekt. Time se potiskuju politički pluralizam, javna rasprava i institucionalne garancije slobode. Moderna demokracija zato ne može postojati bez predstavništva, pravnih normi i vladavine prava.

⁴³ Böckenförde, « La naissance de l'État, processus de sécularisation », *op. cit.*, p. 117.

Dr. sc. Arsen Bačić*

Dr. sc. Petar Bačić**

O AKTUALNIM PARADIGMAMA JAVNOG PRAVA KAO KATALIZATORIMA ODNOSA USTAVNOG I UPRAVNOG PRAVA

UDK: 342 : 342 . 9

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: 15. 10. 2016.

U tekstu se prikazuju neke nove *paradigme* koje najizravnije ukazuju na organsku i vitalnu vezu ustavnog i upravnog prava unutar kompleksa javnog prava. Stajalište autora je da primjeri “vladavine” (*governance*), “administrativnog konstitucionalizma” (*administrative constitutionalism*), zatim “libertarijanskog administrativnog prava” (*libertarian administrative law*)... demonstriraju dinamični proces artikulacije suvremenog javnog prava i njegove adaptacije političkom procesu suvremene države i njenim transgraničnim asocijacijama. Iako su navedene i druge paradigme još daleko od konačnih odgovora, evidentna je i neporeciva praksa da upravo one pokazuju permanentno nastojanje ustavnodemokratske države ka usavršavanju. U tom smislu navedene paradigme uvijek upućuju na postojanje cjelovitog državnopravnog procesa detekcije i rješavanja određenih pitanja. Zato ustavno-zakonodavna obrada temeljnih ustavnopolitičkih pitanja i problema, njihovo administrativno procesuiranje te sudbena detekcija i rješavanje stalno ukazuju na potrebu za unutrašnjim integritetom i koherencijom javnopravnog kompleksa države i prava.¹

Ključne riječi: *javno pravo, ustavno pravo, upravno pravo, paradigme javnog prava, upravljanje, administrativni konstitucionalizam, libertarijansko ustavno pravo*

1. Uvodna napomena; 2. Struktura javnog prava; 3. *Ius Publicum Europaeum*; 4. O novim paradigmama u javnom pravu; 5. O pojmu upravljanja (*governance*); 5.1. Peter Lindseth o suprostavljanju administrativnog i ustavnog upravljanja u Europi; 6. O pojmu administrativnog konstitucionalizma; 6.1. O razlozima administrativnog konstitucionalizma kod Elizabeth Fischer 7. O pojmu libertarijanskog administrativnog prava; 8. Zaključak.

* redoviti profesor Ustavnog prava u trajnom zvanju

** izvanredni profesor Ustavnog prava, Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

¹ Tekst je pripremljen kao zajednički rad za znanstveni skup HRVATSKO-FRANCUSKI UPRAVNOPRAVNI DANI / JOURNÉES JURIDIQUES ET ADMINISTRATIVES FRANCO-CROATES, 10. godina / 10ème année – Split, 15. i 16. rujna / septembre 2016. « Upravno pravo danas », « Le droit administratif aujourd’hui ». Rad je na skupu izlagao P. Bačić

1. UVODNA NAPOMENA

Na popisu standardnih tema tradicionalnog i modernog političkog i pravnog diskursa, *odnos ustavnog i upravnog prava* bio je i ostao katalizator statusa i relevancije suvremenog javnog prava. Kao skup pravnih pravila koja se odnose na državu javno pravo u cjelini upućuje na temeljna pitanja formiranja vlasti, ovlasti njenih institucija te granica odvijanja državnih akcija. Kao dva najznačajnija elementa javnog prava ustavno i upravno pravo su, osim svojih posebnostima, obilježeni i nizom međusobnih preklapanja. Dok se ustavno pravo bavi temeljima, formiranjem okvira državne vlasti, ovlastima njenih institucija te osiguravanjem temeljnih ljudskih prava i građanskih sloboda, upravno pravo kao svojevrsna “posluga države” upravlja organizacijskom i aktualnom operacijom institucija vlasti i javnih tijela.² Ustavno pravo se je oduvijek bavilo “cjelinom slike” i “velikim pitanjima”, pa se je stoga s pravom zaključivalo da mu je oduvijek pripadao “lavljí dio” pažnje javnosti i akademskog interesa. Upravo je ta grana prava otvarala najvažnije rasprave moderne demokracije. Ustavnim pravom doista se odlučuju najvažnija društveno politička pitanja (*Politics of Principle*),³ što pokazuje i širenje konstitucionalizma danas u svijetu. Zahvaljujući valovima demokratizacije i afirmaciji komparativnog prava nekada dominantni interes za privatno pravo počinje se sve više otvarati i zanimanju za studij ustava i ustavnog prava.⁴

S druge strane, upravno pravo je kao dio javnog prava uvijek odrađivalo praktične, manje “glamurozne” aspekte državnog djelovanja – stvaranje njenih institucija, načine njihovog djelovanja i kontrole. No, suvremena država je upravo u tim aspektima iskusila široku ekspanziju: sve je veći broj državnih službenika, sve je više javno financiranih agencija koje dobijaju sve brojnije i sve važnije javne ovlasti. Za suvremene upravne pravnike pravi izazov leži u otkrivanju svrhe i smisla te svekolike ekspanzije: zadatak se sastoji u identifikaciji agencija, razumijevanju njihovih funkcija, jasnom definiranju njihovih ovlasti te osiguranju mehanizama kontrole kako bi se zaštitilo građane od zloupotrebe diskrecijskog odlučivanja i netransparentnog trošenja javnih sredstava. Riječ je o analitički složenim pitanjima

² G. Seidman, PUTTING THE STUDY OF ADMINISTRATIVE LAW WHERE IT BELONGS – FRONT AND CENTER, *Int'l Journal of Constitutional Law and ConstitutionMaking. Blog*, Aug. 23, 2014, available at: <http://www.iconnectblog.com/2014/08/article-review-guy-seidman-on-giulio-apolitanos-conflicts-and-strategies-in-administrative-law>; S. P. Naidu, PUBLIC ADMINISTRATION: CONCEPTS AND THEORIES, *New Age International*, 2005., p. 328

³ T. Roux, THE POLITICS OF PRINCIPLE – The First South African Constitutional Court, 1995-2005, Cambridge University Press, 2013, p. 433

⁴ G. Napolitano, Conflicts and strategies in administrative law, *I•CON* (2014), Vol. 12, No. 2, p. 357–369; J. J. Hesse and N. Johnson (eds.), *Constitutional Policy and Change in Europe*, Clarendon Press, Nuffield European Studies, Oxford University Press, 1995, p. 445; A. von Bogdany, J. Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Clarendon Press, 2011, p. 856; T. Ginsburg, *Comparative Constitutional Design*, Cambridge University Press, 2014, p. 406; A. von Bogdany, *Comparative Constitutional Law as a Social Science? A Hegelian Reaction to Ran Hirschl's Comparative Matters* (April 11, 2016). *Der Staat*, 55 (2016), p. 103–115; Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2016-09; available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2773738>

od ogromne praktične važnosti. Zato je istraživanje cijelog niza različitih područja potaklo pravi uzlet novog upravnopravnog mišljenja.⁵

U našem tekstu ukazujemo na neke nove *paradigme* koje najizravnije ukazuju na organsku i vitalnu vezu ustavnog i upravnog prava u okviru javnog prava.⁶ Pod paradigmama podrazumijevamo

deskripciju našeg političkog svijeta i načina kako on djeluje... one nam daju mentalne slike onoga što promatramo u političkom životu i što od njega očekujemo... Utjecaj slika ili tema nije samo u onome što očekujemo ili u onome što vidimo, već i u onome što tražimo ili afirmiramo.⁷

⁵ W. Gellhorn and C. Byse, ADMINISTRATIVE LAW, CASES AND COMMENTS, Brooklyn, N.Y.: The Foundation Press, Inc., 1960. Pp. lxxi, 1256.; C. Harvey, Modern Controversies in Public Law Scholarship, 27 *Cambrian L. Rev.* 81, 1996; T. Ginsburg, WRITTEN CONSTITUTIONS AND THE ADMINISTRATIVE STATE: ON THE CONSTITUTIONAL CHARACTER OF ADMINISTRATIVE LAW, November 2010, *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*: <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html> and The Social Science Research Network Electronic Paper Collection.

⁶ Brojne su definicije javnog prava. (1) Francusko pravo: 1.1. O. Duhamel i Y. Mény u Dictionnaire CONSTITUTIONNEL, PUF, Paris 1992., nemaju odrednicu "Droit Public". 1.2. Dictionnaire DE LA TERMINOLOGIE DU DROIT INTERNATIONAL kojega je 1960. pod patronatom *Union Académique Internationale* objavio Sirey govori o *droit public* i *droit public européen*, ali se tamo DP definira jedino pod svjetlom međunarodnog prava. 1.3. Za M. Duvergera sadržaj javnog prava (*droit public*) uključuje sljedeće: "L'évolution des institutions politiques françaises depuis 1789; Les Révolutions (1789-1870); Les Républiques parlementaires (1870-1958); Les institutions politiques actuelles; Les citoyens : élections et référendums; Les gouvernants; Le Parlement; Les organes juridictionnels et consultatifs; Les libertés publiques; Les fondements des libertés publiques; La réglementation des libertés publiques; Les institutions administratives; Les autorités administratives; Les juridictions administratives; La fonction publique; Les institutions financières; Le budget de l'Etat; Le système fiscal." v. M. Duverger, *Éléments de droit public*, PUF, Paris 1957, p. 457. 1.4. U francuskoj literaturi se pod DP redovito smatra "skup pravnih propisa koji uređuju organizaciju i funkcioniranje države, administraciju, teritorijalne kolektivitete i institucije koje su povezane s državom (pravne/moralne/osobe javnog prava) te njihove odnose s privatnim osobama. Javno pravo zahvaljujući specifičnim prerogativima javne vlasti brani opće interese. Ono se nalazi s druge strane privatnog prava koje uređuje odnose između privatnih osoba (fizičkih i pravnih/moralnih). Potonju artifičijelnu klasifikaciju koju pravo ne predviđa uveli su na sveučilištima prije svega u deskriptivne svrhe. Javno pravo pokriva više domena: ustavno, upravno, porezno pravo, javne financije, međunarodno pravo..." Usp. http://www.toupie.org/Dictionnaire/Droit_public.htm. (2) Angloameričko pravo. 2.1. U Black's Law Dictionary javno pravo se definira kao: "pravo koje pokriva administraciju, ustav i kaznene radnje. Ono kontrolira djelovanje između građana države i nje same. Ono pokriva djelatnost države i njenu strukturu. Usp. Law Dictionary: What is PUBLIC LAW? definition of PUBLIC LAW (Black's Law Dictionary), <http://thelawdictionary.org/public-law/>; 2.2. "Javno pravo je područje ustavnog, upravnog, kaznenog i međunarodnog prava koje se fokusira na organizaciju države, odnose između države i njenih građana, odgovornosti državnih službenika, te odnose između bliskih država. Ono se brine o političkim pitanjima, koja uključuju vlast, prava, kapacitete i dužnosti različitih razina vlasti i državnih službenika. Javno pravo odnosi se na radnju koja se primjenjuje javnost općenito, za razliku od privatnog prava koje se odnosi na privatna osoba prava, dužnosti i odgovornosti." <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/constitutional>; Usp. još i I. Padjen, PUBLIC LAW AND PRIVATE LAW: TRANSFER OF LEGAL THEORIES, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol. 44 No. 3-4., Prosinac 2007.; L. Ehrlich, Comparative Public Law and the Fundamentals of Its Study, *Columbia Law Review*; Vol. 21, No. 7 (Nov., 1921), pp. 623-646; V. C. Jackson, Paradigms of public law: transnational constitutional values and democratic challenges, 8 *Int'l J. Const. L.* 517 2010; S. Humphreys, Law and New Governance in the EU and the US by G. De Burca & J. Scorr (eds), Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006, 434 pp, ISBN 1-84113-543-7, *JCLQ* vol 56, July 2007 pp 725-736]

⁷ J. L. Mashaw, GREED, CHAOS, AND GOVERNANCE: USING PUBLIC CHOICE TO IMPROVE PUBLIC LAW 1 (1997), cit. pr. Sidney Shapiro et al., THE ENLIGHTENMENT OF ADMINISTRATIVE LAW: LOOKING INSIDE THE AGENCY FOR LEGITIMACY, *Wake Forest Law Review*, Vol. 47, 2012, p. 467

Nakon kratkog uvida u strukturu javnog prava, te eksplikacije fenomena koji se na području EU prava naziva *Ius Publicum Europaeum*, ukazat ćemo na primjere onih složenih pojava koje su po našem mišljenju poligon suvremene rekonstrukcije korelacije i kooperacije ustavnopravne i upravno-pravne teorije i prakse. Riječ je dakle o živom procesu obnove dviju temeljnih komponenti javnog prava u kojemu se ono i dalje iskazuje kao jedan nadasve dinamičan predmet koji novim vokabularom i strukturom omogućuje upravljačima diljem svijeta da u međusobnoj komunikaciji i otvorenoj migraciji ustavnih ideja traže rješenja manje ili više istovrsnih problema.⁸ Evidentno je da je upravo takva suradnja potaknula rješavanje mnogih kritičnih pitanja ustavnog i upravnog prava. Iako su ona još daleko od konačnih odgovora, evidentna je praksa ustavnodemokratske države da u procesu ustavno- zakonodavne i sudbene detekcije i obrade ustavnopolitičkih pitanja permanentno usavršava brojne i različite administrativne postupke. Naše je stajalište da nam upravo primjeri “vladavine” (*governance*), “administrativnog konstitucionalizma” (*administrative constitutionalism*), zatim “libertarijanskog administrativnog prava” (*libertarian administrative law*), demonstriraju dinamični proces artikulacije i adaptacije suvremenog javnog prava političkom procesu suvremene države i njenim transgraničnim asocijacijama.⁹

2. STRUKTURA JAVNOG PRAVA

U knjizi *Constitutions and political theory* **Jan-Erik Lane** (1996) podsjeća na dvije temeljne perspektive položaja javnog prava diljem svijeta. Riječ je o razlici između “normativističkog” odnosno “funkcionalističkog” stila. Prvi je povezan s konstitucionalizmom, dok je drugi povezan s perspektivom vlasti. I jedan i drugi stil javnog prava mogu se istraživati koliko s povijesnog toliko i sa sistemskog stajališta. Za **Martina Loughlina**

normativistički stil u javnom pravu potiče iz uvjerenja u ideal diobe vlasti i potrebe subordinacije države pravu... S druge strane, funkcionalistički stil u javnom pravu, na pravo gleda kao dio državnog aparata. Fokusiran na regulativne i potpomagačke funkcije taj se stil orijentira na ciljeve i rezultate te usvaja instrumentalistički pristup socijalne politike.¹⁰

⁸ Izuzetan doprinos istraživanju suvremenog javnog prava u svim njegovim dimenzijama daju Armin von Bogdany i ekipa istraživača s *Max Planck Instituta za komparativno i međunarodno javno pravo* iz Heidelberga (Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg). Više v. na <http://www.mpil.de/en/pub/research/areas/comparative-public-law/ius-publicum-europaeum.cfm#project>

⁹ C. Saunders, CONSTITUTIONAL CATALYST: DIFFERENT PATHS WITHIN AUSTRALASIAN ADMINISTRATIVE LAW, *New Zealand Journal of Public and International Law*, Vol. 10, No. 2, 2012, p. 143-165

¹⁰ Jan Erik Lane se zapravo poziva na M. Loughlinovu knjigu *Public Law and Political Theory*, Clarendon Press, 1992, p. 304; usp. J.E. Lane, *CONSTITUTIONS AND POLITICAL THEORY*, Manchester University Press, 1996, p. 146 et passim

U zbilji ipak javno pravo ima obje komponente: *legalitet* i *vlast*. S jedne strane postoji grupa pravila koja regulira odnos između građana i države, ovdje se građani suprostavljaju državi. S druge strane postoji grupa pravila koja ovlašćuje državu da u odnosima prema svojim građanima (stanovništvu) i strancima utvrđuje dužnosti i ovlasti. Komentirajući Loughlina Lane ističe mogućnost tenzije između normativističkog i funkcionalističkog stila kao izraza konflikta između negativne i pozitivne slobode. Kada institucije javnog prava ciljaju zaštitu ljudskih prava kao negativnih sloboda, onda se poseže za normativističkim stilom kako bi se postavile granice mogućim državnim radnjama. Funkcionalistički stil se koristi onda kada je cilj države potaknuti pozitivne slobode. Liberalno nastrojeni pisci (**F. Hayek**, **M. Oakeshott**) koji su zazirali od velikog javnog sektora uglavnom su favorizirali normativistički stil, dok su “kolektivisti” (**H. Laski**, **L. Duguit**) podržavali funkcionalistički stil. Međutim, ustavna demokracija u svojem javnom pravu traži integraciju oba stila.

Nomativistički i funkcionalistički pristup javnom pravu temelje se na dvije različite filozofije pravnog poretka. Razlike između tih dviju perspektiva mogu se pratiti u brojnim i dubokim raspravama o državi i društvu tijekom čitavog 20. stoljeća. U djelima *The Constitution of Liberty* (1990) i *Law, Legislation and Liberty* (1982) F. v. Hayek polazi od pretpostavke da se pravni poredak sastoji od dvije različite grupe pravila (*nomos* i *thesis*). Prva grupa pravila (*nomos*) se izjednačuje sa spontanom poretkom, u kojemu institucije nastaju postupno u jednom evolutivnom i adaptirajućem procesu. Drugu grupu (*thesis*) čini legislativa tj. zakonska pravila koja donosi parlament. Hayekov argument je da su pravila *nomosa* superiorna pravilima *thesisa* i to zato jer potonja uključuju sve poteškoće inherentne racionalnom stvaranju. Sličnu je teoriju Hayek već izražavao u djelu *The Road to Serfdom* (1944) u kojemu se žestoko obrušavao na mogućnost planiranja.¹¹

Ponešto drugačiju razliku navodio je **M. Oakeshott** u knjizi *On Human Conduct* (1975) u kojoj se je fokusirao na dvije različite interpretacije temeljne uloge države. Na jednoj strani postoji država kao *societas* ili asocijacija građana, a na drugoj strani postoji država kao *universitas* ili poduhvat upravljanja. Država koja je orijentirana prema modelu *societasa* predstavlja asocijaciju koju na okupu drže impersonalna pravila koja reguliraju načine prema kojima različiti interesi jednakih članova društva mogu biti u interakciji radi zajedničke dobrobiti. Država koja je bazirana na temelju modela *universitasa* je asocijacija koja ima zajedničku svrhu, ali da bi se ta zajednička svrha ispunila država traži od građana realizaciju posebnih uloga. **J.E. Lane** zaključuje da Hayek i Oakeshott sagledavaju rast države u zemljama s naprednom ekonomijom (Zapadna Europa) kao pobjedu jednog modela (*thesis/universitas*), premda bi u stvarnosti s političkog ili moralnog stajališta drugi model bio superiorniji (*nomos/societas*).

Sasvim je drugačija evaluacija rasta države **Harolda Laskija**, koji je u *Političkoj gramatici* (1925) tvrdio da “radna teorija države mora zapravo biti začeta u administrativnim pojmovima”. Međutim, stvaranje i primjenu upravnog prava Laski

¹¹ Usp. J.E. Lane, op. cit. 146 et passim

nije branio odbijanjem Hayekovog uvjerenja u spontani poredak ili Oakeshottove vjeru u asocijaciju građana; Laski je pravni poredak prije vidio u bliskoj povezanosti s društvenim snagama, za koje je legislativa igrala posebnu ulogu jer je imala glavnu ulogu u njihovom izražavanju. Takav je pristup javnom pravu implicirao premošćivanje jaza između *nomosa* i *thesisa*. Upravno pravo koje je omogućavalo delegirano zakonodavstvo i birokratsku diskreciju pojednostavnjuje procese promjena u društvu i time reagira na potrebe građana. To je nužnost u društvu koje sačinjavaju brojne grupe koje su međusobno u različitim i složenim odnosima.

Različite funkcije javnog prava (ograničavanje države - omogućavanje aktiviranja države u različitim aktivnostima) kao njegova dva lica mogu se izmiriti samo do određene mjere. No, to je prije svega posljedica spoznaje da orijentacija javnog prava s obzirom na normativistički i funkcionalistički stil uvijek reflektira postojeće političke vrijednosti. Aktualna orijentacija u zemljama s naprednom ekonomijom i demokratskim političkim sustavom pokazuje da ekspanzija javnog prava znači ujedno i daljnje učvršćivanje veze između ustavnog i upravnog prava. Jer,

...administrativno pravo počinje u ustavnom pravu, a završava sveobuhvatnom regulativom položenom u sredstvima delegiranog zakonodavstva (...) njegov je konačni cilj osigurati legalnost aktivnostima javnog sektora.¹²

Pokazat ćemo kasnije da isti cilj imaju i novi instrumenti u teorijskom arsenalu modernog javnog prava kao što su *vladavina*, *administrativni konstitucionalizam* te *libertarijansko administrativno pravo*.

3. IUS PUBLICUM EUROPAEUM

Na organsku povezanost ustavnih i upravnih elemenata javnog prava i njihovu transformaciju u izmijenjenom kontekstu nacionalnog i međunarodnog pravnog poretka posebno ukazuje A. *von Bogdany* u aktualnim istraživanjima “strukturne transformacije javnog prava” te okvira “*ius publicum europeum*”.¹³ U prvom setraži rekonstrukcija i kritička evaluacija strukturalnih promjena u normativnim odnosima javnog prava. Socijalni i politički okvir unutar kojega je situirano javno pravo sve više determiniraju institucije, akteri, prostor i oblici djelovanja izvan države nacije. U tom prijelazu pojavljuje se fundamentalno nova konstelacija javnog prava.

¹² D. Foulkes, *ADMINISTRATIVE LAW*, London, 1990, p. 1., cit. pr. J.E. Lane, op. cit., p. 151

¹³ A. v. Bogdany, *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW: A CONTESTED DOMAIN*, u *THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW*, Oxford, 2012, p. 25-37; A. v. Bogdany, *IUS PUBLICUM EUROPAEUM*, <http://www.mpil.de/en/pub/research/areas/comparative-public-law/ius-publicum-europaeum.cfm>; A. v. Bogdany, *STRUCTURAL TRANSFORMATION OF PUBLIC LAW*, <http://www.mpil.de/en/pub/research/areas/structural-transformation.cfm>; M. Koskenniemi, *THE PUBLIC LAW OF EUROPE, Reflections on a French 18th century Debate*, Published in: H. Lindemann et al., *Erzählungen vom Konstitutionalismus*, Baden-Baden, Nomos, 2012, p. 43-73; <https://www.google.hr/search?q=Mariti+Koskenniemi%2C+THE+PUBLIC+LAW+OF+EUROPE+%2C+REFLECTIONS+ON+A+FRENCH+18TH+CENTURY+DEBATE&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b-ab&gferd=cr&ei=sPK1V8T5Lamh8weQ8ozIBw>; L. Jokubaitis, *Carl Schmitt and the Future of Europe*; <http://www.telospress.com/carl-schmitt-and-the-future-of-europe/>

Ustavni i upravni zahtjevi radikalno su se izmijenili. Bogdany stoga smatra da se transformacija javnog poretka mora konceptualno shvatiti i ponovno procjenjivati s obzirom na svoju efikasnost i legitimnost. U tom smislu njegova istraživanja propituju javnopravne dimenzije te jedne šire normativno strukturne transformacije. Fokus na strukturu privlači pažnju na same temelje, dakle dinamične odnose koji postoje između zahtjeva, oblika i granica javnog prava. Važni aspekti postojeće dinamike uključuju procese internacionalizacije i supranacionalizacije, promjenjive odnose između javnog i privatnog, kao i promjene u načinu usvajanja, implementacije i interpretacije javnopravne norme. Takvi brojni i multivalentni procesi su prije svega interesantni kao elementi javnopravne strukturalne transformacije. Posebno su pritom interesantni uloga, oblik i sadržaj načela javnog prava, koji se unutar doktrinarnog i institucionalnog okvira orijentiraju prema dijalektičkom jedinstvu i razlici. Pozivajući se na **Jürgena Habermasa** (*Structural Transformation of the Public Sphere*, 1962) koji je obnovio interes za javnu sferu, i Bogdany izražava uvjerenje kako ostvarivanje “vibrantne javne sfere” predstavlja suštinsko dobro. U tom se prostoru pravo može razumjeti jedino u odnosu na drugi normativni i empirijski razvoj.¹⁴

Poseban interes A. von Bogdany posvećuje *ius publicum europaeum* (IPE) u smislu analize javnog prava u europskom pravnom području. Za IPE se ističe da se ne radi samo o rezultatu posebnog europskog pravnog poretka, već i o dugogodišnjoj horizontalnoj i vertikalnoj europeizaciji nacionalnih pravnih sustava. IPE oblikuju prava država članica i pravo EU promovirajući tako priznavanje različitih pravnih porijekla te njihovu komparativnu analizu i razvoj.¹⁵

Prema projekciji A. v. Bogdanya izvor i okvir razvoja novog europskog javnog prava čini europska integracija kao europski pravni prostor. *Ius publicum europaeum* zapravo je javnopravni aspekt pravnog područja izgrađen od prava EU i prava njenih država članica, kao i nekih drugih pravnih izvora. Njegov utjecaj pritom nadilazi granice EU. Kvaliteta IPE-a zavisi ustvari od općeg razumijevanja prava drugih

¹⁴ J. Habermas, *Habilitation, Structural Transformation of the Public Sphere*, The MIT Press, Massachusetts, 1991, http://pages.uoregon.edu/koopman/courses_readings/phil123-net/publicness/habermas_structural_trans_pub_sphere.pdf

¹⁵ M. Koskenniemi napominje da je “izraz *Ius publicum europaeum* – ‘Javno pravo Europe’... poznat... kao naslov polemičke analize Carla Schmitta o teritorijalnom poretku kojemu je središte bilo u Europi između 16. i 19. stoljeća. No, kao produkt i kritika toga poretka izraz potječe iz Francuske gdje je u upotrebu došao u 18. st. kao naslov zbirke ugovora između europskih zemalja nakon Westphalijskog mira do sredine 18. st. (*Droit Public de l'Europe* (1746) Abbe Gabriel Bonnot de Mablya)”. Usp. M. Koskenniemi, *THE PUBLIC LAW OF EUROPE - Reflections on a French 18th century Debate*, Published in: Helena Lindemann et al. *Erzählungen vom Konstitutionalismus* (Baden-Baden, Nomos 2012), 43-73. Problematiku *ius publicum europaeum* suvremena pravna literatura ipak uglavnom nadograđuje svojim interpretacijama znamenite knjige Carla Schmitta *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europaeum* iz 1950. U njoj je Schmitt pokazao da “je slabljenje suverene države koja je gotovo 400 godina bila temelj eurocentričkog poretka međunarodnog prava došlo kao rezultat nestanka kvalitativne razlike između države i društva nakon 1848. godine. To je signaliziralo nastupanje kraja međunarodnog poretka, *ius publicum Europaeum*, koji se počeo raspadati krajem 19. stoljeća. Međunarodni odnosi gubili su svoj eurocentrički karakter kao rezultat uspona Rusije i SAD kao supersila i internacionalizacije ekonomije.” J. J. Reilly, Carl Schmitt, *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europaeum*. Translation & Introduction by G. L. Ulmen. Telos Press Publishing, 2006., *Comparative Civilizations Review*, <https://journals.lib.byu.edu/spc/index.Php/CCR/article/viewFile/13026/12889>

država od strane onih praktičara i teoretičara koji bi trebali djelovati zahvaljujući zajedničkim umijećima, te znanju koje počiva na zajedničkim vrednotama. Oni bi pritom u ozračju nove perspektive europskog pravnog područja trebali adaptirati i razviti svoj respektivni javnopravni *acquis*. Tako pravna usporedba u svjetlu europskog pravnog područja postaje zadatak našeg vremena.¹⁶

Zaključujući da europski komparativni doktrinarni diskurs može “destilirati pravne argumente opće upotrebe”, A. v. Bogdany komparaciju kao izvor doktrinarnog konstruktivizma na području javnog prava ne ograničava samo na europsko pravno područje. Njegove specifičnosti postaju utoliko izraženije ukoliko se otvaraju prema komparativnom konstitucionalizmu na globalnoj razini.¹⁷ Tako se prema A. v. Bogdanyu *javno pravo* - a sve zahvaljujući procesima europeizacije i internacionalizacije nacionalne države - ne može više razumjeti isključivo oslanjajući se na nacionalno javno pravo, dakle ono pravo kojemu je primarni izvor u nacionalnom ustavu. Ono bi prije svega trebalo

...uzeti u obzir EU pravo, međunarodno javno pravo i komparativne pravne inovacije, prije svega one koje dolaze od članica EU. Drugim riječima, javno pravo se sada treba osmisлити kao javno pravo *tout court*, pravo koje dolazi iz međunarodnih, supranacionalnih i domaćih izvora i institucija. Ta situacija modificira raspon primjene temeljnih načela nacionalnog ustava i ima utjecaj na njihovu važnost, utoliko što se njihovo tumačenje i razvoj treba ugraditi u supranacionalnoj, međunarodnoj i komparativnoj dimenziji.¹⁸

Primjer Bogdanyevog okvira *novog europskog javnog prava* pokazuje svekoliki intenzitet otvorenih rasprava o njegovom predmetu i sadržaju, a one pritom predstavljaju jedan rukavac velikih pravnih rasprava koje se fokusiraju oko nekoliko točaka. Jedna se prije svega fokusira na pitanje da li se određena područja međunarodnog javnog prava u odnosu na druge aspekte tog prava mogu po svom karakteru identificirati kao “ustavna”; druga se rasprava bavi pitanjem jesu li međunarodno pravo ili neki njegovi aspekti “ustavni” vis-a-vis njihovog odnosa s ustavnim pravom nacionalne države ili nekim posebnim okvirom kao što je EU. Nema sumnje da su se ove rasprave prenijele i na odnos između ustavnog i upravnog prava u svim njegovim dimenzijama (supranacionalnoj, internacionalnoj i nacionalnoj). Na to upravo i ukazuju neke nove paradigme kao što su *governance* (vladavina), *administrative constitutionalism* (administrativni konstitucionalizam), *libertarian administrative law* (libertarijansko administrativno pravo), itd.¹⁹

¹⁶ A. v. Bogdany, IUS PUBLICUM EUROPAEUM, <http://www.mpil.de/en/pub/research/areas/comparative-public-law/ius-publicum-europaem.cfm>; A. v. Bogdany, European legal area – A manifesto, *International Journal of Constitutional Law* (I•CON), 10 (2012) 3, pp. 614-626; v. ‘Max Planck Handbooks of Public Law in Europe: Ius Publicum Europaeum’ published by Oxford University Press (OUP)’

¹⁷ A. v. Bogdany, COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW: A CONTESTED DOMAIN, u THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW, Oxford, 2012, p. 36

¹⁸ A. von Bogdandy, Common Principles for a Plurality of Orders-A Study on Public Authority in the European Legal Area, *Jean Monnet Working Paper* 16/14, NYU School of Law, New York, NY 10011; <http://www.jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/2014/12/JMWP16Bogdandy.pdf>

¹⁹ Vicki C. Jackson, Paradigms of public law: transnational constitutional values and democratic Challenges, *I•CON* (2010), Vol. 8, No. 3, p. 517-562

4. O NOVIM PARADIGMAMA U JAVNOM PRAVU

U nizu suvremenih država još je na djelu proces stvaranja, širenja i usavršavanja javnog prava. U prvoj fazi toga procesa počevši od završetka Drugog svjetskog rata pravo doseže razinu legalizacije i judicijalizacije u kojoj se snažno ističu načela vladavine prava i pravne zaštite temeljnih ljudskih prava. Ustavno pravo se je razumijevalo ne samo kao temeljno, već i kao najviše pravo unutar nacionalnog pravnog sustava u kojemu je ordinarno pravo crpilo svoju snagu iz ustavnog dokumenta. U drugoj fazi razvoja javnog prava nacionalne pravne sustave i njihovu teoriju radikalno transformiraju procesi europeizacije i internacionalizacije. Tradicionalnu sliku zatvorene, suverene države zamjenjuje ustavna odluka u pravcu "otvorene državnosti". Tu kopernikansku prekretnicu, kako je naziva **M. Kumm**, predstavlja odluka kojom nacionalni pravni sustav postaje pluralan: valjanost i korektno tumačenje pravnih pravila nije više određeno samo nacionalnim pravom, već i referencama glede drugih pravnih poredaka. **J.E.K. Murkens** napominje da

nacionalno javno pravo nije samo definirano ograničavajućim natjecanjem između "države" i "ustava", nego je ono situirano i obuhvatnim kontekstom dualne zavisnosti od nacionalnog ustavnog i Europskog prava.²⁰

Dvije su temeljne karakteristike procesa transformacije kroz koji prolaze europske države posljednjih pola stoljeća: *konstitucionalizacija* i *europeizacija*. U tom procesu transformacije političkog svijeta i njegovih jedinica pojavljuju se i nove ustavnopravne i upravopravne paradigme, a one nam omogućuju kognitivni okvir koji na

ultimativni način dopušta konceptualno rafiniraniji, moralno podesniji i empirijski daleko informativniji doprinos praksi nacionalnog i međunarodnog javnog prava.²¹

Taj doprinos predstavljaju između ostalog i paradigme vladavine, administrativnog konstitucionalizma, te libertarijanskog administrativnog prava, koje ukratko izlažemo u nastavku teksta.

²⁰ J. E. Khushal Murkens, *From Empire to Union: Conceptions of German Constitutional Law since 1871*, OUP, Oxford, 2013., p. 272

²¹ M. Kumm, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State*, u *Ruling the World?: Constitutionalism, International Law, and Global Governance* 258 (Jeffrey L. Dunoff and Joel P. Trachtman, eds.), New York: Cambridge University Press, 2009.

5. O POJMU *GOVERNANCE* (UPRAVLJANJE, IZVRŠAVANJE VLASTI, ILI VLADAVINA).²²

U terminološkom smislu pojam *governance* kao “nove političke strategije države u redefiniranju svoje uloge u društvu” te “intenzivni interes prava i političke znanosti za proces restrukturiranja i transformacije države u svjetlu vanjskih i unutarnjih promjena” predstavlja nadasve recentnu pojavu. Njeni oblici s početka osamdesetih godina 20. st. prije svega se mogu promatrati i kao alternativni izrazi kolektivnog interesa kojima se ne zamjenjuje već se dopunjuje potraga putem tradicionalnih, institucionalnih kanala. U tom smislu se ova pojava treba *prima facie* uzimati kao znak sposobnosti države na adaptaciju izvanjskim promjenama, a ne kao dokaz njenog slabljenja. Od početka 1980-ih *governance* se prije svega sagledava kao niz institucionalnih odgovora na brze promjene koje prate upravljanje odnosno izvršavanje vlasti u uvijek konkretnoj državnoj okolini.²³

Inače, učestalo korištenje pojma *governance* u smislu izvršavanja vlasti izravno je povezano s kritičnom ulogom tog procesa u određivanju društvenog blagostanja. Od strane čelnika Ujedinjenih naroda navodi se da je “dobro upravljanje možda i najvažniji faktor uklanjanja siromaštva i promocije razvoja”.²⁴ Ipak, narasli i aktualni interes za pojam upravljanja prije svega se vezuje uz *neoliberalne reforme* javnog sektora tijekom osamdesetih godina prošlog stoljeća.

Američki pisac *Martin Shapiro* zaključuje da je u suvremenoj literaturi o javnoj upravi i političkoj znanosti

riječ ‘upravljanje’ (*governance*) uvelike zamijenila riječ ‘vlada’ (*government*). Ta promjena u vokabularu upućuje na značajnu eroziju granica koje odvajaju ono što se nalazi unutar vlade i njene administracije te onoga što leži izvan

²² ČETVEROJEZIČNI RIJEČNIK PRAVA EU na <http://norma.digured.hr/rjecnik/uopce> ne sadrži pojam *governance*! EUdict, English Croatian Dictionary, na <http://www.eudict.com/?lang=engcro&word=governance> pojam *governance* prevodi kao: izvršavanje vlasti, nadvladavanje, uprava, upravljanja, upravljanje, upravu, vlast, vlašću; *collegial governance* kao kolegijalno upravljanje, *corporate governance* kao korporacijsko upravljanje, *managerial governance* kao menadžerijalističko upravljanje, *self-governance* kao samouprave, *structure of government* kao državna organizacija. U knjizi PRIDRUŽIVANJE HRVATSKE EUROPSKOJ UNIJI, Ur. K. Ott, Zagreb, 2004, autori pojedinih dijelova knjige, primjerice M. Badun uopće ne prevode pojam *governance* već ga koriste kao pojam na engleskom jeziku: jednostavno kao *governance*. Usp. Governance i javna uprava u kontekstu pridruživanja Hrvatske Europskoj uniji, str. 125-158; Slično je i kod Ivan Koprić et al., Upravna znanost – javna uprava u suvremenom europskom kontekstu, Studijski centar za javnu upravu i javne financije Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu i biblioteka Suvremena javna uprava, Zagreb 2014., str. 384; B. Smerdel pojam *governance* definira kao “upravljanje”. Usp. B. Smerdel, PARLAMENTARNI SUSTAV I STABILNOST HRVATSKOGA USTAVA - Slijede li nakon predsjedničkih izbora nove promjene ustrojstva vlasti? *Zbornik PFZ*, 60, (1) 7-44 (2010), str. 36, 38; Z. Lauc *good governance* definira kao dobru vladavinu: “Dobra vladavina je oblik dizajniranja vlasti u funkciji zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda, gdje se traga za sinergijom moraliteta, legitimiteta i legaliteta, kao i konstitucionalnog inženjeringa koji uključuje “odozdo” i “odozgo” oblikovanje države i društva. Znači traganje za optimalnim društvenim razvojem.” <http://www.pravos.unios.hr/katedra-ustavnih-i-politickih-znanosti/dobra-vladavina>

²³ Jon Pierre, *Debating Governance: Authority, Steering, and Democracy*, OUP, Oxford, 2000., p. 266

²⁴ K. Annan, cit. pr. *Principles for Good Governance in the 21st Century, Policy Brief No.15*; By John Graham, Bruce Amos and Tim Plumptre

njih. Naravno, države i njene upravne organizacije još uvijek donose kolektivne odluke, ali se danas baš svatko, ili barem potencijalno svatko, vidi kao sudionik u procesu kolektivnog odlučivanja.²⁵

Neoliberali smatraju da je država inherentno neučinkovita u usporedbi s tržištem kao regulatorom. Sugerirajući da je država nakon Drugog svjetskog rata u krizi zbog glomaznosti i neupravljivosti kolabirala pod teretom pretjeranog oporezivanja i zato generira ciklične etape sve teže inflacije, neoliberali zagovaraju njeno povlačenje iz izravnog servisiranja građana. Država kakva je nastala nakon rata je više neodrživa, posebno u uvjetima koje obilježava visoka pokretljivost kapitala i nesmiljena utakmica između država. Zato neoliberali državne javne servise žele zamijeniti poduzetničkim sistemom utemeljenim na natjecanju i tržištu. Istaknuti zagovornici ove politike razlikuju između aktivnosti donošenja političkih odluka koje opisuju kao “upravljanje”, “kormilarenje” (*steering*), od aktivnosti pružanja javnih usluga što nazivaju “odrađivanje” zadataka, “veslanje” (*rowing*). Budući da za njih birokracija kao sredstvo odrađivanja zadataka prelazi u drugi plan, oni predlažu njeno “zamjenjivanje s ‘poduzetničkom vladom’ koja se temelji na natjecanju, tržištima, kupcima i mjerenju rezultata”.²⁶

Prema **M. Beviru** neoliberali su ustrajno tražili drugi pojam kojim bi opisali favorizirani oblik poduzetničkog modela vladavine. Kao najpogodniji izraz za to se je na kraju zadržao pojam *governance* kao upravljanje, jer im je isti omogućio da razlikuju s jedne strane “lošu vladu” (*bad government*) koja samo “odrađuje posao” (*rowing*) od nužnog upravljanja (*steering*) s druge strane. Intelektualno streljivo za napad na ideje javnog interesa i socijalnu državu neoliberalima je osigurala teorija racionalnog izbora (*rational choice theory*) koja reducira socijalne činjenice na akcije pojedinaca čija agregacija interesa nadilazi svaki javni interes. Korak dalje ide teorija “novog upravljanja” (*new governance*) koja inzistira na minimalnoj državi i institucionalnoj smjeni birokracije tržištem i mrežom različitih aktera. Taj prijelaz načešće znači da središnja država odustaje od raznih zadaća. Njeni izvršitelji nisu više tijela na lokalnim i sektorskim razinama uprave već različite kvazi-autonodne nevladine organizacije (*QUANGO = quasi-autonomous non-governmental organisation*) koje kontroliraju, koordiniraju i reguliraju takva tijela.

Ovi događaji ostavili su duboki trag na karakteru i oblicima javnog prava svugdje gdje je *governance* jačao u odnosu na *government*. Dramatični primjeri erozije administrativnih granica postoje kako u SAD, tako i na europskom području (EU proces komitologije). U svojim refleksijama o upravljanju (*governance*) i vladi (*government*) u SAD i EU **M. Shapiro** zaključuje da je

²⁵ Martin Shapiro, *Administrative Law Unbounded: Reflections on Government and Governance*, 8 *Ind. J. Global Legal Stud.* 369 (2000), Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1680>

²⁶ Usp. odrednicu *governance* koju je za *Encyclopedia Brit.* napisao Mark Bevir. Isti autor je priredio nekoliko relevantnih izvora o ovoj temi: M. Bevir, *Encyclopedia of Governance* - 2 volume set, SAGE Publications, 2006, p. 1232; M. Bevir, *Governance: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford 2012., p. 152; M. Bevir, *A THEORY OF GOVERNANCE*, University of California, Berkeley 2013., p. 253; M. Bevir, *Democratic Governance*, Princeton University Press, 2010., p. 320

...erozija granice između odlučivanja na razini vlade i nevladinih subjekata stvorila nekoliko problema onima koji traže da se upravno pravo prije fokusira na upravljanje nego na vladu. Sa stajališta pluralističke demokracije upravno pravo koje maksimalizira transparentnost i participaciju je demokratsko – ono maksimalizira “izvanjski” pristup interesnih grupa procesu odlučivanja u državi. No, sa stajališta pojedinca, popularne ili majoritarne demokracije, upravno pravo koje promovira transparentnost i participaciju u tolikoj mjeri da država, vlada (*government*) postaje upravljanje (*governance*) zapravo može potkopavati demokraciju. Naime, kada je odlučivanje o javnoj politici difuzirano između različitih državnih i nevladinih aktera na jedan amorfan način za koji ne postoji pravilo, zapravo se uništava demokratska odgovornost.²⁷

Dakle, u potrazi za razlikom između pojmova vlade (*government*) i upravljanja (*governance*) treba voditi računa o sljedećem. Dok se pojam *vlade* odnosi na djelatnosti koje se odvijaju unutar formalno legalnih okvira, upravljanje (*governance*) se odnosi na sve aktivnosti vlade – zajedno s neformalnim aktivnostima, čak i izvan formalnog državnog okvira – koje se traže za ostvarenje zajedničkih ciljeva. **James Rosenau** definira vladine aktivnosti kao one “aktivnosti iza kojih stoji formalni autoritet, političke ovlasti koje osiguravaju implementaciju propisno utvrđenih mjera”, dok se pojam *governance* odnosi na “aktivnosti koje potiču zajednički ciljevi, a koje se mogu ali i ne moraju derivirati iz legalnih i formalno predviđenih odgovornosti i koje... ne poživaju nužno na političkim ovlastima”.²⁸

5.1. Peter Lindseth o suprostavljanju *administrativnog* i *ustavnog* upravljanja u Europi

Promjene koje unosi fenomen upravljanja (*governance*) ne pogađa samo upravno pravo. Na primjeru Europske unije posebno se dobro vidi kako širenje fenomena upravljanja pogađa i ustavno pravo. Tako između ostalih **P. Linseth** iznosi tezu kako je europsko upravljanje prije administrativno nego konstitucionalno. Naime, problemu europskog upravljanja P. Lindseth prilazi iz perspektive razvoja administrativne države tijekom XX st. te opisuje konvergenciju europskog javnog prava i institucionalne prakse oko legitimizacije struktura i normativnih principa. Taj proces Lindseth naziva “poslijeratnim ustavnim slaganjem administrativnog upravljanja”.

²⁷ Martin Shapiro, *Administrative Law Unbounded: Reflections on Government and Governance*, 8 *Ind. J. Global Legal Stud.* 369 (2000), p. 372. Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1680>

²⁸ James N. Rosenau & Ernst-Otto Czempiel (Eds.), *Governance without Government Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press, 1992, p. 324; James N. Rosenau, *Many Damn Things Simultaneously: Complexity Theory and World Affairs*, A paper presented at the Conference on Complexity, Global Politics, and National Security, sponsored by the National Defense University and the RAND Corporation (Washington, D.C., November 13, 1996); <http://www.dodccrp.org/html4/bibliography/comch04.html>

Proces europske integracije neusumnjivo je imao duboke ustavne implikacije za države članice EU. Taj je proces u nastojanju da se stvori nova tržišna zajednica koja će transcendirati nacionalne granice ne samo disciplinirao određene vanjske negativne pojave nacionalne demokracije, nego je i akterima tržišta ponudio određena transnacionalna prava i dužnosti. No u isto vrijeme ta zajednica ima velikih poteškoća da se legitimira kao prava “ustavna” zajednica. Što je najvažnije, ona se ustrajno trudi da je se sagleda kao ostvarenje ili izraz nove političke zajednice (“Europe”) koja je u stanju vladati sama sobom i to preko institucija koje su historijski i “konstituirane” za tu svrhu. Pa ipak, kao i svi drugi oblici administrativnog upravljanja i europska integracija ostala je na ultimativan način ovisna - u smislu demokratske i ustavne legitimnosti - o “konstitutivnim” tijelima “predstavničke vlade”, dakle tijelima zakonodavne, egzekutivne i sudbene vlasti na nacionalnoj razini.

Lindseth zapravo svojom povijesnom sintezom iskušava ideju koja je široko rasprostranjena među piscima koji se bave europskom integracijom - naime, da je europsko upravljanje (*European governance*) sazdana na “grupi institucija koje su ustavno odvojene od nacionalnih legitimacijskih procesa”. Međutim, mehanizmi koje je Lindseth istraživao razvijali su se historijski kako bi razriješili očiglednu diskonekciju u samom srcu integracije, naime onu između autonomnog izvršavanja supranacionalne regulatorne vlasti s jedne strane, te nacionalnih izvora demokratske i ustavne legitimnosti s druge strane. Zbog povijesnog identiteta tih mehanizama na europsku integraciju se onda mogu u daleko manjem opsegu reflektirati tri najčešće korištena atributa, naime da je obilježavaju: (1) “sui generis” karakter, te (2) “višerazinski” ili (3) “poliarhijski” modus upravljanja u Europi. Svi ti mehanizmi imaju temelje u modelima administrativne legitimacije koja se je u Zapadnoj Europi pojavila kao odgovor na porazne ustavne pogreške međuratnih godina. Zato da bi se razumjelo integraciju, mora se shvatiti da je spoznaja o prijašnjem administrativnom upravljanju na nacionalnoj razini od suštinskog značaja.

U skladu s normativnim zahtjevima poslijeratnog razvoja (među kojima su najznačajniji oni o “delegaciji” i “posredovanoj legitimnosti”), europsko javno pravo tražilo je način da pomiri funkcionalni realitet integracije s kontinuiranom ulogom države nacije kao primarnim mjestom demokratskog i ustavnog legitimiteta europskog sustava. To izmirenje je toleriralo značajan dio autonomne regulatorne vlasti koja je postala krajnje zamršena i složena sfera “europeiziranog administrativnog upravljanja”. Ipak, taj je proces rekoncilijacije uključivao i bitan moment normativnog otpora autonomnim “ustavnim” pretenzijama europskog supranacionalizma. Kritički opisujući povijesni međuodnos između

otpora i pomirenja unutar europskog javnog prava P. Lindseth je omogućio bolje razumijevanje prirode i legitimiteta tekućeg europskog upravljanja.²⁹

6. O FENOMENU *ADMINISTRATIVNOG KONSTITUCIONALIZMA*

Suvremenu povijest upravnog prava u okvirima razvijenih ustavnih demokracija čini niz sukcesivnih pokušaja legitimiziranja javne administracije čiji sastav, za razliku od drugih grana vlasti, ne podliježe demokratskim izborima. U tom procesu korištene su brojne intelektualne paradigme koje su uvelike utjecale na razvoj današnje javne uprave. Među njima se posebno isticala ona koja je inzistirala na ekspertizi, savjetovanju i razumu kojima bi se gradila i čuvala njena legitimnost. Takav u biti prosvjetiteljski napor tražio je od svojih aktera da razvijaju “ustavni dizajn koji prihvaća potrebu dodatnog birokratskog stvaranja propisa u tekućim regulatornim aktivnostima, ali se onda samosvjesno i konfrontira s ozbiljnim problemima legitimiziranja”. U tom smislu od posebnog značaja je *deliberativno- konstitutivna paradigma* jer se upravo u njoj nalazi inspiracija za potragom i obranom administrativne legitimnosti kao pravog izvora koncepta administrativnog konstitucionalizma.³⁰ Na to između ostalog posebno ukazuje npr. povijest upravnog prava u SAD kao kontinuiranog napora da se u ustavnoj kulturi ove velike nacije pronađe odgovarajuće mjesto za administrativni fenomen. Ta nam povijest otkriva kontinuirane debate o tome što bi trebala biti uloga i priroda javne administracije kako bi se osigurala njena legitimnost. To je **Elizabeth Fisher** nazvala *administrativnim konstitucionalizmom*, misleći na “postojanje skupine proceduralnih konceptata koje imaju kvalitetu ‘da su vrijedni priznanja’ unutar zajednice koja je posvećena suvremenoj ustavnoj demokraciji”.³¹ **S. Z. Lee** pod administrativnim konstitucionalizmom, kao jednim neistraženim područjem ustavne vladavine i administrativnog stvaranja prava, zapravo podrazumijeva tumačenje i implementaciju ustavnog prava od strane regulatornih agencija.³²

²⁹ P. Lindseth, *POWER AND LEGITIMACY: RECONCILING EUROPE AND THE NATION-STATE*, Oxford University Press, 2010.; P. Lindseth, *Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: the Example of the European Community*, 99 *Columbia Law Review* 628 (1999); P. Lindseth, *The Contradictions of Supranationalism: Administrative Governance and Constitutionalization in European Integration Since the 1950s*, 37 *Loyola Los Angeles Law Review*, 363 (2003) [Symposium, *The Emerging Transnational Constitution*]; usp. R. Daniel Kelemen, *THE EUROPEAN UNION'S LEGITIMACY: ADMINISTRATIVE NOT CONSTITUTIONAL, OR ADMINISTRATIVE THEN CONSTITUTIONAL? POWER AND LEGITIMACY: RECONCILING EUROPE AND THE NATION-STATE*. By Peter L. Lindseth, Oxford University Press, New York, 2010. Pp. 339., 18 *Colum. J. Eur. L.* 157 2011-2012; <http://lsolum.typepad.com/legaltheory/2010/01/lindseth-on-administrative-versus-constitutional-governance-in-europe.html>

³⁰ Sidney Shapiro et al. , *THE ENLIGHTENMENT OF ADMINISTRATIVE LAW: LOOKING INSIDE THE AGENCY FOR LEGITIMACY*, *Wake Forrest Law Review*, Vol. 47, 2012, p. 465

³¹ E. Fisher, *RISK REGULATION AND ADMINISTRATIVE CONSTITUTIONALISM*, Oxford: Hart Publishing, 2007, xxviii + 290 pp

³² S. Z. Lee, *RACE, SEX, AND RULEMAKING: ADMINISTRATIVE CONSTITUTIONALISM AND THE WORKPLACE, 1960 TO THE PRESENT*, *Virginia Law Review* , Vol. 96, 2010, p. 801

Pojam administrativnog konstitucionalizma zapravo upućuje na teoriju ekstra-sudbenog konstitucionalizma koja se fokusira na mjesto i ulogu agencija u postupku ustavnog tumačenja. U suvremenom američkom kontekstu ta teorija predstavlja krilo teorije popularnog konstitucionalizma koja na agencije gleda kao na prvu liniju ustavnog tumačenja, implementacije kongresnih zakona i primjene sudske doktrine. Teorija je u akademskim krugovima pozdravljena kao važan, ali nedovoljno istražen aspekt ustavne interpretacije. U tom smislu od posebne je važnosti detaljna analiza interpretativne prakse *Federalnog odbora za komunikacije* (FCC) i *Federalnog odbora za energiju* (FPC), kakvu primjerice nalazimo u radovima *Sophie Z. Lee* ili onima *Billa Eskridgea* i *Johna Ferejohna*.³³ Potonji dokazuju da agencije jesu i moraju biti poduzetniji tumači ustavnih normi. Agencijske norme treba razumijevati kao “probne balone koje lansiraju agencije ... i koje su podložne kritici, jednako kao i zabrane od strane sudova, legislature ili drugih aktera egzekutivne vlasti. Riječ je o jednom unutar-granskom, javnom sporazumijevanju kao “dominantnom mehanizmu vlasti u evoluciji fundamentalne normativne predanosti u Americi”.³⁴ Štoviše, radi se o dijaloškom procesu koji vodi prema konsenzusu o normama koje reflektiraju javno mnijenje i politički kompromis. Norme postupno bivaju prihvaćene, a prema Eskridgeu i Ferejohnu njih bi tako utvrđene trebao respektirati i Vrhovni sud. Oni su mišljenja da je taj “proces konstitucionalizma s malim početnim slovom (*c=constitutionalism*) normativno superioran način davanja značenja Ustavu (*Constitution* s velikim C)” i to zato jer se prvi proces “više prilagođava promijenjenim okolnostima... te je legitimniji od rutinskog ažuriranja Ustava od strane neizabраниh sudaca...”. Na taj način se administrativni konstitucionalizam pozicionira kao središnji zahtjev prema kojem bi se administrativne agencije trebale regularno angažirati u “normativnom poduhvatu”.

6.1. Razlozi administrativnog konstitucionalizma Elizabeth Fisher

Suvremena javna administracija je često arena regulatorne aktivnosti o koju se je znanost znala jednostavno oglušiti, premda je obilježavaju posebna logika i normativni zahtjevi. Za razliku od brojnih pisaca koji su u toj areni podcjenjivali ulogu prava, ili su ga uzimali pretežno instrumentalno, irelevantno ili opstruktivno,

E. Fisher u svojoj zapaženoj studiji *Risk Regulation and Administrative Constitutionalism* (2010) polazi od sasvim suprotnih gledišta. Ona naime pokazuje da pravo često oblikuje regulatorne koncepte i rješenja, recimo na području rizika u području zaštite okoliša ili zdravlja, da ono uvijek stvara uvjete za odlučivanje koje vodi prema regulaciji rizika.

³³ S. Z. Lee, *The Workplace Constitution from the New Deal to the New Right*, Cambridge Univ. Press, 2014, p. 412; S. Z. Lee, *RACE, SEX, AND RULEMAKING: ADMINISTRATIVE CONSTITUTIONALISM AND THE WORKPLACE, 1960 TO THE PRESENT*, *Virginia Law Review*, Vol. 96., 2010., p. 799

³⁴ W. N. Eskridge & J. Ferejohn, *A REPUBLIC OF STATUTES: THE NEW AMERICAN CONSTITUTION* 24–26 (2010).

Jedan od glavnih argumenata knjige je rehabilitacija uloge prava i središnjeg mjesta javne administracije. Takva orijentacija vidi i razumije administrativni konstitucionalizam kao oblik “pravne kulture”. Unutar nje Fisher konstruira dvije paradigme administrativnog konstitucionalizma od kojih svaka uključuje element znanosti i element demokracije, ali i njihove različite interpretacije: s jedne strane postoji tzv. RI - racionalno-instrumentalna (*rational-instrumental*) paradigma, a s druge strane stoji tzv. DC - savjetodavno-konstitutivna (*deliberative-constitutive*) paradigma.

Intuitivno razumijevanje povezuje RI paradigmu s modelom odlučivanja od vrha prema dnu (*top-down model*), legitimizirajućom snagom legislativnog mandata, kao i tendencijom da se na znanje gleda kao na objektivne fakte. DC paradigma kreće se oko vijećanja, uključivanja, odlučivanja od dole prema gore (*bottom-up model*). Dok prva obećava odgovornost i kontrolu po cijenu efektivnog rješavanja problema, druga obećava efikasno rješavanje problema po cijenu odricanja od jednostavnih sredstava pozivanja na odgovornost onih koji donose odluke. U ova dva modela Fisher kombinira mnogo različitih vrijednosti i zahtjeva za legitimnošću koji često postoje odvojeni jedni od drugoga. Priznaje da RI i DC nisu jedine paradigme, ali se njihov izbor opravdava time što predstavljaju “krajnje različita razumijevanja administrativnog konstitucionalizma”. Podjela RI/DC kao da svjesno spaja kontrolu i diskreciju, tu zapravo već dobro poznatu distinkciju iz upravnopravne znanosti.

Analiza brojnih primjera iz prakse koji uključuju britanske krizne situacije (*BSE kriza*), američku “*hard look jurisprudenciju*”, australske prakse načela predostrožnosti, EU i WTO SPS sporazum, pokazuje dominaciju RI paradigme. Fascinira argument prema kojem suci i pravnici najviše priželjkuju precizno definiranje legislativnih granica. Koncentrirajući se na pitanje regulacije rizika kao posebno značnog područja u kojem institucionalni kontekst i materijalni rezultati utječu jedno na drugo, Fisher zapravo otvara niz vrlo značajnih pitanja. Koncept administrativnog konstitucionalizma ostaje bitan faktor i u slučaju regulacije rizika na transnacionalnoj razini, posebno kada se u regulaciji uključuju i privatni akteri.

Ustavnu praksu administratora danas kritički istražuju ustavni i upravni pravnici. Posebno je zanimljivo pitanje načina kako administratori tumače ustav. U tom smislu ispravan je zaključak da naše puno razumijevanje ustavne vladavine traži propitivanje “neistraženog ustavnog života administrativnih agencija”.³⁵

³⁵ S. Z. Lee, RACE, SEX, AND RULEMAKING: ADMINISTRATIVE CONSTITUTIONALISM AND THE WORKPLACE, 1960 TO THE PRESENT, *Virginia Law Review*, Vol. 96., 2010., p. 810; G. S. Lawson, Limited Government, Unlimited Administration: Is it Possible to Restore Constitutionalism? *First Principles Series*, No. 23

6.2. Administrativni konstitucionalizam i EU kao politička unija

Administrativna evolucija europske integracije transcendirala klasično razumijevanje legislativne i egzekutivne vlasti u okvirima konkretne pravne države (*Rechtsstaat*). Utoliko se pretpostavlja da integrirana administracija EU zaslužuje opravdanje normativne odgovornosti i legitimnosti koja je različita od one koju ima suverena država nacija westphalijskog karaktera. I na planu istraživanja transnacionalne administrativne integracije populariziraju se konceptualne paradigme koje se izgrađuju na legalnim, ekonomskim i socijalnim preduvjetima europskog normativnog poretka. Tako normativna paradigma administrativnog konstitucionalizma i u europskom okviru nudi kroz inovativne administrativne racionalnosti inkluziju povijesne reference, institucionalne inovacije, normativne mentalitete i socijalna pravila... Zato primjerice za **Martina Hartmana** administrativni konstitucionalizam u europskom kontekstu predstavlja zapravo

...treći put između egzekutivnog federalizma i dihotomijske paradigme na izravnu/neizravnu administraciju... i normativni kapacitet... funkcionalnog modaliteta post-krizne integracije u EU.³⁶

U ovoj sažetoj formulaciji koja implicira EU kontekst administrativni konstitucionalizam reflektira zapravo funkcionalnu paradigmu koja stremlji apsorpiranju normativne nekonzistentnosti koju je stvorio egzekutivni pluralizam unutar Unije. Iscrtavajući natkriljujući transnacionalni racionalitet socijalne koordinacije i regulatorne harmonizacije, administrativni konstitucionalizam dekonstruira ideju legalnog jedinstva kao najefikasnije realizacije racionalnog poretka, te na inherentni način ponovno povezuje pluralitet europskog prava uvjetovanog interaktivnim društvima, pravnim dijalozima i normativnim preduvjetima država članica. Zapravo, administrativni konstitucionalizam se danas u EU suprostavlja pokušajima nacionalnih pravnih sustava da hijerarhiziraju paralelizam pravnih normi i to kroz "heterarhizaciju socijalnih i administrativnih interakcija". Ista dekonstruira teritorijalnu dimenziju legalnog implementiranja i administrativne funkcionalnosti, ali razvija svoje homogenizirajuće kapacitete preko granica suvereniteta država članica. Promicanje politizacije EU znači zapravo dizajniranje funkcionalno diferenciranog načina administrativne integracije u korist egzekutivnih racionalnosti koje izravnije povezuju stabilizaciju unutarnjeg tržišta i javne proračune sa socijalnim pluralizmom EU.

Prema tome, sama srž administrativnog konstitucionalizma danas se u EU povezuje sa

...supstancom komunikativne realnosti europske integracije koja je sistemski usmjerena prema preplitanju postojećih normativnih diskursa i simultano tome internaliziranju socijalnog zaokreta EU. No, osmišljavanje konceptualnog administrativnog poretka koji reagira i priznaje pluralitet legalne i političke

³⁶ M. Hartmann, Administrative Constitutionalism and the Political Union, *German Law Journal*, Vol. 14, 5/ 2013, p. 696

komunikacije unutar EU traži regeneraciju egzekutivnog racionaliteta Europske unije, a ona je upravo počela: da bi se osigurao demokratski legitimitet europske integracije treba se vratiti primatu politike, te povratiti recipročno povjerenje između europskih građana.³⁷

7. O POJMU LIBERTARIJANSKOG ADMINISTRATIVNOG PRAVA (*LIBERTARIAN ADMINISTRATIVE LAW*)

Na trajnu i vitalnu vezu između ustavnog i upravnog prava ukazuje još jedna nova paradigma suvremenog javnog prava, koju su dvojica istaknutih američkih profesora *Cass Sunstein* i *Adrian Vermeule* nazvali *libertarijanskim upravnim pravom*.³⁸ I oni su dio jake struje američkih ustavnih pravnika koji vjeruju da je Ustav SAD (1787) libertarijanskog karaktera, odnosno da bi se on trebao tumačiti upravo u tom smislu. To jednostavno znači da Ustav štiti od države specifičnu grupu prava, prije svega pravo vlasništva i ekonomska prava. U tom smislu određeni oblik libertarijanizma igra središnju ulogu u temeljnoj ustavnoj nagodbi. Upravo zahvaljujući toj poziciji ponekad se nacionalnoj vlasti s jedne strane postavljaju oštre granice, a s druge strane se priznaju nova prava i slobode, vlasništva, ugovaranja, koja daleko prelaze postojeća sudbena rješenja. Potonja se pozicija donekle shvaća kao sugestija da je Ustav “izgubljen” odnosno da je “u progonstvu”. To se posebno ogleda u situaciji glede temelja libertarijanskog ustavnog prava kojeg prije svega uključuju određene koncepcije federalizma, delegacije te individualnih prava.³⁹

U akademskim krugovima ta se sugestija podupire ponekad pod zastavom “originalizma” a ponekad prema drugim argumentima društvenih znanosti, moralne filozofije i političke teorije. Prema stajalištu Sunsteina i Vermeulea aktualne političke distorzije na planu federalizma, delegacije zakonodavnih ovlasti te individualnih prava sadržavaju mjere koje utječu na neopravdano i štetno odstupanje od temeljnih

pravaca tržišnog razvoja i njegovog poretka. Takve mjere ne samo da krše slobodu, nego na isti način reduciraju i socijalno blagostanje. Nasuprot tome suci su kao korektiv artikulirali pristup koji su spomenuti pisci nazvali “libertarijanskim upravnim pravom” (*libertarian administrative law*). Takav pristup traži korištenje upravnog prava na način da ono pokrene i usmjeri politiku u libertarijanskim pravcima i to prije svega putem sudačkih doktrina, premda istima možda nedostaje solidna potpora u standardnim pravnim izvorima. Prema stajalištima nekih sudaca to se libertarijansko upravno pravo prije svega treba shvatiti kao pokušaj

³⁷ M. Hartmann, op. cit., p. 714

³⁸ C. R. Sunstein and A. Vermeule, *Libertarian Administrative Law*, 82 *The University of Chicago Law Review*, 2015, p. 393-398.

³⁹ R. Scruton definira libertarijanizam kao – “oblik liberalizma koji vjeruje u oslobađanje ljudi ne samo od ograničavanja tradicionalnih političkih institucija nego i od strane unutrašnjih ograničenja. Aktivni libertarijanci su angažirani u procesu oslobađanja, u sukobu sa svim institucijama koje sužavaju ljudsku viziju svijeta (religijom, obitelji, običajima...) Libertarijanizam je manje doktrina, a više ponašanje... U ekonomiji lib. predstavlja radikalnu formu *laissez-faire* teorije koja vjeruje da se ekonomska aktivnost mora aktivno osloboditi od tereta nepotrebnih političkih ograničenja kako bi se ostavio istinski prosperitet. Usp. p. R. Scruton, *A DICTIONARY OF POLITICAL THOUGHT*, Pan Books, London 1982., p. 271

kompensiranja svih onih odstupanja od temelja originalnog ustavnog poretka do kojih je došlo u vrijeme *New Deal*.

Tako je sudac **Douglas H. Ginsburg** koji se smatra jednim od tvoraca nekih načela libertarijanskog administrativnog prava napisao da ako suci žele biti vjerni pisanom Ustavu, onda moraju pokušati “iluminirati značenje ustavnog teksta onako kako su ga razumjeli Očevi utemeljitelji”. Suci su uostalom tako i djelovali od samih početaka pa sve do Velike ekonomske krize (*Great Depression*) i politike Rooseveltove administracije kada je Vrhovni sud SAD promijenio smjer i odbio ostati vjeran temeljnom državnom dokumentu.

Sunstein i Vermeule polaze od toga da libertarijansko upravno pravo inspirira jedan posebni, premda kontroverzni pogled na Ustav SAD koji se čak i ne uklapa potpuno u trenutno razumijevanje temeljnog ustavnog dokumenta. Naime, središnja postavka tog argumenta je da originalni ustavni poredak, na način kako ga vidi jedna određena grupa utjecajnih sudaca, daleko više štiti slobodu i tržišne osnove od postojećih pozicija ustavnog prava. Upravo zato se libertarijansko ustavno pravo treba shvatiti kao struja i dio dugoročnog programa pokreta “Ustava u egzilu” ili “Izgubljenog Ustava” (*Constitution in Exile, Lost Constitution*). Taj pokret nastoji restaurirati “izgubljeni Ustav” i u tom smislu široka promjena okvira američkog javnog prava treba što više odvesti prema tom cilju.⁴⁰

Ipak, glavni problem s libertarijanskim administrativnim pravom predstavlja činjenica da mu nedostaje znatna mjera respekta za pravne izvore, uključujući tu i tzv. kontrolne presedane, recentne, jasne i nepristrane presedane Vrhovnog suda SAD. Prvi kritički osvrti na ovu novu paradigmu pokazali su da su neki niži sudovi imali agresivan pristup u oblikovanju upravnog prava, pa je takve rezultate bilo teško uklopiti u okvir Zakona o upravnom postupku (*Administrative Procedure Act*) i važećih presedana Vrhovnog suda. Zato je libertarijansko administrativno pravo u svojim najambicioznijim oblicima još uvijek uputnije sagledavati prije kao jedan od prijedloga za pravne promjene velikih razmjera, nego kao važeću interpretaciju postojećih pravnih izvora.⁴¹

8. ZAKLJUČNA NAPOMENA

Rasprave o promjenjivoj ulozi države u suvremenom društvu disperzirale se u nekoliko dimenzija. Već je duže otvorena žestoka debata o svrsi i funkcijama države. Ta rasprava koja se s različitim akterima, intenzitetom i rezultatima vodi u velikom broju država, dotiče različite političke sfere. Riječ je o problematici zdravlja, zaštiti okoliša, uklanjanju i preveniranju siromaštva, pristupu zdravstvenoj

⁴⁰ Jeremy K. Kessler, *The Struggle for Administrative Legitimacy*, *Harvard Law Review*, vol. 129, 2016, p. 718

⁴¹ J. Harrison, *Libertarian Administrative Law, or Administrative Law? A Response to Cass R. Sunstein and Adrian Vermeule*, *Libertarian Administrative Law*, 82 *The University of Chicago Law Review* 393 (2015).

skrbi, sigurnosnim standardima, itd. Pritom središnje pitanje ostaje na koji se način država mora organizirati i strukturirati kako bi svoje funkcije obnašala učinkovito, efikasno i jednako prema svima. U pitanju su koliko sredstva toliko i ciljevi države.

Napadi na ideju i prakse socijalne države usmjerili su se i na njen glavni instrument - administrativnu državu i njeno javno pravo. Kritičari aktivističke socijalne države vjeruju u nadmoć tržišnih mehanizama te voluntarističkih kulturalnih i socijalnih institucija koji bi trebali determinirati i oblikovati strukturu suvremenog društva. Dio tog ideološkog aparata su i paradigme novog javnoga prava na koje smo ukazali u ovom tekstu.

U svim pokušajima zadržavanja tempa s brzim i često nenadanim promjenama, koncepti javnog prava kao ekstenzija političke i ustavne teorije osim starih problema reflektiraju i neke nove. Stara pitanja koncepta države i problema suvereniteta kao dileme XIX. i XX. stoljeća zamijenili su problemi koji svoj izvor imaju u europskoj integraciji i globalizaciji. Tradicionalni koncepti kao što su “država”, “ustav”, itd. nalaze se u procesu transformacije.

Razvoj i potragu za novim konceptima ili paradigmama moguće je ponajbolje osvijetliti na primjerima javnog prava Europske unije čija je pojava, zajedno s terminologijom i vokabularom, nova i posebna u odnosu na tradicionalne tipologije javnog prava, posebno međunarodnog i ustavnog prava. Tradicionalni repertoar pojmova i konceptata više nije u stanju adekvatno objasniti specifičnost nove “organizacijske realnosti”. Za *Ernsta Wolfganga Böckenfördea* riječ je o razdoblju tranzicije u kojem tradicionalne kategorije i strukture sadrže realitete u procesu promjene tek dijelom ili ih pak uopće ne sadrže.⁴² Na potonje svakako utječe i dinamička priroda europske integracije i potraga za konceptima koji ne bi implicirali postojanje hijerarhije između entiteta u složenoj novoj europskoj igri. Naravno da slika različitih razina ne mora nužno biti povezana s autoritetom i subordinacijom. Različite razine mogu se razumjeti i kao platforme koje su u jednom slučaju jednake težine, dok u drugoj prilici to nisu, ili sve jednostavno cirkulira jedno oko drugog. Upravo se tako može sagledati i suvremeno javno pravo u Europi.

Suvremeno javno pravo, prije svega ustavno i upravno, nije samo element kategoričke podjele unutar pozitivnog prava. Ono je uvijek “pravo” po kojem se javna vlast uspostavlja i ostvaruje. Kao što ističe Loughlin:

javno pravo je normativna struktura koja se je posvetila stvaranju i održavanju dinamike javne vlasti... ono se zanima za one zapovijedi ‘političkog prava’ koje uspostavlja i ostvaruju javnu vlast.⁴³

⁴² E.-W. Böckenförde, Staat, Nation, Europa 8 (Suhrkamp 1999)

⁴³ Cit. pr. E. A. Christodoulidis, S. Tierney, Public Law and Politics: The Scope and Limits of Constitutionalism, Ashgate Publishing, Ltd., 2008, p. 9; M. Loughlin, PUBLIC LAW AND POLITICAL THEORY, Oxford 1992, p. 230; M. Loughlin, *The nature of public law*. In: Mac Amhlaigh, Cormac, Michelon, Claudio and Walker, Neil, (eds.) After Public Law. Oxford constitutional theory. Oxford University Press, Oxford, UK, pp. 11-24; N. Bamforth and P. Leyland (eds.), Public Law in a Multi-Layered Constitution, Oxford; Portland, OR: Hart Publishing, 2003. Pp. 433

Naš uvid u neke nove paradigme komparativnog javnog prava pokazuje prije svega napredovanje znaxnosti javnog prava, kristalizaciju novih pristupa koji su utemeljeni u različitim političkim teorijama i koji se konfroniraju oko starih i novih metodoloških i materijalnih pitanja toga prava. Ako im se i traži zajednički nazivnik onda treba podcrtati da svi pristupi odnosno paradigme nastoje razgovarati o javnom, odnosno ustavnom i upravnom pravu na način koji je relevantan za “novo vrijeme”. Među mogućim zaključcima svakako navodimo onaj da moderna literatura javnog prava (posebno ustavnog i upravnog) još jednom ističe vitalnu vezu između javnog prava i političke teorije. Zato je u pravu M. Loughlin kada svoj relevantni traktat o vezama javnog prava i političke teorije zaključuje mišlju kako u javnom pravu nema neutralnog jezika: izbor treba napraviti, a pravnici taj izbor moraju biti u stanju opravdati i braniti unutar granica racionalnog diskursa. Paradigme kao što su “upravljanje” (*governance*), “administrativni konstitucionalizam” (*administrative constitutionalism*) i “libertarijansko administrativno pravo” (*libertarian administrative law*) te kontroverze oko njih tome su najrječitiji dokaz.

RÉSUMÉ:

SUR LES PARADIGMES ACTUELS DU DROIT PUBLIC EN TANT QUE CATALYSEURS DE LA RELATION ENTRE LE DROIT CONSTITUTIONNEL ET LE DROIT ADMINISTRATIF

L'article analyse les nouvelles paradigmes du droit public contemporain et met en évidence le lien étroit entre le droit constitutionnel et le droit administratif. Alors que le droit constitutionnel établit les fondements de l'État, les institutions publiques et la protection des droits fondamentaux, le droit administratif assure la mise en œuvre concrète de l'action publique. Ces deux branches sont présentées comme complémentaires et indispensables au fonctionnement de l'État démocratique moderne. L'étude montre que les transformations politiques, économiques et juridiques des dernières décennies ont profondément modifié le cadre du droit public. Les processus d'eupéanisation, d'internationalisation et de mondialisation ont conduit à l'émergence d'un espace juridique plus ouvert, dans lequel les normes nationales interagissent constamment avec les normes européennes et internationales. Cette évolution favorise le développement d'un droit public européen fondé sur des principes communs et sur la coopération entre différents ordres juridiques. Trois paradigmes contemporains occupent une place centrale dans cette réflexion. Le premier est la gouvernance, qui dépasse l'action traditionnelle de l'État en intégrant de multiples acteurs publics et privés dans les processus décisionnels. Le deuxième est le constitutionnalisme administratif, selon lequel les organismes administratifs participent activement à l'interprétation et à la mise en œuvre des principes constitutionnels. Le troisième est le droit administratif libertarien, qui cherche à limiter l'intervention de l'État tout en renforçant la protection des libertés individuelles. En conclusion, ces paradigmes illustrent l'adaptation continue du droit public aux défis contemporains. Ils démontrent que la cohérence entre les dimensions constitutionnelle et administrative demeure essentielle afin d'assurer la légitimité, l'efficacité et la protection des droits dans les démocraties modernes.

Alexis Goin*

QUE PEUT-ON ENCORE FAIRE POUR LA QUALITE DU DROIT ? CONSULTER, EXPERIMENTER, EVALUER TOUJOURS PLUS EFFECTIVEMENT: NOUVELLES PERSPECTIVES POUR LA QUALITE DU DROIT

UDK: 342.924(44)
DOI: 10.31141/zrpf.s.2023.60.148.441
Izlaganje sa znanstvenog skupa
Primljeno: 10. 2. 2023.

1. INTRODUCTION

Lors de son discours à la rentrée solennelle du Conseil d'Etat de septembre 2022, la Première ministre française, Elisabeth Borne, rappelait que la culture du recours systématique à la norme est « *rarement le fait des juristes* » et constitue un mal « *français, voire politique, qui consiste à croire que (...) l'on mesure un bilan à la quantité de textes adoptés* ».

Faisant allusion à la crise énergétique, elle considérait que la « *sobriété* » devait aussi « *s'appliquer à nos textes* », au nom d' un triple impératif : impératif d'efficacité, d'abord, impératif de clarté, ensuite, et impératif démocratique, enfin. Cette prise de position n'est pas anodine dans le contexte constitutionnel français, où la Première ministre et ses équipes, placées au cœur l'appareil administratif, sont conduites à rendre des arbitrages sur tous les textes importants, s'agissant tant de leur principe que de leur contenu.

Cette ambition affichée par la nouvelle Première ministre risque toutefois de se heurter à la difficulté d'améliorer effectivement la qualité du droit, malgré des efforts sans cesse renouvelés. Deux participants chevronnés à un colloque de 2020, l'un député depuis 1993, l'autre présidente de section au Conseil d'Etat et ancienne directrice des affaires juridiques du ministère de l'économie, évoquaient respectivement le « *mythe de Sisyphe* » et la construction d'un « *barrage contre le Pacifique* » pour évoquer l'apparente vanité de la politique de qualité du droit. Face à ce constat désabusé, il faut s'interroger : que peut-on encore faire pour la qualité du droit ? Une nouvelle approche peut-elle permettre de dépasser ces limites ?

* Maître des requêtes au Conseil d'Etat

2. LA QUALITÉ DU DROIT EN FRANCE EST MARQUÉE PAR UNE VISION PARFOIS DITE « FORMELLE » QUI NE REND PAS FACILE LA CONSOLIDATION DE L'ENSEMBLE DES INSTRUMENTS VISANT À AMÉLIORER LES PROCÉDURES

DE PRODUCTION NORMATIVE

Avant d'en arriver à la qualité du droit, il faut d'abord entendre ce que l'on souhaite dire par-là, non dans l'objectif d'en dégager une définition générale – l'étude du Conseil d'Etat dédiée au sujet en 2016 ne l'avait pas osé – mais, plus modestement, de donner le sens particulier dans lequel on prendra la notion pour les besoins de ce propos. Derrière une expression devenue très répandue se cachent en effet des objets assez différents, selon les connotations dont les teintent les traditions juridiques nationales.

En France, la réflexion sur la qualité du droit est historiquement marquée par la question de la qualité des textes et du corpus juridique eux-mêmes, davantage que de leur procédure d'élaboration. Le discours français sur la qualité du droit se concentre ainsi sur l'inflation normative et le foisonnement de règles inutiles ou rendues illisibles qu'elle est supposée traduire. Il s'interroge volontiers tant sur la nécessité de produire la norme en question, sur son principe, que sur sa lisibilité ou sur le point de savoir si elle constitue vraiment la manière la plus économe d'arriver à un résultat donné, et si elle ne pêche pas au contraire par l'excès de sophistication.

C'est ce que disait, en d'autres termes, l'étude consacrée au sujet par le Conseil d'Etat en 2016, selon laquelle l'approche française était dominée par la question de la « *qualité formelle* »¹ des textes. Elle peut s'expliquer par différents facteurs, d'ordre culturel – la sacralisation de la loi dans la culture politique française – et sociologiques – la place laissée à l'écrit dans la culture administrative française, mais aussi le rôle du Conseil d'Etat, observateur privilégié de la qualité des textes à travers son double rôle consultatif et contentieux, dans la formation du discours sur la qualité du droit.

Cette approche « formelle » s'est traduite par plusieurs initiatives à forte visibilité politique centrée sur les qualités extérieures des règles de droit. On peut citer, à ce titre, le principe du « *one in, two out* » en place depuis 2017 consistant à supprimer ou simplifier deux normes équivalentes lorsqu'une nouvelle réglementation est créée², ou des initiatives de simplification du droit substantiel tel que la suppression

¹ Conseil d'Etat, *Simplification et qualité du droit*, 2016, p. 13.

² Circulaire du 26 juillet 2017 relative à la maîtrise du flux des textes réglementaires et de leur impact.

des « surtranspositions » des directives européennes, qui a fait l'objet d'un projet de loi de 2018³.

En revanche, et paradoxalement, la discussion sur la qualité du droit en France part rarement d'une définition moderne de ce qu'est la *qualité*, au sens apparemment un peu abscons que lui donne l'Organisation internationale de normalisation (ISO) : l'« *aptitude d'un ensemble de caractéristiques intrinsèques à satisfaire des exigences* ». La qualité, selon l'ISO, revêt alors un double sens : la qualité externe, c'est-à-dire la réponse aux attentes des citoyens ; la qualité interne, à savoir l'amélioration du fonctionnement interne. Ce dernier enjeu, celui de la qualité interne, est rarement analysé en tant que tel dans le discours sur la qualité du droit. C'est pourtant lui qui est en cause avec la présente table ronde, et il constitue à l'évidence une condition nécessaire pour assurer durablement la qualité du droit.

Il serait pourtant erroné de dire que ces enjeux de processus constituent un impensé dans la tradition administrative et juridique française, car de nombreuses réformes ont renforcé le processus d'élaboration de la norme en France. Il est pourtant difficile d'en avoir une vision d'ensemble.

C'est l'objet que se donnera, dans un premier temps, la présente intervention, tout en soulignant, dans un deuxième temps les limites aux mesures déjà mises en place. Dans un troisième temps, elle mettra en avant diverses pistes qui animent le débat juridique et administratif sur l'approfondissement de la politique de la qualité du droit, perçue là encore du point de vue de la qualité interne, pour répondre au blocage qui a été diagnostiqué en introduction.

2. LA POLITIQUE DE LA QUALITÉ DU DROIT EN FRANCE S'EST STRUCTURÉE EN COMBINANT DES INSTITUTIONS

ANCIENNES ET DES RÉFORMES PLUS RÉCENTES

L'une des originalités de la politique de la qualité du droit en France tient à la combinaison originale qu'elle opère entre des institutions anciennes – qui garantissent son ancrage dans le tissu juridique et administratif français – et des réformes plus récentes.

Premièrement, la politique de la qualité du droit en France repose sur des acteurs placés au cœur du processus normatif, et qui ont pleinement intégré les enjeux de qualité du droit dans l'exercice de leur mission.

C'est le cas, d'abord, du Conseil d'Etat français, dans sa fonction de conseiller du Gouvernement. Il est chargé par les articles 38 et 39 de la Constitution d'examiner

³ Projet de loi portant suppression de sur-transpositions de directives européennes en droit français, enregistré à la présidence du Sénat le 3 octobre 2018 ; avis n° 395785 de l'assemblée générale du Conseil d'Etat du 27 septembre 2018. Adopté en première lecture au Sénat, le projet n'a pas été inscrit à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale.

les projets d'ordonnance et de loi, c'est-à-dire les principaux textes de valeur législative. Il est par ailleurs compétent pour examiner les projets de décret les plus importants. Dans ce cadre, deux des filtres d'examen appliqués par le Conseil d'Etat – la qualité rédactionnelle et « l'opportunité administrative », c'est-à-dire le réalisme et la simplicité du dispositif – contribuent directement à la qualité du droit. A titre d'exemple, en 2021, le Conseil d'Etat a donné un avis défavorable à des dispositions qui créaient un enchevêtrement des compétences en matière de dialogue social dans des administrations locales ou à la mise en place de procédures redondantes sur la communication du casier judiciaire.

Doit également être mentionné, à cet égard, le rôle du secrétariat général du Gouvernement, qui assiste le Premier ministre dans l'exercice de sa fonction normative, et qui comporte un service de la législation et de la qualité du droit. Un département y est spécialement chargé de vérifier le respect, par les ministères, des règles transversales qui assurent la qualité du droit.

Enfin, le Conseil national d'évaluation des normes, créé en 2013⁴ par le législateur, est compétent pour évaluer les normes applicables aux collectivités locales. Compte tenu de l'ampleur de leurs responsabilités, ce conseil est consulté sur de nombreux textes, ce qu'a renforcé l'interprétation large qu'a donné le Conseil d'Etat statuant au contentieux de ses compétences (CE, 26 octobre 2018, *Association Regards citoyens*, n° 403916). Les avis motivés qu'il rend sur les textes à enjeu sont précieux pour éclairer le Gouvernement et le Conseil d'Etat. Dans certains cas, leur impact peut être relayé par une prise de position politique des associations d'élus, qui contribue à installer le thème dans le débat public, ainsi que cela a récemment été le cas, à titre d'exemple, pour un important projet de décret relatif à la lutte contre l'artificialisation des sols.

Deuxièmement, la politique de la qualité du droit passe également par l'implication des parties prenantes à travers des obligations consultatives, qui ne sont toutefois pas généralisées.

En effet, il n'existe pas en droit français d'obligation générale de « *notice-and-comment* » sur le modèle du droit américain, assurant que les personnes concernées par un texte puissent formuler des observations à son propos avant son adoption. En revanche, en matière environnementale, l'article 7 de la Charte de l'environnement, texte à valeur constitutionnelle, prévoit que toute personne a droit de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement. Ce principe, largement entendu au contentieux (par exemple : CE, 22 octobre 2018, *Union nationale des industries de carrières et matériaux de construction*, n° 408943, T.), se traduit pour les projets de règles nationales par l'organisation de consultations ouvertes en ligne dans lesquelles tout citoyen, toute entreprise, tout représentant d'intérêt, peut contribuer (article L. 123-19-1 du code de l'environnement).

Comme peut en témoigner l'auteur de ses lignes, qui examine des textes en matière environnementale dans une des sections du Conseil d'Etat, les observations

⁴ Loi n° 2013-921 du 17 octobre 2013.

laissées par le public conduisent très fréquemment l'administration à amender ses projets avant même d'arriver au Conseil d'Etat, sur le plan de la clarté et de la complétude du texte comme sur celui de la charge réglementaire qu'il impose.

L'absence de principe transversal imposant à l'administration de tenir des consultations ouvertes s'explique en partie par le rôle historique joué en France par des organismes consultatifs spécialisés, associant les acteurs d'un secteur donné, et qui sont le principal mode de consultation des parties prenantes. Pour ne donner qu'un exemple, le Conseil supérieur de l'énergie, récemment réformé par décret et consulté sur tous les actes réglementaires intéressant le secteur de l'électricité et du gaz (article D. 142-21 du code de l'énergie), comprend des représentants des entreprises, des consommateurs et des syndicats.

Enfin, une disposition originale a établi un pont entre les consultations ouvertes et celle d'instances consultatives : depuis 2011, il est possible à l'administration de tenir une consultation ouverte sur internet en lieu et place de la saisine des organismes consultatives (articles L. 132-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration).

Troisièmement, l'administration est tenue d'analyser l'impact de certains des projets de normes qu'elle prépare en amont de leur édicition. Pour les projets de loi, cette obligation a un ancrage constitutionnel introduit à l'initiative du Parlement en 2008 ; elle a été traduite par la loi organique du 15 avril 2009 et s'applique à la plupart des lois. Ces études doivent notamment comprendre « *l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales* » des mesures envisagées et les coûts et bénéfices financiers attendus pour chaque catégorie de personne concernée. Pour les textes réglementaires, l'obligation faite de préparer des fiches d'impact résulte, à deux exceptions près⁵, de simples circulaires.

4. CETTE POLITIQUE PRÉSENTE TOUTEFOIS DES LIMITES, QUE LES REMÈDES TECHNIQUES NE SONT SANS DOUTE PAS SUFFISANTS POUR SURMONTER, POUR SOUHAITABLE QUE PUISSE ÊTRE LEUR MISE EN ŒUVRE

Malgré ce dispositif apparemment complet, des limites propres à chaque instrument de la politique de qualité du droit font l'objet de diagnostics convergents des principaux acteurs de la chaîne normative. Ces diagnostics et les propositions qui en résultent n'ont toutefois pas toujours été transcrits en droit positif.

⁵ Les normes relatives aux collectivités locales (R. 1213-27 du code général des collectivités territoriales) et les normes ayant des conséquences sur les missions et l'organisation des services déconcentrés de l'Etat (article 8 du décret n° 2015-510 du 7 mai 2015).

En ce qui concerne les acteurs de la qualité du droit, la limite la plus évidente tient sans doute à l'absence d'une instance indépendante tournée exclusivement vers la mesure de la qualité du droit et de son impact. L'intérêt du rôle joué, pour les collectivités territoriales, par le Conseil national de l'évaluation des normes, ne fait que le souligner. L'étude de 2016 du Conseil d'Etat sur la qualité du droit proposait à cet égard la création d'un Conseil unique d'évaluation des normes représentant les citoyens, les entreprises et les collectivités.

La consultation du public, ainsi qu'il a été dit, n'est pas garantie par un principe de participation transversal⁶, contrairement à ce qui prévaut dans d'autres ordres juridiques. Le recours facultatif aux consultations ouvertes, y compris pour remplacer des consultations « traditionnelles », n'a pas connu le succès escompté : pour s'en tenir à la période récente, il ne semble pas qu'elle ait été mobilisée par l'administration entre août 2021 et août 2022⁷. Cet insuccès s'explique par divers facteurs, notamment l'intérêt aléatoire que suscitent les consultations et la difficulté de traiter leur résultat⁸ – qui peuvent toutefois s'expliquer, précisément, par le fait que l'outil n'est pas souvent utilisé.

Quant aux organes consultatifs traditionnels, une politique résolue, d'ailleurs poursuivie au nom de la simplification, a divisé par deux leur nombre depuis 2012⁹, compte tenu de constats globalement dubitatifs sur leur valeur ajoutée. Encore faut-il nuancer cette évolution, qui n'a pas appauvri la concertation menée par les pouvoirs publics : les organes consultés sur les projets de textes font rarement l'objet d'une suppression « sèche », mais plutôt d'une fusion dans une instance aux compétences plus larges¹⁰.

C'est sans doute, enfin, l'évaluation des textes qui suscite les réserves les plus fréquentes. Les études d'impact voulues par le Constituant en 2008 pour les lois, s'il ne faut pas en dresser un portrait trop noir – elle fournissent de nombreuses informations et des analyses denses et précieuses¹¹ –, n'ont pas rempli tous leurs objectifs. Deux griefs principaux leur sont adressés : préparées tardivement, elles

⁶ V., p. un exemple récent : Martin Morales, « La constitutionnalisation de la procédure administrative non contentieuse », *RFDA* 2021, p. 1077.

⁷ Par exemple, les nouveaux contrats-type applicables à la majorité des contrats de la commande publique en France ont été soumis à une procédure de consultation ouverte : bien que certains textes à enjeu aient pu, dans le passé, y être soumis.

⁸ Catherine Bergeal, « Un barrage contre le Pacifique... », *Changer de culture normative. Actes du e-colloque du 26 novembre 2020*, supplément à *La Semaine juridique* – édition générale, janvier 2021, p. 52 – 53.

⁹ V., sur les rapports entre ces différentes évolutions : Hafida Belrhali-Bernard, « Les procédures consultatives face à la simplification », in Frédérique Rueda, Jacqueline Pousson-Petit (dir.), *Qu'en est-il de la simplification du droit*, Toulouse : Presses de l'Université Toulouse-I, 2010, p. 299 – 314.

¹⁰ Par exemple, depuis le 15 septembre 2020, seules deux instances ayant une compétence consultative obligatoire ont été supprimées et toujours au bénéfice de leur intégration dans une instance plus large, en application de la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 : le Conseil supérieur de l'égalité professionnelle, fusionné par le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, et le Conseil d'orientation de la participation, de l'intéressement, de l'épargne salariale et de l'actionnariat salarié.

¹¹ V., pour un cas exemplaire, l'évaluation préalable (équivalent de l'étude d'impact pour certains articles des projets de loi de finances) du prélèvement à la source (article 38 du PLF 2017), longue de 415 pages.

se bornent à justifier des choix déjà faits par le pouvoir politique sans examiner sérieusement les alternatives ; elles sont parfois insuffisantes, y compris sur des réformes d'une très grande ampleur.

Par ailleurs, les mécanismes de contrôle de ces études d'impact ne permettent pas d'améliorer durablement leur contribution à la qualité normative. Les avis du Conseil d'Etat sur les projets de loi peuvent parfois déplorer la faiblesse de telle ou telle étude d'impact – parfois non sans écho médiatique, comme cela a été le cas pour un projet de réforme des retraites en 2019 – mais ne sont pas contraignants à cet égard. La jurisprudence du Conseil constitutionnel, dans le cadre de son contrôle *a priori* de la procédure législative, est restée en retrait. Enfin, le mécanisme politique prévu par la loi organique de 2009 pour constater en amont l'insuffisance d'une étude d'impact au niveau des assemblées parlementaires a été largement neutralisé par le fait majoritaire.

Les propositions versées dans le débat public à ce propos sont nombreuses. Certaines relèvent l'utilité qu'il y aurait d'accompagner les amendements les plus importants déposés devant le Parlement d'une étude d'impact, ce qui n'est pas aujourd'hui prévu et qui ne pourrait être rendu obligatoire à cadre constitutionnel constant (v. la décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009).

Les plus récurrentes des propositions ne tendent pas à enrichir les études elles-mêmes ou à élargir leur champ, mais à agir sur la qualité de leur réalisation, notamment en créant un organe d'évaluation transversale de la qualité des études, un « évaluateur des évaluateurs ». Pour le Conseil d'Etat en 2016, il pourrait s'agir d'une structure de certification indépendante – selon un modèle répandu dans d'autres Etats mais aussi au niveau de la Commission européenne, dont le Comité d'examen de la réglementation (RSB – *Regulatory Survey Board*) peut contraindre les directions générales à reprendre leurs études d'impact.

Plus généralement, les praticiens s'accordent à dire que le principal défi consiste à changer de culture normative pour faire véritablement évoluer la production du droit. Comme l'illustrent les propos tenus ci-dessus, c'est bien souvent le mésusage, la méconnaissance ou l'indifférence que suscitent les outils qui expliquent les insuffisances de la politique de qualité du droit, plus que des défauts dans leur conception. Ainsi que l'écrivait Catherine Bergeal, présidente de section au Conseil d'Etat : « le nombre de guides de légistique, chartes diverses de la qualité et autres manuels de bonne pratique augmente à raison inverse de la multiplication des textes n'obéissant (...) à peu près à aucune des recommandations savamment mises en forme »¹².

Par ailleurs, les propositions évoquées ci-dessus, malgré le consensus qu'elles suscitent en apparence, n'ont pas été mises en œuvre, et les dispositifs de la qualité du droit en France n'ont quasiment pas évolué au cours des cinq dernières années. Ces différentes considérations se conjuguent pour suggérer l'intérêt d'une nouvelle approche.

¹² Catherine Bergeal, *op. cit.*, p. 54.

5. CE CONSTAT, QUI LAISSE À PENSER QUE LES REMÈDES TECHNIQUES SONT INSUFFISANTS, CONDUIT À METTRE EN VALEUR DE NOUVEAUX OUTILS QUI VISENT À AMÉLIORER PLUS FONDAMENTALEMENT LES PROCESSUS NORMATIFS,

PAR L'ÉVALUATION ET L'EXPÉRIMENTATION

Un outil potentiel de ce changement de culture normative, mis en avant dans deux récentes études du Conseil d'Etat (2019 et 2021), est celui d'une meilleure intégration de l'évaluation et de l'expérimentation à la conception des textes. Suivre l'évolution des études du Conseil d'Etat entre 1991 et 2021 est d'ailleurs instructif : le parcours allant de la sécurité juridique (1991) à l'expérimentation et l'évaluation, en passant par la complexité du droit (2006) puis sa simplification (2011), montre une vision de plus en plus globale des enjeux de la qualité du droit.

En premier lieu, l'expérimentation apparaît comme une façon élégante de dépasser certaines apories de la politique de qualité du droit.

En effet, il est largement reconnu que, d'une part, l'administration a du mal à envisager sérieusement « l'option zéro », c'est-à-dire la possibilité de ne pas produire une norme. D'autre part, la production de normes reste un signal politique indépasseable dans l'esprit de beaucoup de décideurs. De ce point de vue, l'expérimentation permet de créer un droit provisoire, répondant donc aux impératifs politiques qui nourrissent la production de normes, tout en ouvrant la voie à ce que celle-ci ne soit pas pérennisée, notamment sous l'éclairage des données recueillies pendant l'expérimentation. Elle constitue en théorie une manière idéale de répondre à des impératifs apparemment contradictoires.

Certes, encore faut-il que l'expérimentation soit prise au sérieux par ses initiateurs : elle ne résiste pas toujours à la volonté politique, soit qu'elle soit généralisée avant d'être évaluable – comme ce fut le cas lors d'une refonte majeure du premier minima social français, en 2009 –, soit qu'elle soit engagée sans réflexion sérieuse sur ses objectifs. A cet égard, l'étude de 2019 du Conseil d'Etat relevait que les dispositifs expérimentaux présentaient souvent des faiblesses tenant à l'insuffisance de leur préparation – définition des indicateurs et des hypothèses à tester, notamment –, de leur pilotage et à une évaluation lacunaire – par exemple, basée sur les seuls retours de policiers volontaires en ce qui concerne la mise en place de caméras piétons.

Néanmoins, le succès constaté des dispositifs expérimentaux, qui ne se dément pas, témoigne du potentiel de l'outil. Entre 2017 et 2022, sous le dernier mandat en date de l'Assemblée nationale française, 158 articles de loi expérimentaux ont été votés¹³, soit 50 % de plus que sur les cinq années précédentes. Bien que cela

¹³ Calcul personnel pour la période 2019 – 2022, selon la méthode utilisée par l'étude du Conseil d'Etat (2016) dont les chiffres sont repris pour la période antérieure

ne représente que 2,5 % environ des articles législatifs¹⁴, des dispositifs essentiels sont ainsi mis à l'épreuve, comme la recentralisation du versement du revenu de solidarité active, le principal minimum social français, aujourd'hui géré par les collectivités, et qui est expérimentée dans deux départements. On peut aussi relever, parmi les indices encourageants, l'attention portée par le législateur à la qualité des expérimentations, qui l'a poussé à créer en 2021 un comité d'évaluation d'une importante réforme de la justice pénale, actuellement en cours d'expérimentation.

Par ailleurs, les outils du droit français pour expérimenter ont eux-mêmes été réformés par le législateur, témoignant là encore de sa volonté d'encourager leur recours. Une loi organique du 19 avril 2021 a largement libéralisé les expérimentations applicables aux compétences des collectivités locales, en allégeant la procédure applicable et surtout en supprimant l'alternative entre « généralisation » et « abandon » du droit expérimental. Les mesures expérimentées pourront donc être pérennisées dans certaines collectivités seulement, sous réserve du principe d'égalité – conformément aux recommandations formulées par le Conseil d'Etat en 2019. On peut également citer, dans le même esprit, le dispositif original qui permet aux représentants locaux de l'Etat de déroger à des règles nationales sur demande, par exemple d'un acteur économique ou d'une collectivité, et qui constitue une sorte d'expérimentation spontanée de mesures de simplification, ou encore les « bacs à sable réglementaires » mis en place par les autorités de régulation.

En second lieu, et plus généralement, la politique de la qualité du droit doit être replacée dans l'enjeu plus général de l'évaluation des politiques publiques que la norme ne fait que porter.

Certaines des propositions formulées à ce titre rejoignent des préoccupations proches de celles qui ont été exprimées plus haut, au titre des instruments plus classiques de la qualité du droit. Ainsi, le Conseil d'Etat a pu recommander en 2021 plusieurs évolutions du contenu des études d'impact législatives, pour faciliter l'évaluation : il s'agirait de renforcer les exigences pesant sur les textes les plus importants, et de prévoir que les études d'impact fixent à l'avance les indicateurs d'une future évaluation. Une autre piste de réflexion tient au développement d'une évaluation indépendante, là où l'étude d'impact constitue toujours une auto-évaluation. Cela pourrait passer par un recours plus intense au monde de la recherche, comme le recommandait le Conseil d'Etat en 2021, mais aussi à de nouveaux acteurs publics, comme une éventuelle « Agence parlementaire d'évaluation » préfigurée en 2018 par une mission parlementaire.

Mais l'apport de l'évaluation à la qualité du droit pourrait aussi venir d'outils qui ne sont pas directement liés à la production de la norme. A titre d'exemple, une proposition très novatrice de l'étude du Conseil d'Etat de 2021 est de favoriser l'évaluation des programmes des partis politiques. La formule proposée, à titre exploratoire, serait de flécher une partie des fonds publics qui leur sont versés à

¹⁴ Les indicateurs du secrétariat général du Gouvernement pour 2021 et 2022 n'étant pas encore disponibles, ce taux est estimé sur la base du nombre d'articles législatifs votés entre 2017 et 2021.

des travaux d'évaluation, solution qui resterait respectueuse de leur autonomie puisqu'elle ne les soumettrait pas à un évaluateur extérieur.

Cette proposition se place en extrême amont de la production normative, mais son effet de levier est potentiellement très grand. En effet, une des limites de la politique de la qualité du droit tient à l'impossibilité d'infléchir sérieusement une mesure qui a fait l'objet d'une annonce ou d'une promesse, notamment lors de la campagne de l'élection présidentielle, quels que soient les obstacles décelés lors de sa préparation ou de son évaluation *ex ante*. L'intégration d'une démarche qualité dès leur conception pourrait, indirectement, produire des effets très bénéfiques. Elle constitue un exemple de ce que le monde de la production normative pourrait gagner à une intégration plus systématique avec celui de la conception des politiques publiques.

*

Les évolutions successives du droit et des institutions français ont fini par dessiner une politique de la qualité du droit, bien que celle-ci n'ait pas été conçue selon un plan d'ensemble. Les limites de ses résultats et de ses instruments, mais surtout de l'appropriation qui en est faite par les pouvoirs publics, expliquent les nombreuses propositions versées au débat public pour en améliorer l'efficacité. Malgré ces propositions, force est de constater que le dispositif de la qualité du droit a peu évolué dans les dernières années.

Cela explique sans doute l'intérêt croissant des juristes français pour des outils qui ne visent pas tant à discipliner formellement la production normative qu'à donner les moyens de produire une norme mieux conçue, par l'expérimentation et l'évaluation. Il s'agit, en quelque sorte, non d'imposer la vertu normative, mais de donner envie de cette vertu. Sans attendre de ces évolutions une rupture totale, car la « non-qualité » du droit s'explique largement par des facteurs structurels sur lesquels il est difficile d'agir, elles constituent des pistes bienvenues pour renouveler un vieux débat.

SAŽETAK:

ŠTO SE JOŠ MOŽE UČINITI ZA KVALITETU PRAVA? SAVJETOVANJE, EKSPERIMENTIRANJE, UČINKOVITIJ PROCJENA: NOVA PERSPEKTIVA KVALITETE PRAVNE NORME

Rad analizira pitanje kvalitete prava u Francuskoj i mogućnosti unapređenja zakonodavnog procesa. Autor polazi od govora francuske premijerke Elisabeth Borne iz 2022. godine, u kojem je upozorila na pretjerano kreiranje pravnih propisa te potrebu za tzv. „normativnom štedljivošću“. Istaknuto je da se uspješnost politike ne bi trebala mjeriti količinom donesenih propisa, nego ponajprije njihovom učinkovitošću, jasnoćom i demokratskom legitimnošću. Francuski pristup kvaliteti prava tradicionalno je usmjeren na tzv. formalnu kvalitetu pravnih tekstova, odnosno na jasnoću, preglednost i smanjenje normativne inflacije. Takav pristup proizlazi iz francuske pravne tradicije u kojoj zakon zauzima središnje mjesto. Zbog toga se posebna pažnja posvećuje razumljivosti i provedivosti propisa, ali i pitanju jesu li određene norme uopće potrebne. Autor prikazuje glavne instrumente kojima Francuska nastoji poboljšati kvalitetu prava. Važnu ulogu imaju Državni savjet (Conseil d'État) i Glavno tajništvo vlade, koji nadziru kvalitetu zakonskih prijedloga i njihovu administrativnu provedivost. Također, postoje savjetovanja s javnošću i različitim interesnim skupinama, osobito u području zaštite okoliša. Uz to, za većinu zakonskih prijedloga izrađuju se studije procjene učinaka, koje analiziraju gospodarske, socijalne i financijske posljedice propisa. Unatoč razvijenim mehanizmima, autor smatra da postoje brojni nedostaci. Studije procjene učinaka često se izrađuju prekasno i uglavnom služe opravdavanju već donesenih političkih odluka, dok se alternativna rješenja rijetko ozbiljno razmatraju. Problem predstavlja i činjenica da se alati za poboljšanje kvalitete prava često ne koriste dovoljno učinkovito. Kao moguće rješenje autor ističe važnost eksperimentiranja i evaluacije javnih politika. Eksperimentalni propisi omogućuju privremeno uvođenje mjera kako bi se procijenili njihovi stvarni učinci prije konačnog usvajanja. Time se nastoji postići fleksibilniji i racionalniji zakonodavni proces. Poboljšanje kvalitete prava ne ovisi samo o novim tehničkim pravilima, nego prije svega o promjeni političke i upravnopravne kulture te većoj usmjerenosti na procjenu stvarnih učinaka pravnih propisa.

Anne-Laure Girard*

LES NOUVEAUX ACTES DE L'ADMINISTRATION : INSTRUMENT ET EGAREMENT DE LA QUALITE DU DROIT

UDK: 342.924
DOI: 10.31141/zrpfs.2023.60.148.409
Izlaganje sa znanstvenog skupa
Primljeno: 10. 2. 2023.

La crise sanitaire n'a pas démenti la fascination contentieuse qui anime, depuis près d'un siècle déjà, la doctrine administrative française. L'attention de celle-ci s'est portée prioritairement et massivement sur ce foisonnement, inédit par son ampleur, d'ordonnances de référé suscitées par les mesures liées à la pandémie. Comme par atavisme, les théoriciens du droit administratif se sont donc peu offert le loisir de penser les autres bouleversements irriguant au même moment leur discipline. Et, non sans ironie, c'est un homme du Conseil d'Etat, Charles Touboul, en détachement à la tête de la direction des affaires juridiques des ministères sociaux, qui a suggéré que la crise sanitaire était la cause, non pas seulement d'une crise législative, mais d'une crise plus générale de la normativité.

Le lien de cause à effet est exagéré. L'histoire du droit administratif français enseigne que les crises de toute nature constituent un puissant révélateur et accélérateur de formes juridiques latentes. L'épidémie de Covid ne fait pas ici figure d'exception. Elle met au jour, non pas tant de nouvelles modalités de l'action publique, qu'une intensification de celles-ci qui annonce leur banalisation et pérennisation par-delà le contexte sanitaire. Si l'Etat français s'est servi avec prodigalité des instruments classiques du droit – dizaines de lois, centaines de règlements ministériels d'urgence sanitaire, multitude d'ordonnances – il a prolongé cette action au moyen de vecteurs moins ancrés dans la culture juridique française : tweets, communiqués, fiches, protocoles sanitaires, foires aux questions, guides repères, infographies. Elles ont en partage de relever de l'informel. Non expressément prévues par l'ordonnancement juridique, elles ne supposent pas, pour l'heure, le respect de règles de formes et de procédure. Elles ne disposent même pas de support physique, l'action administrative empruntant ici la voie de la dématérialisation. Elles présentent encore pour caractéristique d'étendre au-delà des seuls agents de l'administration leurs effets, même si la portée réelle de ces derniers à l'égard des tiers -contraignants, notables ou simplement incitatifs- varie à l'envi. Nous rassemblerons aujourd'hui les expressions de cette action administrative originale, qui sera au cœur de notre propos, sous le vocable d'« actes nouveaux ». Ce choix terminologique pourra vous apparaître décevant. Mais la découverte de l'essence et du sens doit précéder l'acte de baptême. Et, pour pasticher Nicolas Boileau : ce que l'on conçoit bien se nomme ensuite clairement.

Cette quête menée autour des nouveaux actes de l'administration ouvre la voie à une réflexion plus ambitieuse sur la figure de l'Etat « hyper-moderne », succédant à celle de l'Etat « post-moderne », dont il faudra bien que la doctrine administrative finisse par se saisir frontalement. Cette substitution de préfixe traduit déjà, dans d'autres disciplines que le droit, les changements affectant

* Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris 2/Profesor Sveučilišta Panthéon-Assas, Pariz.

la société, l'individu et leurs valeurs. Et les nouveaux actes de l'administration forment autant d'échos aux mots et descriptions inspirés par cette hypermodernité. Sociologues et philosophes évoquent notamment une hyperconsommation face à une gamme, élargie à l'excès, de produits de toutes natures, de moins en moins standardisés et de plus en plus personnalisés. Ils dépeignent aussi un hyperindividualisme où l'homme, persuadé plus que jamais de son autonomie, à force d'informations et d'affranchissement des cadres structurants de la modernité, revendique la pleine liberté de ses comportements. Ils accolent encore à cette hypermodernité la fluidité, la flexibilité. Ils identifient enfin ensemble une accélération du temps, désormais marqué par l'immédiateté et l'urgence. Si l'on veut bien admettre ce changement paradigmatique, les nouveaux actes de l'administration n'apparaissent plus seulement comme une réponse éphémère à une crise, mais s'inscrivent pleinement et durablement dans leur époque. Appelés ainsi à perdurer, en quel sens les actes vont-ils influencer la qualité du droit ?

Explorer les interactions de ces actes nouveaux de l'administration avec la qualité du droit fait surgir une difficulté supplémentaire. La seule évocation de ces dix dernières années suffit à attester de ce que le sujet forme en France une véritable antenne relayée par des sources prolifiques : lois, circulaires, mission BALAI (Bureau d'annulation des lois anciennes et inutiles), rapports, colloques... Ressassée jusqu'à l'obsession, la qualité du droit n'en demeure pas moins rétive à toute définition. Aucun texte normatif en France n'énonce ses critères qui évoluent au gré des circonstances, des époques, et des cultures. Pavillon recouvrant toutes sortes d'aspirations, elle désigne, en quelques mots, des réponses à une profusion de maux. Nous ne pouvons ici qu'en livrer les principales déclinaisons : prévisibilité de la règle, stabilité des situations juridiques, sécurité juridique, clarté, intelligibilité et accessibilité des textes, pertinence, adaptabilité et effectivité de la norme, déflation normative, rassemblement des sources éparses par la codification, déverticalisation de la règle de droit. Cette indétermination favorise un jeu autour des rapports de complémentarité, de concurrence et de contradictions que nouent les actes nouveaux de l'administration et la qualité du droit.

On conçoit en effet d'emblée qu'une action administrative saturée d'informel et de dématérialisation alimente le phénomène redouté de la densification normative. L'envahissement de ces « normes de terrain » et du « quotidien », incitant et façonnant les esprits, tantôt l'air de rien, tantôt ostensiblement, par un goutte-à goutte continu, obscurcit jusqu'à l'idée de normativité : voilà que juges et doctrine vont devoir désormais s'emparer de l'"infra-souple". Mais, depuis des années déjà, le Conseil d'Etat invite à élargir « la gamme des moyens d'action des pouvoirs publics » en imaginant d'« autres manières [...] d'orienter les comportements que la production de règles de droit dur ». La « passion française » du droit, qui n'a d'égale que celle pour l'égalité, suppose, plus encore en période de crise, que tout problème reçoive une réponse normative. Endiguant la production de règles classiques, et l'accompagnant, par un lien numérique avec le destinataire de la norme ainsi mieux mis à même d'en comprendre le sens et la portée, les nouveaux actes de l'administration se dressent aussi comme des remparts contre la déprédation du droit. Et c'est cette tension, entre promesse d'amélioration (I) et menace de dépréciation du droit (II), dont nous voudrions rendre compte aujourd'hui.

1. LA PROMESSE D'UNE RESTAURATION QUALITATIVE

Parés de vertus singulières et difficilement égalables, les nouveaux actes de l'administration se présentent comme des vecteurs prometteurs de la qualité du

droit. Leurs caractères informel et dématérialisé obvient les lenteurs des sources classiques (A). Mieux, ils métamorphosent la physionomie de la règle de droit, nimbée par leur intermédiaire du double visage de l'universalité et de l'individualité (B).

1.1. Une réinvention de la temporalité

Les nouveaux actes de l'administration sont au cœur d'un jeu temporel devant lequel achoppent le plus souvent les sources classiques. Le droit du travail illustre la stratégie d'anticipation et d'adaptabilité déployée grâce à eux en temps de COVID. Dans cette branche, la crise sanitaire a provoqué « une fatalité du droit mou » parce qu'il incombait au ministère de prodiguer une communication rapide, efficace et évolutive avec les entreprises et les salariés sur la manière de travailler. Dès le début de l'épidémie, plusieurs « fiches conseil » adaptables dans le temps, couvrant 49 métiers et détaillant les précautions à prendre dans différents environnements professionnels, ont été publiées sur le site du ministère. Celles-ci ont été relayées par la mise en ligne de nombreuses foires aux questions constamment actualisées. Enfin la publication, entre mai 2020 et août 2021, de deux protocoles nationaux exposant les mesures de distanciation sociale, les modalités pratiques du nettoyage, la mise en place du télétravail parachève cette entreprise aux confins de la communication et de la réglementation. La diffusion numérique, sur un portail clairement identifié, de documents affranchis de toutes règles de forme et de procédure (parfois même de compétence, le ministère ayant un temps repris à son compte des documentations produites par des organisations professionnelles), a formé un outil plus approprié que le droit dur qui ne peut être constamment modifié, sauf à remettre en cause la qualité même du droit. La vocation substitutive de ces actes nouveaux a d'ailleurs été revendiquée par le Premier ministre lui-même, lors d'une allocution en date du 6 décembre 2021, annonçant, au sujet des documents diffusés par le ministère en charge du travail, que leur non-respect supposerait de remplacer la recommandation par l'obligation. Plus agiles dans leur édicition, mais plus fragiles dans leur exécution, ils offrent un authentique laboratoire d'expérimentation avant l'ultime recours aux règles fixes et contraignantes.

Alors que le thème de la qualité du droit évoque l'évaluation *ex ante* ou *ex post* du droit, les actes informels sont encore dotés d'un atout atypique : celui de procurer une évaluation *in itinere*. Charles Touboul concède ainsi que ces textes parallèles ont pu permettre à l'administration qui avait, dans l'urgence, édicté un mauvais règlement, « d'exciper d'un bon communiqué de presse », conduisant à une application concrète de la règle suffisamment respectueuse des libertés fondamentales pour ne pas alimenter davantage le contentieux du référé-liberté. Mais ceux qui ont à cœur ou en tête quelques grands principes de l'action administrative, à l'exemple de l'obligation d'abroger les règlements illégaux, hésiteront peut-être à applaudir cette propension.

Réponse efficace à l'accélération du temps juridique qui dépasse le seul contexte de crise sanitaire, les actes informels et dématérialisés de l'administration entretiennent donc une relation de complémentarité, parfois matinée d'un brin de concurrence, avec les sources classiques du droit. Elles contribuent aussi à l'effectivité de ces dernières par un tour prodigieux.

1.2. Le prodige de l'universalité et de l'individualité

Dans son étude sur la simplification et la qualité du droit en 2016, le Conseil d'Etat rappelait que l'adhésion aux règles de droit et « le respect qui en découle ne peuvent se porter sur un droit que sa complexité tient éloigné de l'ensemble des citoyens, au point de leur devenir étranger ». Les nouvelles modalités de l'action administrative contribuent puissamment à briser ce rapport d'altérité entre le destinataire et la règle. Sous leur effet, la norme ne recouvre pas seulement sa généralité. Elle accède à l'universalité. Véritable fil d'Ariane dans le dédale normatif, les nouveaux actes de l'administration parent le système juridique d'une lisibilité et d'une accessibilité qui lui fait souvent défaut. L'individu sait désormais où trouver une traduction en termes simples et courants de la norme, souvent enrichie de tableaux synthétiques et de pictogrammes. La documentation produite par les administrations colore les normes d'universalité en mobilisant un langage compris de tous, en s'appuyant sur les sens des hommes, davantage même que sur leur intelligence. La normativité se fait « intuitive, directement comprise, saisie [...] de manière presque réflexe, qui ne requiert [...] ni interprétation, ni réflexion ». Le site du ministère de l'Education nationale forme le symbole de cette normativité créative, ludique, concrète et tangible. Le plan de continuité pédagogique repose, pour l'année 2022-2023, sur trois scénarios prévoyant la mise en place ou non d'un enseignement « hybride » ou à distance, en fonction de l'évolution de la situation sanitaire. Ces hypothèses, qui peuvent varier selon les territoires et les niveaux d'enseignement, sont condensés dans un tableau à quatre entrées et autant de couleurs. L'on découvre encore, sur ce même site, l'expression de la diversité des modalités d'aération des espaces scolaires (transversale, en grand, par entrebâillement) à l'aide de dessins. Sans doute ces documents vont-ils plus loin que la seule vulgarisation de la norme proprement dite, en cherchant à susciter des comportements infimes du quotidien qui échappent à l'empire du droit. Mais il y a là une démonstration supplémentaire de la complémentarité entre les actes nouveaux, porteurs de forces détails et principes purement hypothétiques, et les règles classiques, confortées dans leur généralité et permanence.

Dans la même étude de 2016, le Conseil d'Etat ne dissimulait pas sa quête d'outils facilitant « une appropriation de la règle de droit ». La communication ministérielle en ligne, par son langage et ses visuels, contribue certes à ce que le destinataire de la norme la fasse sienne. Mais, elle transforme aussi la règle, littéralement, en bien propre à l'individu. Reflets du terreau de l'hypermodernité dans lequel ils plongent leurs racines, les nouveaux actes de l'administration regorgent d'interpellations

personnelles et circonstanciées. Derrière la règle générale, surgit l'adresse individuelle étayant plus encore le respect effectif du droit classique. Les foires aux questions ministérielles recèlent ainsi des questionnements mettant le « moi » en vedette : « que se passe-t-il si **je** suis/vis avec une personne vulnérable » ? « Dans quels cas dois-**je** m'isoler ? » Elles instillent des réponses personnalisées sur le droit applicable à une situation particulière dont on pouvait penser, jusqu'à peu encore, que le rescrit formait l'archétype. Les nouveaux actes de l'administration se dressent alors comme étendard de ce « changement de culture normative », régulièrement élevé au rang de pivot de l'amélioration véritable de la qualité de droit. Vecteur de pédagogie individuelle et citoyenne, ils servent pareillement la démocratie administrative. En effet, exemptés de tout carcan procédural, ils facilitent aussi l'appropriation des principes par l'association des individus à leur conception. Ainsi, la ministre de la Culture a-t-elle pu annoncer, en février 2021, que le cadre d'organisation des festivals serait précisé au moyen de protocoles sanitaires, conçus en concertation avec les professionnels. Ces actes novateurs, associant l'individu, l'interpellant, le touchant jusque dans ses sens atténuent donc le hiatus qui sépare le destinataire de la règle de droit.

Cependant, et pour parodier, cette fois-ci, Romain Gary : avec les nouveaux actes, l'administration « vous fait, à l'aube, une promesse qu'elle ne tient jamais ». L'espérance en la rédemption du droit ne va pas son lot de déceptions.

2. LA MENACE D'UNE DÉPRÉDATION NORMATIVE

Les actes dématérialisés et informels aggravent l'image d'une normativité débordante. Débordante, la normativité l'est d'abord par son volume, que les communications de l'administration font enfler au point que jamais l'expression « harcèlement textuel » n'a résonné avec une telle acuité. Débordante, la normativité l'est ensuite par son objet qui oscille ou enchevêtre obligation, modèle, usage, référence. Seule une œuvre patiente d'acculturation (B) semble à même d'endiguer la menace incarnée par ces nouveaux actes pour la conception de la normativité, désormais vaporeuse et insidieuse, et celle de l'Etat de droit (A).

2.1. Une régression de l'Etat de droit

Les nouvelles modalités de l'action publique minent les soubassements même de l'Etat de droit qui a si puissamment contribué à l'essor du droit administratif français au début du XX^e siècle.

Elles libèrent, en premier lieu, l'administration du respect des règles de forme et de procédure, que Jèze et Hauriou exaltaient comme autant de garanties d'impartialité et de rationalité de la décision, d'instruments éclairant les autorités administratives et neutralisant les intérêts personnels de ceux appelés à agir au nom des personnes publiques. L'administration elle-même semble consciente des

menaces induites par son action. En témoigne, le ministère des solidarités et de la santé rappelant par deux fois son attachement à l'Etat de droit dans son protocole du 20 avril 2020 qui décide aussi bien de la suspension des sorties individuelles et collectives des résidents des EPHAD que la possibilité d'un confinement individuel en chambre. La seule évocation, fût-ce à deux reprises de l'Etat de droit, ne suffit pas à conserver la confiance dans un système juridique qui se déleste de la lourdeur des garanties pour porter atteinte, par des supports numériques, aux droits de ses sujets les plus vulnérables.

En second lieu, les nouveaux actes de l'administration subvertissent jusqu'à la hiérarchie des normes. Ils déforment la règle de droit en diffusant des interprétations erronées sur laquelle s'appuient d'authentiques sanctions pénales. Le communiqué de la préfecture de police de Paris, en date du 19 février 2021, atteste de cette réécriture de la norme en mentionnant l'interdiction des fêtes dans les domiciles privés, quand le décret du 15 janvier 2021 sur lequel il s'appuie, ne prohibe que les rassemblements dans l'espace public et dans les établissements recevant du public. L'affaire des bicyclettes renseigne tout autant sur cette altération et ce durcissement de la norme inscrite dans le droit classique. Alors que l'article 3 du décret du 23 mars 2020 autorisait les déplacements brefs, dans la limite d'une heure quotidienne, et dans un rayon maximal d'un kilomètre autour du domicile, plusieurs autorités de l'Etat ont diffusé sur les réseaux sociaux et dans des foires aux questions l'information selon laquelle la pratique de la bicyclette était interdite dans ce cadre. Cette communication écrite et relayée par un pictogramme a été source d'une affluence de procès-verbaux de contravention dressés à l'encontre des cyclistes. En réaction, le juge a consacré, si ce n'est une injonction de tweeter, du moins une injonction de communiquer légalement. Si Prosper Weil pouvait s'émerveiller au siècle précédent de ce que l'Etat lui-même acceptait de se considérer comme lié par le droit, il faut désormais redouter le basculement du miracle au mirage. Ces documents ne se présentent pas seulement comme des vecteurs de violation des règles supérieures par l'administration. D'une manière fallacieuse, ils orchestrent un mélange des genres, où l'impératif côtoie le conseil ou l'exemple, et portent à son paroxysme le sentiment d'insécurité juridique. Pour que le droit ne devienne pas soluble dans la communication numérique, un important travail d'acculturation reste à entreprendre, par lequel juge et doctrine transformeraient en objet familier aux justiciables et aux individus ces nouvelles modalités de l'action administrative.

2.2. La voltige de l'acculturation

L'histoire de la circulaire administrative en France éclaire le phénomène d'acculturation que le Conseil d'Etat initie à présent au sujet des nouveaux actes de l'administration. Né comme un simple fait de l'administration, la circulaire a progressivement, sous l'impulsion de la jurisprudence administrative, accédé au rang d'acte juridique véritable, doté d'un régime attestant de son appartenance à la catégorie des actes administratifs unilatéraux. Et, c'est en raison de la trop

grande institutionnalisation et juridicisation de ces circulaires que l'administration recherche aujourd'hui des voies d'action plus souples. Le vice-président du Conseil d'Etat ne l'ignore pas, comme le démontre l'entretien qu'il livre en 2021 : « Il est difficile d'imaginer ce que seront les futurs modes d'action de l'administration en fonction notamment de l'évolution des techniques de communication. Une chose est certaine : le juge administratif et le Conseil d'Etat veilleront toujours à s'adapter à ces évolutions ».

La fonction consultative du Conseil le munit d'un premier atout d'assimilation envisagé dès 2016 : « L'importance de ces documents pour l'intelligibilité du droit justifie que le Conseil d'Etat, comme il le fait pour les études d'impact des projets de loi, examine la qualité de leur contenu et puisse faire des préconisations visant à l'améliorer avant leur publication [...] Cette publication devrait toutefois être assortie d'un avertissement sur le statut du document, mentionnant notamment qu'elle est donnée à titre purement indicatif et ne constitue pas une interprétation formelle du texte. »

Sa fonction contentieuse lui fournit ensuite à la fois le moyen de rapprocher les actes administratifs dématérialisés et informels des actes administratifs unilatéraux traditionnels et celui d'établir une frontière nette entre eux. Conscient que des actions de communication, ne modifiant pas en principe la situation juridique des intéressés, sont susceptibles d'affecter notablement leur situation de fait, le Conseil d'Etat a, par la décision *GISTI* du 12 juin 2020, largement ouvert la voie de recours pour excès de pouvoir à l'encontre de ces nouveaux actes. Il faut lire en complément les conclusions du rapporteur public sur cette affaire, mettant au jour l'inclination croissante de l'administration à « fragmenter les circulaires en de multiples pages de sites intranet ou internet qui n'ont ni auteur individuel ni destinataire désigné », et proposant en réaction la justiciabilité des documents de référence de l'administration « ayant une portée générale, sans considération de forme ni de tonalité ». La contribution de la décision de section est essentielle parce que l'ouverture du prétoire ramène dans le giron du droit ces actes qui ont parfois voulu s'en éloigner trop. Elle pose les jalons d'une meilleure compréhension de leur nature et de leurs effets, même si les requêtes introduites lors de la crise sanitaire traduisent, pour l'heure, l'embarras extrême des justiciables et de leurs conseils. La décision du 22 décembre 2020 des 10^e et 9^e chambres réunies est, à ce titre, symptomatique. Suivant une jurisprudence classique sur les décisions non formalisées, le requérant dirigeait son recours pour excès de pouvoir contre « la décision révélée par la mise en ligne de modèles d'attestation de déplacement dérogatoire et de justificatif de déplacement ». Là où le justiciable imagine une décision véritable, simplement privée d'instrumentum, le juge administratif n'aperçoit qu'un document de portée générale émanant d'une autorité publique susceptible de produire des effets notables sur la liberté d'aller et venir des personnes concernées par l'interdiction de sortie. Et là où le requérant croit contester un impératif, le juge place sous ses yeux une simple référence à imiter ou à reproduire. La décision du 22 avril 2022 traduit des approches similaires. Si la recevabilité du recours pour excès de pouvoir est admise contre le protocole sanitaire dans les établissements scolaires, en application de

la jurisprudence GISTI, les 6^e et 5^e chambres réunies, comme le juge du référé du Conseil d'Etat avant elles, n'identifient aucun impératif adressé aux parents mais de simples règles de bonne conduite. La lecture de ce protocole, qui énonce notamment qu'il « appartient aux parents de fournir des masques à leurs enfants » laisse les observateurs de cette décision perplexe. Faut-il voir là une nouvelle position de principe du juge, renonçant à démasquer la nature réelle des actes de l'administration derrière leurs intitulés et apparence, et considérant que la documentation en ligne se soustrait toujours à la qualité d'acte décisoire ? Attentifs à cette opération de neutralisation, certaines associations de parents n'ont pas manqué de revendiquer leur liberté de ne se soumettre à l'avenir à aucune des préconisations de ce protocole dont la nature avait été clarifiée.

En opérant un départ franc entre décisions administratives et documentation administrative, le juge restitue la vocation véritable de cette dernière, qui ne devrait œuvrer qu'à l'amélioration de la qualité du droit, par l'information, et non à sa dégradation, par un jeu captieux autour de la normativité. La doctrine ne doit pas renoncer à la part qui lui incombe dans la clarification de ces actes orientant les individus jusque dans leurs habitudes.

SAŽETAK:

NOVI AKTI UPRAVE: NAČINI ODSUPANJA OD KVALITETE PRAVNE NORME

Rad analizira tzv. „nove akte administracije“ koji su se posebno razvili tijekom pandemije bolesti COVID-19 te njihov utjecaj na kvalitetu prava i funkcioniranje pravne države. Autorica polazi od tvrdnje da pandemija nije stvorila potpuno nove oblike upravnog djelovanja, nego je ubrzala i intenzivirala već postojeće tendencije u francuskom upravnom pravu. Uz klasične pravne instrumente poput zakona, uredbi i odluka, država je sve više koristila neformalne i digitalne oblike komunikacije: internetske objave, protokole, vodiče, često postavljana pitanja, infografike i objave na društvenim mrežama. Takvi akti nisu izričito predviđeni pravnim propisima, često nisu podvrgnuti formalnim pravilima ni procedurama, ali imaju značajan utjecaj na ponašanje građana i funkcioniranje javne uprave. Autorica povezuje razvoj tih novih oblika djelovanja s konceptom „hipermoderne države“. U suvremenom društvu obilježenom ubrzanosti, fleksibilnošću, digitalizacijom i individualizacijom, pravo se više ne može oslanjati isključivo na tradicionalne i spore normativne mehanizme. Novi upravni akti omogućuju brzu prilagodbu promjenjivim okolnostima, što je tijekom zdravstvene krize bilo posebno važno. Primjerice, francusko Ministarstvo rada objavljivalo je savjete, protokole i FAQ dokumente koji su se neprestano ažurirali kako bi poslodavci i radnici dobivali jasne i aktualne upute. Takvi dokumenti pokazali su se fleksibilnijima od klasičnih propisa koje je teško često mijenjati bez narušavanja pravne sigurnosti. S druge strane, autorica upozorava da ti novi oblici djelovanja predstavljaju ozbiljnu prijetnju kvaliteti prava i načelima pravne države. Budući da nisu jasno definirani ni hijerarhijski uređeni, često stvaraju pravnu nesigurnost i konfuziju između obvezujućih pravila i običnih preporuka. Tijekom pandemije pojedine upravne komunikacije čak

su pogrešno tumačile postojeće propise, što je dovelo do nezakonitih sankcija građanima. Kao primjer navodi se zabrana vožnje bicikla tijekom „lockdowna“, iako takva zabrana formalno nije bila predviđena pravnim propisima. Time se briše granica između prava i komunikacije, a građani teško mogu razlikovati što je pravna obveza, a što samo preporuka administracije. Poseban problem predstavlja činjenica da ovi akti često zaobilaze klasična proceduralna jamstva koja štite građane od arbitrarnog djelovanja vlasti. Digitalna i neformalna komunikacija omogućuje javnoj upravi brzo djelovanje, ali istodobno oslabljuje kontrolu zakonitosti i transparentnosti. Upravo zato, važnu ulogu ima sudska praksa. Francuski Državni savjet postupno priznaje mogućnost sudskog osporavanja takvih dokumenata, osobito nakon odluke GISTI iz 2020. godine, čime ih ponovno uključuje u okvir pravne kontrole. Novi akti administracije imaju dvojaku prirodu. Oni mogu poboljšati razumljivost, dostupnost i učinkovitost prava, ali istodobno nose rizik pretvaranja prava u nejasan i nestabilan sustav. Kvaliteta prava ovisit će o pravnoj teoriji, sudovima te javnoj upravi, koji će imati ulogu da jasno odrede pravnu prirodu i granice tih novih oblika upravnog djelovanja.

Benoît Plessix*

DÉCISION ADMINISTRATIVE ET DÉMOCRATIE ADMINISTRATIVE

UDK: 342.9
Priljeno: 1. rujna 2018.
Izvorni znanstveni rad

La démocratie administrative n'est pas un mécanisme inutile. Par conséquent, les éléments suivants sont considérés dans cet article: référendum sur l'initiative citoyenne au niveau local, organes consultatifs au niveau local qui rassemblent les fonctionnaires au niveau local et les clients finaux, les messages issus de la démocratie administrative, etc. Il souligne que la démocratie administrative favorise la participation dans la prise de décision publique par divers professionnels et la nécessité de la présence systématique de divers participants à la discussion (associations civiles, etc.). Enfin, les inconvénients de la démocratie administrative sont également observés.

Mots clés: *administration, décisions, démocratie administrative*

Je voudrais tout d'abord exprimer mes plus vifs remerciements aux organisateurs de ces rencontres, notamment M. Marc Gjidara, de m'avoir convié à ces rencontres juridiques et administratives franco-croates de droit. Je voudrais ensuite préciser à quel point, sur ce thème de l'Etat que nous évoquons pendant ces deux jours, il m'a semblé important de vous apporter l'éclairage du droit français sur les rapports qu'entretiennent les notions de décision administrative et de démocratie administrative.

La première n'a pas besoin d'être longuement rappelée. Chacun le sait, elle est l'instrument de prédilection de la réalisation par l'Administration de ses missions : l'Administration agit, exécute la loi, maintient l'ordre public, assure des prestations de services au moyen de l'édition de décisions. Et en France, pays dans lequel le droit administratif a été entièrement forgé autour de la décision administrative, son édition tout autant que son contrôle, la décision administrative, c'est tout acte juridique unilatéral, qu'il soit individuel ou réglementaire, édicté par les autorités administratives ou par les personnes privées associées à l'action publique. Le droit administratif français est avant tout un droit de la décision, laquelle incarne ses valeurs, ses principes généraux, puisque c'est l'instrument du triomphe de l'intérêt général sur les égoïsmes privés et les intérêts particuliers, et c'est aussi l'objet du contrôle du juge administratif, chargé de vérifier que, en décidant, l'Administration a bien respecté la loi, expression de la volonté générale.

* Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris-2

Par contraste, le concept de démocratie administrative est étranger aux préoccupations traditionnelles du droit administratif français : il est plus familier des droits étrangers, anglo-saxons notamment, mais aussi des régimes juridiques applicables dans les pays qui ont accédé plus récemment à la démocratie libérale, comme l'Espagne, le Portugal ou les anciens satellites de l'ex-Union soviétique. Il est en effet intéressant de souligner que la démocratie administrative est une préoccupation beaucoup plus développée dans les pays qui ont été longtemps privés de démocratie politique. En France du reste, quand le droit administratif s'est préoccupé de proclamer quelques garanties, comme le respect par l'Administration des droits de la défense, comme l'obligation d'entendre préalablement tout administré allant faire l'objet d'une mesure défavorable, c'est parce que la France sortait des heures sombres du gouvernement de Vichy et de la seconde guerre mondiale. Ce qui montre à quel point les concepts de démocratie politique et de démocratie administrative entretiennent de forts liens de parenté. En réalité, pour faire simple, la démocratie administrative est un concept juridique militant qui reprend à son compte les deux grands idéaux de la démocratie politique : d'une part, la *transparence*, en ce sens que l'Administration doit être ouverte sur l'extérieur pour que les administrés puissent exercer leur droit de contrôle sur leurs agents, comme la citoyenneté politique leur permet de contrôler leurs représentants ; d'autre part, la *participation*, en ce que le propre de la citoyenneté est de pouvoir prendre part à la vie publique.

D'origine étrangère, le concept de démocratie administrative n'en exerce pas moins une influence sur le droit administratif français contemporain, qui, sous l'effet du droit de l'Union européenne, en est venu à reprendre à son compte les concepts de démocratie administrative, de citoyenneté administrative, de droits des administrés à la transparence et à la participation. Mais ce qui est intéressant à noter, c'est que, précisément, le cas français, par sa conversion récente à la démocratie administrative, révèle, dans le cas des décisions administratives, tout autant, les avantages que les inconvénients, les mérites que les limites de la démocratie administrative.

Quelques mots tout d'abord sur les mérites de la démocratisation de la décision administrative.

Que doit le droit administratif français à l'idéal de démocratie administrative ?

D'abord, une exigence de transparence, qui permet à l'administré d'exiger de l'Administration qu'elle informe, qu'elle s'explique, qu'elle ne se retranche pas derrière le secret et l'opacité dans ses processus décisionnels : reconnaissance en 1978 d'un droit d'accès aux documents détenus par l'Administration ; fin, depuis 2000, de l'anonymat des décisions administratives, avec obligation pour l'auteur d'une décision d'indiquer ses nom, prénom, qualité et des signer l'acte ; politique d'ouverture des données que l'Administration peut prendre en compte pour se décider dans un sens et pas dans un autre, ce que l'on appelle la politique de l'Open et du Big Data promue et règlementée depuis 2016.

Ensuite, la démocratie administrative, c'est la mise en avant d'une exigence de participation qui se manifeste de diverses manières :

- Par un droit d'initiative des administrés, à l'image du référendum d'initiative populaire en matière locale ;
- Par l'institution de cercles de personnes intéressées visant à réunir les destinataires d'une norme, à l'image des commissions consultatives des services publics locaux qui réunissent élus et usagers ;
- Par l'institution de consultations fermées, confiées à des organismes consultatifs ;
- Par l'institution, plus récente, de consultations ouvertes sur internet, aussi bien pour permettre au ministère de l'économie d'organiser de vastes consultations sur les projets de textes relatifs à la commande publique que pour permettre à une région de consulter la population sur un changement de nom, comme l'a montré un récent arrêt du Conseil d'Etat de 2017, consultations ouvertes qui doivent désormais se substituer aux commissions consultatives lorsqu'elles portent sur le même sujet ;
- Par des procédures d'enquête publique et de débat public, qui, à compter de 1983 et de 1995, se sont d'abord développées en matière d'aménagement (expropriation, urbanisme) et se sont ensuite étendues à la matière environnementale au point que, en droit français, sous l'effet de la convention d'Aarhus, le principe de participation en matière environnementale a même acquis valeur constitutionnelle, via l'article 7 de la Charte de l'environnement, complété par de nombreuses lois, en 2012 et 2016, qui aménagent avec détails les modalités de cette participation du public affecté par l'impact d'une décision administrative sur leur environnement naturel ou urbain.

Quels enseignements positifs peut-on tirer de cette promotion de la démocratie administrative ? J'en vois deux trois principaux.

Tout d'abord, cet avènement de la démocratie administrative permet au droit français de percevoir différemment l'intérêt général. Il ne s'agit pas ici de tout remettre en cause et de dire qu'il est bon que le droit français se convertisse à la définition anglo-saxonne d'un intérêt général conçu comme la somme des intérêts particuliers entre lesquels l'Administration ne devrait qu'arbitrer. La conception continentale et romaine de l'*utilitas publica*, d'un intérêt général distinct et supérieur aux intérêts particuliers, conserve toute son influence. Mais à force de voir dans l'intérêt général un intérêt transcendantal définie exclusivement par une élite administrative détentrice du savoir de ce qui est bon pour le bien commun, on finit trop en France par voir dans l'intérêt général une donnée immanente et nécessairement bonne en elle-même pour l'utilité de tous. Le principe de participation a au moins le mérite de faire redescendre l'intérêt général du ciel vers la terre, de faire prendre conscience qu'il est l'expression d'un choix politique et que, dans la détermination de ce choix, il entre, sinon une part de compromis, du moins une prise en compte des intérêts

contradictoires, ce qui implique d'écouter et de récolter la diversité des points de vue qui peuvent s'exprimer dans la communauté des administrés.

Ensuite, la promotion de la démocratie administrative a le grand mérite d'arracher le droit administratif français à son prisme contentieux. Ici aussi, il ne s'agit pas de tout remettre en cause. Le passé de la France explique pourquoi son droit administratif privilégie le contrôle du juge et les garanties contentieuses. Dans un pays qui a identifié l'Administration au pouvoir exécutif et l'a défini comme la fonction d'exécution des lois, il n'était pas absurde d'affirmer que l'Administration doit obéissance à la loi et qu'il revint au juge de la censurer toutes les fois – mais uniquement ces fois-là – où elle agirait *contra legem*. Mais le problème est que, dans les domaines comme l'urbanisme ou l'environnement où les autorités administratives disposent nécessairement d'un large pouvoir d'opportunité ou d'un pouvoir discrétionnaire pour suggérer seulement des comportements ou agir au plus près des faits concrets, un pur contrôle juridictionnel de légalité rencontre nécessairement des limites, et bute précisément sur l'interdiction pour le juge de s'immiscer dans l'appréciation des choix purement opportuns de l'Administration. Il est donc salutaire que le droit puisse, en amont du processus décisionnel, contraindre l'administration à entendre tous les points de vue, à savoir ce que les destinataires d'une future décision administrative, ce que les intéressés, pensent du projet d'aménagement de l'Administration. En écoutant, en consultant, en faisant la synthèse des points de vue exprimés, en confrontant ses arguments à ceux des administrés, l'Administration est mieux éclairée sur la réelle opportunité de ses choix, de ce qu'elle entend mettre en œuvre.

Enfin, dans un droit administratif français qui a longtemps été influencé par la vision de l'école objectiviste, de Léon Duguit et de ses disciples, la démocratie administrative introduit une dose de subjectivité dans un droit administratif profondément objectif, centré sur l'objet de l'action administrative et non sur ses sujets. D'une part, dans la mesure où elle permet la prise en compte préalable du point de vue des particuliers, la démocratie administrative participative assure la concrétisation et l'effectivité des droits subjectifs des particuliers mis en jeu par le projet de décision de l'Administration. D'autre part, sans exagérer le constat et faire croire que le droit administratif serait devenu l'égal du droit allemand par exemple, l'idéal de démocratie administrative, en assurant la concrétisation d'un droit de communication, d'un droit à l'information, d'un droit à la motivation, d'un droit à la participation, participe d'un meilleur ancrage des droits subjectifs des administrés, conception qui a longtemps été écarté par le droit français.

Tous ces mérites ne doivent pas occulter les défauts de cette démocratisation de la décision administrative. Le droit français, qui ne s'est converti que récemment à ce nouveau dogme, permet de prendre un peu de distance avec ce phénomène et d'en mieux percevoir les limites.

C'est le second point que je voudrais examiner.

Parce que le droit administratif s'est un peu moins que d'autres enthousiasmé pour la démocratie administrative, il permet de prendre la mesure des réserves

qu'implique cet idéal, du moins pour ce qui concerne l'édiction des décisions de l'Administration. Dans bien des cas, la démocratie administrative s'avère un outil inutile et un concept détourné.

Un outil inutile tout d'abord. D'un point de vue quantitatif, la participation demeure numériquement faible : les référendums d'initiative populaire en matière locale ne sont quasiment jamais initiés ; les débats publics n'attirent pas les foules ; les consultations ouvertes et autres enquêtes publiques n'attirent pas beaucoup de monde, ce qui contraste avec l'importance des projets envisagés et l'ampleur des informations diffusées. Il résulte un problème de légitimité, puisque la représentativité des participants apparaît comme très discutable pour légitimer la décision publique finale. Mais, le problème n'est pas purement quantitatif. Dans une très intéressante étude de John Hibbing et Elisabeth Thiess-Moss (*Stealth democracy*, 2002), des chercheurs ont pu montrer que les citoyens américains avaient un désintérêt qualitatif pour les procédures de participation, qu'ils n'avaient en fin de compte aucun désir de s'impliquer dans la gestion administrative et la prise de décision publique, car ils avaient une préférence pour le système classique d'élus et d'agents responsables leur permettant de rester en retrait de la gestion, même à leur niveau, de l'appareil administratif de l'Etat. Ce désintérêt quantitatif et qualitatif met à mal le concept de démocratie administrative, qui repose sur l'affirmation, la croyance, d'une volonté de réappropriation citoyenne de la *res publica*.

La démocratie administrative serait également inutile car inefficace. D'une part, la technicité des sujets d'aménagement sur lesquels on consulte des administrés, l'ampleur des informations qu'on leur délivre, l'absence des codes de communication propres à la bureaucratie font que les participants à une procédure administrative consultative n'ont pas nécessairement les codes de compréhension et d'argumentation propres à la pratique administrative. D'autre part surtout, l'efficacité de la démocratie administrative est logiquement tributaire de son impact sur la décision finale de l'Administration. Or, à l'exception peut-être du référendum local décisionnel, mais si peu utilisé en France depuis 2003, la démocratie administrative n'est pas synonyme de co-décision ; *in fine*, c'est toujours l'Administration seule qui décide. Dès lors qu'il n'existe pas vraiment d'obligation juridique de prendre en compte les résultats d'une consultation, d'adopter la décision qui serait la synthèse des points de vue exprimés, ou ne serait-ce que de motiver pourquoi la décision finale s'écarte de la consultation, ce qui en France n'a guère de chance d'arriver, l'obligation de motivation ne s'imposant qu'aux décisions administratives individuelles défavorables, la démocratie administrative est destinée à rester largement inefficace et inutile, sans influence sur le sens de la décision prise *in fine* par l'Administration. L'affaire récente en France du projet de construction d'un aéroport à Notre-Dame-des-Landes, où le résultat d'une consultation populaire favorable à la construction est resté sans effet sur la décision finale de renoncer à sa construction, en offre une illustration exemplaire.

Ce constat conduit à considérer que la démocratie administrative n'est pas seulement un outil inutile. C'est aussi un concept détourné. Détournement de la

part de l'Administration qui, sachant qu'une procédure consultative a été organisée sans avoir pour autant d'effet sur le contenu de la décision finale, en fait un outil de légitimation de ses décisions : alors même que le résultat final s'en est détaché, l'Administration peut toutefois faire valoir qu'elle a sollicité l'avis des administrés eux-mêmes et diffuser ainsi dans la société tout entière la croyance illusoire en la légitimité systématique et *a priori* des décisions publiques qui, si elles restent juridiquement unilatérales, ne seraient jamais prises sans et contre ceux auxquels elles sont destinées. N'oublions pas que, il y a déjà plus d'un siècle, le grand juriste et vice-président du Conseil d'Etat Édouard Laferrière observait que les formalités imposées à l'Administration ne l'étaient que « dans l'intérêt de l'acte administratif lui-même, de sa correction, de sa maturité, en un mot dans un but de bonne administration ». Où l'on voit que le concept de bonne administration n'a rien de nouveau et ne signifie pas nécessairement ce que l'on croit.

Détournement donc par l'Administration, mais aussi par certains groupes d'administrés. La théorie américaine de la capture, popularisée par George Stigler, trouve une nouvelle illustration en matière de démocratie administrative. Parce que la participation reste faible, parce que les consultations ouvertes sur internet ne saurait faire oublier l'existence d'une fracture numérique qui exclut toute une partie des administrés de la démocratie administrative, parce que la technicité des sujets exclut de fait les administrés sans expérience, la démocratie administrative favorise la participation à la prise de décision publique « de ceux qui disposent d'un savoir expert » ; « la présence systématique aux débats d'acteurs (associations, collectifs, etc.), ayant acquis une maîtrise des démarches consultatives par rapport aux individus profanes crée un danger d'instrumentalisation de celles-ci pour la promotion d'intérêts particuliers ou corporatistes ».

On le voit, la démocratie administrative, en matière de décision administrative n'a pas que des vertus. Pour conclure, je dirais plutôt qu'elle ni bonne ni mauvaise en soi. Tout dépend du contexte de l'ordre juridique dans lequel on souhaite l'acclimater. Soit un ordre juridique, en matière administrative, accorde depuis longtemps une large place à la collaboration de l'Administration avec les administrés, auquel cas rien ne s'oppose à une promotion des modalités de la démocratie administrative. Soit un ordre juridique, comme celui de la France, reste attaché à l'unilatéralité de l'action administrative, auquel cas le développement de la procédure administrative non contentieuse ne peut pas devenir le seul remède à l'arbitraire administratif, et il convient de conserver au contrôle en aval du juge administratif un rôle de premier plan dans la lutte contre les irrégularités et les dysfonctionnements de l'Administration. C'est pourquoi je trouve dangereux la politique actuelle du Conseil d'Etat, qui par des arrêts comme *Danthony* en 2011 et le tout récent arrêt *CFDT Finances* du 18 mai 2018, réduit la portée des vices de procédure et de forme dans le contentieux de l'annulation des décisions de l'Administration. On ne peut vouloir en même temps prétendre favoriser la promotion de la démocratie administrative en France et considérer en même temps que, au stade ultérieur du contentieux, les irrégularités formelles affectant les procédures participatives n'entachent pas d'illégalité les décisions administratives auxquelles elles ont abouti. Dans un État

qui peut légitimement vouloir préférer la procédure administrative contentieuse à la procédure administrative non contentieuse, on ne peut raisonnablement restreindre la première alors que la seconde ne la remplacera jamais.

SAŽETAK:

UPRAVNA ODLUKA I UPRAVNA DEMOKRACIJA

Rad analizira odnos između upravne odluke i upravne demokracije u francuskom upravnom pravu. Autor ističe da je tradicionalno francusko upravno pravo izgrađeno oko koncepta jednostrane upravne odluke kojom javna uprava ostvaruje javni interes i provodi pravne propise. U tom sustavu ključnu ulogu ima sudska kontrola zakonitosti upravnih odluka, dok je ideja upravne demokracije dugo vremena bila manje razvijena nego u nekim drugim europskim državama. Pojam upravne demokracije temelji se na dvama osnovnim načelima: transparentnosti i sudjelovanju građana u upravnom odlučivanju. Pod utjecajem prava Europske unije i suvremenih demokratskih trendova, francusko pravo postupno uvodi različite oblike sudjelovanja građana, poput javnih rasprava, savjetovanja putem interneta, prava pristupa upravnim dokumentima i postupaka javnog savjetovanja u pitanjima urbanizma i zaštite okoliša. Time se nastoji povećati otvorenost javne uprave i omogućiti građanima veći utjecaj na donošenje njezinih odluka. Autor naglašava nekoliko pozitivnih učinaka upravne demokracije. Prije svega, ona doprinosi boljem razumijevanju javnog interesa jer javna uprava mora uzeti u obzir različite društvene interese i mišljenja građana. Također, sudjelovanje građana može pomoći javnoj upravi da donese kvalitetnije i bolje informirane odluke. Demokracija u javnoj upravi dodatno jača zaštitu subjektivnih prava građana kroz pravo na informaciju, obrazloženje i sudjelovanje u postupku. Ipak, autor upozorava i na brojne nedostatke takvog modela. Sudjelovanje građana u praksi često je vrlo slabo, a mnogi građani nemaju interes niti dovoljno stručnog znanja za aktivno uključivanje u složene upravne postupke. Osim toga, savjetovanja i javne rasprave najčešće nemaju obavezujući karakter pa javna uprava konačnu odluku može donijeti neovisno o rezultatima sudjelovanja građana. Time upravna demokracija ponekad služi više kao sredstvo legitimacije odluka, nego kao stvarni oblik zajedničkog odlučivanja. Stoga, upravna demokracija se ne može smatrati niti u potpunosti pozitivnom niti negativnom pojavom. Njezina vrijednost ovisi o pravnom i političkom kontekstu pojedine države. U Francuskoj, gdje je tradicionalno naglašena važnost jednostranog upravnog djelovanja i sudske kontrole, participativni modeli ne mogu zamijeniti ključnu ulogu upravnog sudstva u zaštiti zakonitosti i prava građana.

Prof. dr. sc. Jasna Omejec*

STUDIJA O UPRAVNIM UGOVORIMA I AKTIMA POSLOVANJA

UDK / UDC: 342.9 (44)

342.9 (430)

342.9 (497.5)

DOI: 10.31141/zrpf.2025.62.156.123

Izvorni znanstveni rad / Original scientific paper

Primljeno / Received: 15.3.2025.

U radu se analiziraju povijesno-pravni konteksti nastanka francuskog administrativnog ugovora i njemačkog javnopravnog ugovora te njihova bitna pravna obilježja. Oni su poslužili kao modeli-uzori za oblikovanje hrvatskog upravnog ugovora. Komparativna analiza, koja se u radu provodi, pokazuje da hrvatski upravni ugovor, kako je uređen u Zakonu o općem upravnom postupku iz 2009., ne ispunjava svoju conciliatornu funkciju u odnosu prema građanima. Štoviše, današnje zakonsko uređenje tako je postavljeno da se upravni ugovor, kao oblik upravnog djelovanja, pokazuje suvišnim. U radu se nastoje razotkriti i rasvijetliti uzroci koji su rezultirali takvim deficitarnim uređenjem upravnog ugovora. Zaključuje se da uzroci potječu iz prihvatanja, na prostorima današnje Hrvatske kroz cijelo 20. i 21. stoljeće, stare francuske teorije akata vlasti i akata poslovanja. Ta teorija potječe iz 19. stoljeća i odavno je napuštena u zemlji koja ju je stvorila. U radu se teorija akata vlasti i akata poslovanja analizira u povijesno-pravnoj perspektivi, zajedno s učincima koje akti poslovanja, u obliku preuzetom iz prava bivše SFRJ, proizvode u hrvatskom pravnom poretku. Zaključuje se da su protivni Ustavu Republike Hrvatske i trebaju biti uklonjeni iz pravnog poretku. Također se upućuje na potrebu zakonskog redefiniranja upravnog ugovora u uvjetima oslobođenima balasta akata poslovanja jugoslavenskog tipa.

Ključne riječi: *francuski administrativni ugovor, njemački javnopravni ugovor, hrvatski upravni ugovor, akt poslovanja (raspolaganja)*

1. UVOD

Općenito govoreći, hrvatsko pravo razlikuje se od njemačkog i francuskog po tome što su te dvije zemlje oduvijek bile najvažniji kreatori prava na europskom kontinentu. Hrvatsko pravo tradicionalno pripada germanskom pravnom krugu. S druge strane, Francuska je bila, i do danas ostala, predvodnik razvitka upravnog prava na europskom tlu. Suprotno tim dvjema zemljama, Hrvatska je oduvijek bila receptor tuđeg prava, koje je onda u većoj ili manjoj mjeri prilagođavala svojim potrebama. Te povijesno-pravno uvjetovane činjenice vrijede i za upravni ugovor.

* Prof. dr. sc. Jasna Omejec, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu. E-mail: jasna.omejec@pravo.hr.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2745-2309>.

U radu se prvo razmatraju povijesno-pravni kontekst nastanka i razvitka francuskog administrativnog ugovora te temeljna pravna obilježja koja ga određuju (poglavlje 2.). Posebno se razmatra stara teorija akata vlasti kojima nasuprot stoje akti poslovanja, dvostrani pravni poslovi koje uprava sklapa prema pravilima građanskog prava. Ta teorija, nastala u 19. stoljeću, u osnovi počiva na odricanju bilo kakve mogućnosti postojanja ugovora javnog prava. Iako odavno napuštena, ona je iznimno važna za razumijevanje konteksta u kojem je u Francuskoj kasnije kreiran administrativni ugovor. Taj je ugovor izdanak akta poslovanja koji uprava sklapa radi funkcioniranja javne službe, ali smješten u sferu javnog prava. Teoriju akata vlasti i akata poslovanja također je nužno poznavati jer je ta dioba akata uprave – u najstarijoj inačici utemeljenoj na razlici između „države javne vlasti“ i „patrimonijalne države“ – obilježila razvitak upravnog prava na hrvatskim područjima tijekom 20. stoljeća, a prisutna je i danas.

Nakon toga se na usporediv način razmatra i njemački javnopravni ugovor (poglavlje 3.), jer je i on bio model-uzor po kojem je kreiran hrvatski upravni ugovor. Bez poznavanja njegove povijesno-pravne pozadine i temeljnih postavki na kojima počiva, razmatranje većine odredaba Zakona o općem upravnom postupku kojima se uređuje upravni ugovor bilo bi površno i manjkavo.

Posljednji dio rada posvećen je procesima koji su doveli do hrvatskog upravnog ugovora (poglavlje 4.). Do prihvaćanja tog ugovora u hrvatskom pravnom poretku trebalo je proći više od jednog stoljeća. Poslije Prvog, a osobito Drugog svjetskog rata, postojao je na prostoru današnje Hrvatske snažan otpor protiv bilo kakve ideje o ugovorima javnog prava. Kako je rečeno, na tim je područjima bila prihvaćena najstarija inačica francuske teorije akata vlasti i akata poslovanja, odavno napuštena u zemlji koja ju je stvorila. Dodatno, u pravu bivše SFRJ akti poslovanja bili su svedeni na pitanja vezana uz imovinu patrimonijalne države. Tumačeni su u skladu s temeljnim postavkama socijalističke države (odbacivanje načela diobe vlasti, odbacivanje podjele prava na javno i privatno te prihvaćanje koncepta općenarodne imovine, kasnije društvenog vlasništva). Već početkom 50-ih godina 20. stoljeća njihovo bitno obilježje – dvostranost – gubi na značenju. Niz jednostranih akata uprave s obilježjima upravnog akta počinje se proglašavati aktima poslovanja. Time se stvara djelotvorni mehanizam za njihovo izuzimanje od sudske kontrole.

Opisani koncept preuzet je i u hrvatsko upravno pravo. Akti poslovanja jugoslavenskog tipa i danas žive u upravnoj, sudskoj pa i u ustavnosudskoj praksi. Prisutni su i u pravnoj teoriji. Štoviše, uspjeli su se probiti i u zakonske tekstove, u prepoznatljivoj formuli da pojedini jednostrani konkretni (pojedinačni) akt uprave s neposrednim pravnim učincima „nije upravni akt“.

U radu se zastupa teza da preuzimanje akata poslovanja jugoslavenskog tipa u hrvatski pravni poredak 1991. godine ima značenje ozbiljnog pravnog ekscesa s dalekosežnim i štetnim posljedicama. Ti akti narušavaju vladavinu prava kao temeljnu vrednotu objektivnog ustavnog poretka Republike Hrvatske te dovode do povreda individualnih ustavnih prava u pojedinačnim slučajevima jer su izuzeti od sudske kontrole protivno članku 19. stavku 2. Ustava.

Te su činjenice ujedno znak da ćemo s primjenom upravnog ugovora, prihvaćenog kao dio hrvatskog pozitivnog pravnog poretka 2010. godine, teško izlaziti nakraj. Njegovo djelotvorno „udomaćivanje“, naime, pretpostavlja punu pravnu svijest o tome da su akti poslovanja jugoslavenskog tipa loš i štetan produkt socijalističkog prava. Ovaj rad zamišljen je kao prilog nastojanjima da se akti poslovanja jugoslavenskog tipa uklone iz objektivnog pravnog poretka Republike Hrvatske, kako bi se oslobodio prostor za reklasifikaciju akata uprave u suvremenom hrvatskom pravu. Zamišljen je i kao prilog poticanju rasprave o potrebi svrsishodnog zakonskog uređenja upravnog ugovora u okvirima upravnog poretka oslobođenog balasta akata poslovanja jugoslavenskog tipa. Upravni ugovori mogu dobiti svoje mjesto u hrvatskom pravnom poretku tek kada postanu oblik upravnog djelovanja putem kojeg uprava ulazi u odnose s građanima u specifičnoj koncilijatornoj funkciji, kao njegovoj bitnoj odrednici. Današnje zakonsko uređenje to ne omogućava.

2. FRANCUSKI ADMINISTRATIVNI UGOVOR

2.1. Povijesno-pravni kontekst nastanka administrativnog ugovora

Kad je riječ o nastanku instituta administrativnog ugovora, treba krenuti od liberalističke faze razvitka Francuske u 19. stoljeću. Naime, idejna podloga administrativnog ugovora tadašnji je ekonomski liberalizam, u pravnoj sferi praćen načelom diobe vlasti te podjelom prava na javno i privatno.

Država posjeduje vlastitu imovinu (fiskus). U uvjetima ekonomskog liberalizma, ona kao vlasnik te imovine nužno dolazi u poziciju da i sama postane poduzetnik kako bi zadovoljila sve veće potrebe državnog aparata za materijalnim dobrima posredstvom kojih taj aparat jedino može funkcionirati. Dakle, političke i ekonomske prilike tog doba ne dopuštaju građanskoj državi da svojom imovinom uvijek upravlja kao vlast (putem jednostranih akata administracije u sferi javnog prava). I građansko-demokratski pogledi na odnos države i pojedinca prisiljavaju državu da u gospodarskim poslovima prestane istupati isključivo instrumentima vlasti. Osim toga, upravno djelovanje sve se više širi na subjekte izvan uskog pojma državne administracije, a počinje obuhvaćati i javne službe. Konačno, odnose diktira načelo diobe vlasti, koje u svom striktnom značenju – kako ga tumače francuski pravници – ne dopušta da se redovni sudovi upleću u poslove administracije kad ona djeluje kao vlast.¹ Prema tome, dobro shvaćen interes države i njezinih organa zahtijeva da se administraciji omogući sklapanje ugovora.

Richer navodi da je Chapus, na temelju proučavanja sudske prakse, utvrdio kako je već 1803. godine prihvaćeno u Francuskoj da ugovor uprave (*contrat*

¹ Ivančević, V., *Upravni akt i njegova kontrola*, doktorska teza, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 1952., str. 66.

de l'administration) može, ali i ne mora biti privatnopravni, ovisno o tome je li sklopljen pod uvjetima privatnog prava ili ne. Iako su u to vrijeme suci najčešće presuđivali da je ugovor sklopljen pod uvjetima privatnog prava, sam sudski pristup nagovijestio je da sudovi uočavaju razliku između javnog poslovanja i privatnog poslovanja (*la distinction entre gestion publique et gestion privée*). Ta je razlika kasnije i prihvaćena s ciljem da se unutar ugovora administracije razlikuju oni koji su ugovori javnog prava i oni koji su ugovori privatnog prava.² Međutim, publicistička teorija prava u drugoj polovini 19. stoljeća nije slijedila opisani pristup sudova s početka stoljeća. Umjesto toga, razvija se teorija o aktima poslovanja (fran. *actes de gestion*; engl. *Administrative acts of management*) kojima nasuprot stoje akti vlasti (franc. *actes d'autorité* ili *actes de puissance publique*; engl. *Administrative acts of authority*). Ta teorija u osnovi počiva na negiranju bilo kakve mogućnosti postojanja ugovora javnog prava.

2.2. Teorija akata vlasti i akata poslovanja

Francusku teoriju akata vlasti i akata poslovanja postavio je Laferrière,³ uz jaku podršku Aucoca i Ducrocqa. S obzirom na strogo načelo diobe vlasti te podjelu prava na javno i privatno, do nastanka te teorije došlo je „iz praktičnih razloga: unutar dosta neodređene mase akata uprave trebalo je odvojiti takve o čijoj će zakonitosti odlučivati redovni sudovi od onih protiv kojih se može voditi upravni spor pred Državnim savjetom (*Conseild'État*) odnosno drugim upravnim sudovima“.⁴ Ako je u pitanju akt vlasti, spor se pokreće pred upravnim sudstvom (*compétence à la juridiction administrative*). Akti poslovanja spadaju u nadležnost redovnog sudstva (*compétence judiciaire*), a upravnih sudova samo ako je tako izrijekom propisano. Da bi tako zamišljena ideja bila provediva, prvo je trebalo odrediti akte poslovanja.

Laferrière objašnjava da su akti poslovanja ugovori sklopljeni u interesu javnih službi. Oni su u načelu akti „jednostavnog poslovanja“ (*des actes 'de simplegestion*) koji potpadaju pod privatno pravo i u nadležnosti su redovnih sudova. Samo određene ugovore zakon stavlja u nadležnost prefekturnih vijeća. U njihovu

² Richer, L., *Les contrats administratifs*, Dalloz, Paris 1991., str. 4. René Chapus bio je profesor upravnog prava na Sveučilištu Panthéon-Assas (Pariz II.) od 1968. do 1992.

³ Louis-Édouard Julien-Laferrière (1841. – 1901.). Njegov „Traktat o upravnoj jurisdikciji i tužbama u sporu“ (*Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*), Berger-Levrault, Paris 1887.-1888. (ponovo objavljen 1989.), bio je više od pola stoljeća referentno djelo o upravnom sporu. To djelo postavlja načela i opća pravila sadržana u dotadašnjoj sudskoj praksi te upravni spor razvrstava prema klasifikacijama koje su i danas na snazi (*le contentieux de l'annulation*; *le contentieux de la pleine juridiction*; *le contentieux de l'interprétation et de l'appréciation de légalité*; *le contentieux de la répression*). Smatra se da je s Laferrièreom otvoreno „zlatno doba“ (de „l'âge d'or“) upravnog prava u Francuskoj. Podrobnije Conseil d'État, *Les grandes figures de la juridiction administrative - Édouard Laferrière*, dostupno na <https://www.conseil-etat.fr/qui-sommes-nous/le-conseil-d-etat/histoire-et-patrimoine/les-grandes-figures-de-la-juridiction-administrative/edouard-laferriere> (pristupljeno 3. prosinca 2024.).

⁴ Ivančević, V., *Institucije upravnog prava*, knj. I, Biblioteka – udžbenici i skripta, Pravni fakultet u Zagrebu, Centar za stručno usavršavanje i suradnju s udruženim radom, Zagreb 1983., str. 240.

su nadležnosti u to vrijeme bili, primjerice, ugovori o javnim radovima.⁵ Druge ugovore, poput koncesija, autor opisuje kao „akte [tijela] javne vlasti koji imaju ugovorni karakter“ (*actes de puissance publique ayant un caractère contractuel*). Richer utvrđuje da Laferrièreova teorija akata poslovanja postavlja „jednostavnu presumpciju o privatnom karakteru ugovora administracije“.⁶

Slijedeći Laferrièrea, Hauriou, osnivač tzv. škole javne vlasti (*École de la puissance publique*), u svom je učenju isticao da vlast karakterizira državu te mora činiti kamen temeljac javnog prava. Država djeluje putem dvaju oblika upravljanja, aktima vlasti koji su primarni akti administracije te aktima poslovanja kao sekundarnim aktima koji se uvijek oslanjaju na neki akt vlasti i služe za njegovo izvršenje.⁷

Kasnije je Berthelémy radikalizirao teoriju akata vlasti i akata poslovanja: kada javne osobe (*les personnes publiques*) sklapaju ugovore, treba smatrati da odustaju od djelovanja javne vlasti i izlaze izvan javnog (upravnog) prava. Prema tome, sam pojam administrativnog ugovora, shvaćen kao ugovor uređen pravilima javnog prava koji se razlikuje od onog privatnog prava, nije moguć.

U svojoj radikalnoj inačici, ta je teorija bila nasljednica one o razdvojenoj državi: s jedne strane, postoji država kao javna vlast (*Etat-puissance publique*), a s druge strane patrimonijalna država (*Etat patrimonial*), pri čemu samo ova potonja može biti nositeljica subjektivnih prava (*titulaire de droits subjectifs*) i samo ona može sklapati ugovore. Štoviše, ona je jedina koja ima pravnu osobnost (*la personnalité morale*). „Pojam pravne osobnosti države, departmana i općina je, naprotiv, stran aktima vlasti. Potrebno je inzistirati na tom dvostrukom pojmu“, tvrdio je Berthelémy. Ukratko, ugovor može biti samo privatnopravni akt, jer su ugovori akti

⁵ Zakon od 17. veljače 1800. o podjeli francuskog teritorija i uprave (*Loi du 28 pluviôse an VIII (17-02-1800) concernant la division du territoire français et l'administration*), jedan od prvih velikih Napoleonovih zakona, propisivao je u članku 4.: „Le conseil de préfecture prononcera: ... Sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leur marché.“ (Prefekturno vijeće će odlučiti: ... O sporovima koji bi mogli nastati između izvođača javnih radova i administracije u vezi sa značenjem ili izvršenjem klauzula njihovih ugovora). Citirani je članak stavljen izvan snage tek člankom 7. stavkom IV. točkom 11. Naredbe br. 2006-460 od 21. travnja 2006. koja se odnosi na legislativni dio Općeg zakonika o imovini javnopravnih osoba (*Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques*), dostupno na <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000456141> (pristupljeno 12. prosinca 2024.).

⁶ Richer utvrđuje: „Pour Laferrière la théorie de l'acte de gestion pose donc une simple présomption du caractère privé des contrats de l'administration.“, Richer, *op. cit.*, bilj. 2, str. 3.

⁷ Hauriou navodi: „Enfin une troisième division du travail tend à se produire, qui résulte de différences dans la forme de l'action administrative. On verra qu'il y a des actes d'administration de deux espèces, des actes d'autorité et des actes de gestion“. I dalje: „Dans l'acte d'autorité, la volonté de la personne administrative reste indépendante et entière; n'ayant conféré aucun droit contre soi, elle conserve son vrai caractère qui est d'être impérieuse. Dans l'acte de gestion, elle est liée par le fait même qu'elle a conféré un droit à un tiers; elle est diminuée et abdique son caractère impérieux. L'acte d'autorité est toujours un acte de puissance publique, tandis que l'acte de gestion peut être un acte de personne privée. (...) L'acte d'autorité est l'acte d'administration primordial, l'acte de gestion est un acte secondaire qui s'appuie toujours sur quelque acte d'autorité et lui sert de mode d'exécution.“, Hauriou, M., *Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif*, 2. Édition, Paris, 1893., str. 176, 188-189.

koje svatko može sačiniti u upravljanju određenom imovinom. Oni ni na koji način ne podrazumijevaju vršenje javne vlasti. Riječ je dakle o aktima poslovanja, aktima koji rezultiraju uspostavljanjem građanskopravnih odnosa među osobama.⁸ „To je akt koji donosi državni upravni činovnik bilo u korist tzv. privatnog domena države (države kao fiska) ili radi funkcioniranja javne službe, ali pod uvjetima pod kojima i privatnici svršavaju svoje vlastite poslove. Prema tome, to je mogao biti svaki ugovor ili materijalna radnja (materijalni akt uprave) ako je obavlja funkcionar administracije u krugu svojih službenih ovlaštenja“, sažeo je Ivančević.⁹

Od akata poslovanja razlikuju se akti vlasti kojima administracija nešto dopušta, zapovijeda ili zabranjuje. To su jednostrani akti koje administracija donosi kao nositelj *iura imperii* prema pravilima javnog prava. Uz neposredne pravne učinke, u središtu je njihova autoritativnost. Akti vlasti primarni su oblik djelovanja uprave, a akti poslovanja sekundarni. Nema srednjeg puta.

2.3. Napuštanje akata poslovanja

Daljnji razvitak francuskoga pozitivnog prava i upravnosudske prakse, te s njima povezani novi pravci u publicističkoj teoriji doveli su do toga da je razlikovanje između akata vlasti i akata poslovanja u Francuskoj napušteno. Kao prijelomna, označava se 1910. godina. Prije toga, 1908. godine, snažnu naznaku „ruiniranja“ doktrinarne razlike između akata vlasti i akata poslovanja dao je vladin povjerenik

M. Teissier u svojim zaključcima u predmetu *Feutry* pred Sudom za sukobe nadležnosti (*Tribunal des Conflicts*) (dalje: Konfliktno sudište). Utvrdio je da razlika između akata vlasti i akata poslovanja „nema pravnu osnovu, ne temelji se ni na čemu stvarnom i ni na koji način ne odgovara stvarnim činjenicama. Istina je da svi akti koje donosi javna vlast i njezini agenti kako bi osigurali upravljanje javnim službama predstavljaju primjenu zakona i upravnih propisa. Stoga možemo reći da

⁸ Berthélemy navodi: „L'État, le département, la commune, les établissements publics, doués de la personnalité morale, peuvent à ce titre être propriétaires, créanciers, débiteurs. Ils peuvent accomplir par représentants les actes ordinaires de la vie civile; ils les accomplissent *comme un particulier pourrait le faire dans l'administration de son patrimoine*; ces actes ainsi accomplis sont des *actes de gestion*. La notion de la personnalité morale de l'État, des départements et des communes est au contraire étrangère aux actes d'autorité. Il faut insister sur cette double notion. (...) Ce sont pourtant des actes comme tout le monde en pourrait faire dans l'administration d'un patrimoine particulier; ils n'impliquent en rien l'exercice de la puissance publique. Ce sont donc des actes de gestion, des actes qui ont pour résultat d'établir des rapports de droit civil entre des personnes“, Berthélemy, H., *Traité élémentaire de droit administratif*, 7e édition, Paris 1913., str. 39-40. Ivančević navodi kako je u osmom izdanju tog udžbenika iz 1933. godine Berthélemy izrijekom naglasio da se od njegova prvog izdanja praksa Državnog savjeta i upravnih sudova razvijala u bitno drukčijem smjeru, priznajući da je zastupao stvar koju se praktički ne može obraniti, ali je u tom izdanju i dalje spominjao akte vlasti i akte poslovanja. Ivančević, Upravni akt, *op. cit.*, bilj. 1, str. 59. (u bilj. 10); Ivančević, Institucije, *op. cit.*, bilj. 4, str. 240.

⁹ Ivančević, Institucije, *ibid.*

javna vlast i njezini agenti nikada ne djeluju pod istim uvjetima kao pojedinci“.¹⁰ Dvije godine kasnije, Državni savjet donio je presudu u predmetu *Thérond*, jednu od najpoznatijih u upravnom pravu u području administrativnih ugovora. Odnosila se na pitanja vezana uz osiguravanje funkcioniranja javnih službi na lokalnoj razini. Sukladno toj presudi, ugovor koji je sklopila općina s privatnom osobom jest ugovor javnog prava (*contrat de droit public*),¹¹ jer je cilj općine bio osigurati funkcioniranje javne službe.¹² Presuda je pridonijela širenju nadležnosti upravnih sudova i na javne službe departmana i općina, a na toj su osnovi izrađeni i kasniji dekreti iz 1934. i 1938. godine, koji su jako proširili već i prije značajnu nadležnost prefekturnih vijeća.

Teorija na čelu s Leonom Duguitom, osnivačem tzv. škole javne službe (*École du service public*), te je praktične zaključke pretvorila u teoretsku dogmu o tome da je država samo skup javnih službi. Tako je i upravnosudski postupak svaki postupak u kojem se postavlja pitanje u vezi s radom javne službe. Svaki takav postupak u nadležnosti je upravnih sudova. Ne treba razlikovati je li suđenje proizašlo iz jednostranog akta, ugovornog akta ili materijalne radnje.¹³ Drugim riječima, upravni sporovi koji proistječu iz obavljanja javne službe pripadaju u administrativnu jurisdikciju jer je pojam javne službe odlučan za utvrđivanje pripada li spor u nadležnost redovnih ili upravnih sudova. „Između građanskopravnog ugovora i administrativnog ugovora nema supstantivne razlike. Ono što ugovoru daje

¹⁰ Tribunal des Conflits, L'arrêt *Feutry* du 29 février 1908, N° 00624, dostupno na Légifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007607588/>. Teissierov zaključak u izvornom tekstu glasi: „Cette distinction, disait-il, n'a aucune base légale, ne repose sur rien de réel et ne correspond nullement à la réalité des faits. La vérité c'est que tous les actes accomplis par la puissance publique et ses agents pour assurer la gestion des services publics, constituent des applications des lois et règlements administratifs. On peut donc dire que jamais la puissance publique et ses agents n'agissent dans les mêmes conditions que les particuliers“, Cit. prema Duguit, L., *Les transformations du droit public* – Chapitre 5, *L'acte administratif*, II. *Disparition de cette distinction*, Bibliothèque du mouvement social, A. Colin, Paris 1913.; reprint: Revue générale du droit on line, 2014, numéro 17372, dostupno na www.revuegeneraledudroit.eu/?p=17372 (pristupljeno: 12. prosinca 2024.). V. i bilj. 155.

¹¹ Termin „ugovor javnog prava“ (*contrat de droit public*) u francuskom je pravu danas sinonim za „administrativni ugovor“ (*contrat administratif*). Richer, *op. cit.*, bilj. 2, str. 5.

¹² Conseil d'État, L'arrêt *Thérond* du 4 mars 1910, requête No 29373. U tom su predmetu općina Montpellier i gospodin Thérond sklopili ugovor kojim je općina dala koncesiju g. Thérondu za hvatanje i zapljenu pasa luralica te uklanjanje mrtvih životinja (*contrats passés par les communes – Concession du service de la mise en fourrière des chiens errants et de l'enlèvement des bêtes mortes*). Došlo je do spora te je g. Thérond pokušao ishoditi raskid ugovora i odštetu. Žalbu je odbilo Prefekturno vijeće Héraulta i g. Thérond se stoga žalio Državnom savjetu. Državni savjet tim je povodom odlučivao o sljedećem pravnom pitanju: „Cette demande rentre-t-elle dans la compétence du Conseil d'Etat, en tant que juge de droit commun du contentieux administratif?“ (Spada li ovaj zahtjev u nadležnost Državnog savjeta, kao općeg suda u upravnim sporovima?). Presudio je da je kontrola tog ugovora u nadležnosti upravnog sudstva. Sažetak presude glasi: „– Rés. aff. – Il s'agit, en effet, d'un contrat conclu en vue d'assurer un service public.“ (– Odgovor je pozitivan – Riječ je zapravo o ugovoru sklopljenom radi osiguravanja javne službe.). Dostupno na <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007631419/> (pristupljeno 12. prosinca 2024.).

¹³ „Est procès administratif tout procès qui pose une question relative au fonctionnement d'un service public. Tout procès de ce genre appartient à la compétence des tribunaux administratifs. Il n'y a point à distinguer si le procès est né d'un acte unilatéral, d'un acte contractuel ou d'une opération matérielle.“, Duguit, *op. cit.*, bilj. 10, Chapitre 5, *L'acte administratif*, VI. *Conséquences qui résultent, au point de vue du contentieux, du caractère de l'acte administratif*.

administrativni karakter i utvrđuje nadležnost upravnih sudova jest cilj javne službe zbog kojega se sklapa“.¹⁴

Razmatranje instituta javne službe u Francuskoj nije predmet ovoga rada.¹⁵ Dostatno je u tom smislu utvrditi da je administrativni ugovor najuže povezan s javnom službom, kako god se ona u Francuskoj određivala i što god obuhvaćala u pojedinim fazama 20. i 21. stoljeća.

Duguitova teorija javnih službi imala je izniman utjecaj na napuštanje teorije akata vlasti i akata poslovanja, odnosno na prihvaćanje i razvitak administrativnih ugovora u francuskom pravu. U središtu je isključivo funkcioniranje javne službe, a ono se može osiguravati i aktima vlasti i aktima poslovanja. Tako je Duguitova škola javne službe zajedno s praksom Državnog savjeta dovela do toga da je većina dotadašnjih akata poslovanja kojima se osiguravalo funkcioniranje javnih službi bila podvedena pod nadležnost upravnih sudova već u prvim desetljećima 20. stoljeća. Obje te vrste akata uprave od tada su u pravilu bile pod upravnosudskom jurisdikcijom, pa je njihovo međusobno razlikovanje postalo bezvrijedno.¹⁶ Time su stvorene pretpostavke za razvitak administrativnog ugovora.

Unatoč velikom uspjehu njegove teorije, razlozi kojima je Duguit obrazlagao postojanje administrativnih ugovora kao ugovora javnog prava nisu bili održivi. Tako je Jèze kasnije vrlo precizno utvrdio: administrativni ugovori danas su u nadležnosti upravnih sudova ne zato što se ugovorom namjerava osigurati funkcioniranje javne službe, nego zato što u njemu postoje *posebne odredbe* za određivanje *pravnih učinaka* administrativnih ugovora.¹⁷ Dakle, sve što je istina u teoriji profesora Duguita jest da su posebne odredbe administrativnih ugovora namijenjene osiguravanju funkcioniranja javne službe. Isto tako, u postojećem francuskom javnom pravu, netočno je tvrditi da između administrativnih ugovora i građanskopravnih ugovora nema supstantivne razlike.¹⁸

¹⁴ „Il n'y a pas de différence quant au fond, entre un contrat civil et un contrat administratif. Ce qui donne à un contrat le caractère administratif et fonde la compétence des tribunaux administratifs, c'est le but de service public en vue duquel il est fait.“, Duguit, L., *Traité de droit constitutionnel*, 2e édition, III, 1923., str. 41. Cit. prema Jèze, G., *Les principes généraux du droit administratif*. Tome 3 – *Le fonctionnement des services publics*, Dalloz, Pariz 2011., str. 299.

¹⁵ Ipak, treba napomenuti da je u francuskoj teoriji, riječima Ivančevića, „vrlo sporan i nestabilan baš sam pojam javne službe kao značajna točka za rješenje pitanja, kako i zbog čega se izvjesni ugovori, koje javnopravna tijela sklapaju s privatnim osobama, podvrgavaju posebnom pravnom režimu, koji jače ili slabije odudara od načela privatnog prava. A nije taj pojam sporan samo u svome formalnom smislu (s obzirom na pitanje, tko vrši javnu službu) već napose i u svome materijalno-teleološkom smislu (s obzirom na sadržaj i svrhu javne službe). ... Napose valja pritom naglasiti, da se pojam javne službe stalno mijenja, usavršava i proširuje, poglavito zaslugom rješidaba Državnog savjeta, a kod toga se u poslijeratnoj literaturi mogu u samome Državnom savjetu zapaziti tendencije, da se osnovna pravna karakteristika javne službe – to jest gospodstvo norama javnog prava – učini relativnom u odnosu na privatno pravo“ [bilješke su ispuštene], Ivančević, Upravni akt, *op. cit.*, bilj. 1, str. 63.

¹⁶ Ipak, Ivančević utvrđuje da je francuska teorija odbacila lučenje akata vlasti i akata poslovanja u prvom redu „zbog toga što nadležnost upravnih sudova u materiji akata vlasti, a redovnih sudova u materiji akata poslovanja, nije nikada bila sprovedena striktno“. Ivančević, *ibid.*, str. 59. i 60.

¹⁷ O tim posebnim odredbama administrativnih ugovora (*clauses exorbitantes du droit commun*) v. odjeljak 2.4. u ovom poglavlju rada.

¹⁸ Jèze, *op. cit.*, bilj. 14, str. 300.

Danas se teorija o aktima poslovanja kao privatnopravnim ugovorima i materijalnim radnjama, to jest realnim aktima uprave kojima se osigurava funkcioniranje javne službe (naspram akata vlasti) u francuskom pravu spominje samo s povijesnog aspekta, kao preteča razvitka administrativnih ugovora.

Oblici upravnog djelovanja administracije danas se u Francuskoj klasificiraju u dvije temeljne skupine pravnih akata. Prvu skupinu čine jednostrani administrativni akti (*acte administratif unilatéral*). Unutarnje klasifikacije tih akata u pojedinostima se razlikuju od autora do autora. Ipak, čini se da je njihova temeljna klasifikacija nesporna i općeprihvaćena. Dije se na jednostrane akte odlučivanja koji proizvode pravne učinke pa je onda osigurana i pravna zaštita protiv njih (*acte administratif unilatéral décisoire – recours possible*)¹⁹ i one koji takav učinak nemaju pa protiv njih nema ni sredstva pravne zaštite (*acte administratif unilatéral non-décisoire – recours impossible*).²⁰ Drugi oblik upravnog djelovanja administracije danas čine administrativni ugovori.

2.4. Temeljna obilježja administrativnog ugovora

Treba ponoviti: povijesno gledajući, liberalističko načelo brani administraciji preošto korištenje svoga položaja kao nositelja javne vlasti, a podjela prava na javno i privatno ne dopušta joj da mnoštvo svojih potreba namiruje administrativnopravnim putem. Kako administracija treba djelovati u prvom redu po normama javnog prava,

¹⁹ Članak L. 200-1 Zakonika o odnosima građana i uprave iz 2015. (*Code des relations entre le public et l'administration – CRPA*) propisuje: „Les actes administratifs unilatéraux décisaires comprennent les actes réglementaires, les actes individuels et les autres actes décisaires non réglementaires“. Dakle, u tu kategoriju ulaze podzakonski općenormativni akti (*actes réglementaires* – ex: *décret, arrêté, notamment*), individualni (pojedinačni) akti upućeni nominalno određenim osobama (*actes individuels* – ex: *permis de construire, refus de titre de séjour, arrêté de nomination*), koji su usporedivi s hrvatskim upravnim aktima, i neregulatorni akti odlučivanja (*actes décisaires non réglementaires*). Potonji nisu ni regulatorni ni individualni, nego bezlični i partikularni (primjerice, odluka o raspisivanju natječaja jest bezlična jer se ne odnosi ni na koga nominalno, ali je i partikularna jer je upućena samo osobama koje sudjeluju u navedenom natječaju). Pravni učinak imaju i pravno obvezujuće generalne instrukcije (*circulaires impératives*), interne mjere s važnim pravnim i materijalnim učincima (*mesures d'ordre intérieur dont les effets juridiques et matériels sont importants*) i pojedine vrste preporuka (*recommandations*) ako su posebno publicirane, ili ako se u njima postavljaju pojedinačni zahtjevi čije bi nepoštovanje nadležno tijelo naknadno kaznilo, ili ako je vjerojatno da će proizvesti značajne učinke, posebno ekonomske prirode, ili ako im je namjera značajno utjecati na ponašanje osoba kojima su upućene. Ti akti pripadaju u tzv. *de droit souple* („meko pravo“, engl. *soft law*). Sudska praksa Državnog savjeta proširila je kontrolu i na te vrste jednostranih akata uprave. Usp. *Code des relations entre le public et l'administration*, Dernière modification le 27 juillet 2024, dostupno na https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000031366350/; République française, Vie-publique.fr, *Que sont les actes administratifs unilatéraux?*, dostupno na <https://www.vie-publique.fr/fiches/20269-les-actes-administratifs-unilatéraux>; Broussolle, Y., *Introduction au droit public*, Fiches, 2019., str. 233-244, dostupno na <https://droit.cairn.info/fiches-d-introduction-au-droit-public--9782340032842?lang=fr> (pristupljeno 16. prosinca 2024.).

²⁰ Ta kategorija unilateralnih akata administracije ne mijenja ništa u svijetu pravnih odnosa jer ti akti nemaju pravni učinak. To su interni akti (*mesures d'ordre intérieur*), pravno neobvezujuće instrukcije (*circulaires non-impératives*), upute (*lignes directrices*) i opće smjernice (*orientations générales*). Dakle, riječ je o internim mjerama koje se odnose, riječima Haurioua, na „unutarnji život službi“ (*la vie intérieure des services*). Broussolle, *op. cit.*, bilj. 19, poglavlje 39. *Les actes administratifs unilatéraux non décisaires*, str. 241.

administrativni ugovor u području javnog prava u osnovi je pandan privatnopravnom ugovoru uprave u području građanskog prava, ali bitno različit od potonjeg. Osobit je po tome što se njime ustanovljava odnos nadzora sa sankcijom državne intervencije ako u opasnost dođu javni interesi, osobito interesi javne službe.²¹ Drugim riječima, kod administrativnog ugovora nema mjesta jednakom pravnom položaju ugovornih strana. Jèze je u tom smislu odavno utvrdio: „Sam administrativni ugovor u biti pretpostavlja dva ugovaratelja koji priznaju da su stavljeni u nejednak položaj: jedan zastupa opći interes, javnu službu; drugi, privatni interes“.²²

Prema francuskom pravu, nije dovoljno da same stranke svoj ugovor kvalificiraju, izravno ili neizravno, kao administrativni ugovor. Prvo, da bi se neki ugovor valjano kvalificirao kao administrativni, on mora biti određen kao takav samim zakonom, dakle pravnom normom, bilo izričito ili upućujuće. Govori se o tzv. administrativnom ugovoru određenom zakonom (*les contrats administratifs par détermination de la loi*). To su, primjerice, ugovori sklopljeni prema zakonu o javnim nabavkama, uključujući ugovore o javnim radovima;²³ ugovori koji uključuju zauzimanje (okupaciju) javne domene;²⁴ ugovori o prodaji dijelova fiskalne imovine države i samoupravnih tijela;²⁵ ugovori o partnerstvu.²⁶ Novija zakonska kvalifikacija pojedinih skupina ugovora kao administrativnih sadržana je u *Code de la commande*

²¹ Pirnat navodi (uz daljnja objašnjenja) da su posebna prava javnopravne stranke u ugovoru osobito: – pravo usmjerivanja i nadzora, – pravo izricanja sankcije, – pravo jednostrane promjene odredbi iz ugovora, i – pravo jednostranog raskida ugovora. Pirnat, R., *Upravni ugovor i upravni postupak*, u: *Modernizacija općeg upravnog postupka i javne uprave u Hrvatskoj*, ur. Koprić, I.; Đulabić, V., Institut za javnu upravu, Zagreb i Društveno veleučilište u Zagrebu, Zagreb 2009., str. 114.

²² „Le contrat administratif proprement dit suppose essentiellement deux contractants qui se reconnaissent placés sur un pied d'inégalité: l'un représente l'intérêt général, le service public; l'autre, l'intérêt privé“, Jèze, *op. cit.*, bilj. 14, str. 299-300. O administrativnom ugovoru u starijoj francuskoj literaturi v. i Bonnard, R., *Précis du droit administratif*, 3ème éd. augmentée et mise au courant de la législation de guerre, Librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J.), Paris 1940., str. 209-210; de Laubadère, A., *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, 3 vol., Librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J.), Paris 1956.; de Laubadère, A., *Traité élémentaire du droit administratif*, 5 éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J.), Paris 1970., str. 401. i dalje; Waline, J., *Droit administratif*, 9. éd., Éditions Sirey, Paris 1963., str. 493. i dalje.

²³ Članak 2.I. Zakona br. 2001-1168 od 11. prosinca 2001. o hitnim mjerama ekonomske i financijske reforme u verziji iz 2015. godine (*Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier – MURCEF, modifié par Loi n° 2015-1268 du 14 octobre 2015 – art. 66*) propisuje: „Les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs.“, dostupno na <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGISCTA000006104545> (pristupljeno 18. prosinca 2024.). Za ugovore o javnim radovima v. bilj. 5.

²⁴ Nakon što je uredba sa zakonskom snagom iz 1938. (*Décret-loi du 17 juin 1938*) stavljena izvan snage, nadležnost upravnog sudstva proizlazi iz članka L. 2331-1 Općeg zakonika o imovini javnopravnih osoba, koji propisuje: „Sont portés devant la juridiction administrative les litiges relatifs: 1° Aux autorisations ou contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou leur dénomination, accordées ou conclus par les personnes publiques ou leurs concessionnaires“. *Légifrance, Code général de la propriété des personnes publiques* (CG3P), dostupno na https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000022517192 (pristupljeno 18. prosinca 2024.).

²⁵ Čini se kako se u tom području još uvijek odgovarajuće primjenjuju pravila Zakona od 17. veljače 1800. o podjeli francuskog teritorija i uprave (*Loi du 28 pluviôse an VIII*). O tom zakonu v. u bilj. 5. Usp. i Ivančević, *op. cit.*, bilj. 1, str. 62. (u bilj. 17).

²⁶ Naredba br. 2004-559 od 17. lipnja 2004. o partnerskim ugovorima (*Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat*), dostupno na <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000438720> (pristupljeno 19. prosinca 2024.).

publique.²⁷ U praksi su, u okolnostima konkretnih slučajeva, uvijek moguće dvojbe i sporovi oko kvalifikacije pojedinog takvog ugovora.²⁸

Drugo, ako zakonodavac neki ugovor nije kvalificirao kao administrativni, smatrat će se administrativnim ako ga takvim proglasi sudska praksa. Drugim riječima, mora ispunjavati kriterije utvrđene sudskom praksom, pri čemu se ponajviše misli na sudsku praksu Državnog savjeta, a osobito Konfliktnog sudišta, koji pri rješavanju sukoba nadležnosti između sudova opće nadležnosti i upravnih sudova u osnovi presuđuje pripada li neka pravna stvar u javno ili privatno pravo.²⁹ Ugovori iz te druge skupine kvalificiraju se kao „administrativni ugovori primjenom jurisprudencijskih kriterija“ (*les contrats administratifs en application des critères jurisprudentiels*).

Temeljni su jurisprudencijski kriteriji dvovrsni, organski (*le critère organique*) i materijalni (*les critères matériels*), pri čemu su drugi (materijalni) postavljeni alternativno. Administrativni je onaj ugovor: 1) u kojemu je barem jedna javnopravna osoba ugovorna strana (organski kriterij) i 2.a) koji sadržava ugovorne klauzule prihvatanjem kojih stranke pristaju na odstupanja od općeg prava (*des clauses exorbitantes du droit commun*), s podvarijantom koju čini *régime exorbitant du droit commun*, ili 2.b) koji se odnosi na obavljanje javne službe. Riječ je, dakle, o dvama alternativno postavljenim materijalnim kriterijima, među kojima se prvi prepoznaje i kao kriterij „posebnih odredaba“, a drugi kao kriterij „cilja“.

Prema organskom kriteriju (kriteriju ugovornih strana), administrativni ugovor jest ugovor koji je sklopila najmanje jedna javnopravna osoba, primjerice neki grad (*personne publique*) sklopio je ugovor s nekim privatnim poduzećem (*personne privée*). Ugovor sklopljen između dviju privatnih osoba ne može biti administrativni (osim ako jedna od njih ne djeluje kao zastupnik javnopravne osobe). Za ugovor sklopljen između dviju javnopravnih osoba (primjerice, ugovor sklopljen između države i nekog departmana) vrijedi oboriva presumpcija da je administrativne prirode. U predmetu *UAP* iz 1983., Konfliktno sudište presudilo je da je ugovor sklopljen između dviju javnopravnih osoba u načelu administrativne naravi, što podrazumijeva nadležnost upravnih sudova za rješavanje sporova u vezi s povredama obveza koje iz njega proizlaze, osim u slučajevima kada, s obzirom na njegov predmet, dovodi

²⁷ Članak L6. *Code de la commande publique, Partie législative, Titre Préliminaire, Articles L1 à L6*, kako je dopunjen naredbom iz 2018. (*Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018*), propisuje: „S'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs ...“, dostupno na https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000037701019/ (pristupljeno 3. siječnja 2025.). Za detaljniji prikaz upućuje se na Tachlian, E., *L'efficacité de la catégorisation des contrats de la commande publique*, Civilizar, Ciencias Sociales y Humanas, vol. 9, núm. 17, julio-diciembre, 2009., str. 45-63.

²⁸ Cossalter, P., *Droit administratif, Leçon n°10: L'identification du contrat administratif*, CJFA, 2017., dostupno na <https://etudes.cjfa.eu/lessons/lecon-n10-lidentification-de-lacte-administratif/> (pristupljeno 19. prosinca 2024.).

²⁹ Detaljnije Ivančević, Institucije, *op. cit.*, bilj. 4, str. 218-219.

samo do privatnopravnih odnosa među strankama.³⁰ Konfliktno sudište također je utvrdilo da se priroda ugovora ocjenjuje prema datumu njegova sklapanja. Stoga administrativni ugovori koje je sklopila javna ustanova (*établissement public*) ostaju administrativni čak i kada se ta javna ustanova naknadno transformira u pravnu osobu prema privatnom pravu.³¹

Iako nužan, organski kriterij nije dovoljan za kvalifikaciju nekog ugovora kao administrativnog. On uvijek mora postojati zajedno s barem jednim materijalnim kriterijem.

*Clause exorbitante*³² posebna je odredba administrativnog ugovora koja je strana privatnopravnim ugovorima. Presudom kojom je postavljeno načelno pravilo za buduća postupanja (*arrêt de principe*) (dalje: vodeća presuda) u tom pitanju smatra se ona Državnog savjeta od 31. srpnja 1912. u slučaju *Société des granits porphyroïdes des Vosges*. U njoj je utvrđeno da upravni sud nije nadležan za ugovore koji ne sadržavaju klauzulu *exorbitante*.³³ Uz samu presudu, relevantan je i zaključak o tom slučaju tadašnjeg vladinog povjerenika Léona Bluma. On je utvrdio da je materijalni kriterij za administrativni ugovor postojanje ugovornih klauzula koje izlaze izvan okvira općeg prava, dakle postojanje klauzula kojih nema

³⁰ Tribunal des Conflits, L'arrêt *Union des Assurances de Paris – UAP*, 21 mars 1983, N° 02256. Sažetak presude u izvornom tekstu glasi: „17-03-02-03-02, 39-01-02-01 Un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère administratif, impliquant la compétence des juridictions administratives pour connaître des litiges portant sur les manquements aux obligations en découlant, sauf dans les cas où, eu égard à son objet, il ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé. Le contrat par lequel le centre national d'exploitation des océans [CNEXO], établissement public industriel et commercial créé par la loi du 3 janvier 1967, a confié, pour l'exercice de sa mission, la gestion administrative et logistique d'un navire océanographique au secrétaire d'Etat aux postes et télécommunications a fait naître entre les parties, eu égard à son objet, des rapports qui ne relèvent pas du seul droit privé et revêt dès lors un caractère administratif.“, dostupno na <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007606873/> (pristupljeno 4. siječnja 2025.).

³¹ Tribunal des Conflits, L'arrêt *Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes de France*, 16 octobre 2006, N° C3506. Sažetak presude u izvornom tekstu glasi: „17-03-02-03 Sauf disposition législative contraire, la nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu. Ainsi, les contrats administratifs conclus par un établissement public demeurent administratifs malgré la transformation ultérieure de l'établissement en société anonyme.“, dostupno na <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007608069/> (pristupljeno 5. siječnja 2025.).

³² *Ex orbita* (lat.) izvan utvrđenog puta, što ovdje znači izvan općeg prava, to jest različito od ugovornih klauzula privatnog prava.

³³ Conseil d'Etat, L'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, 31 juillet 1912, N° 30701. Tom je presudom utvrđeno da sporovi proizašli iz ugovora o nabavi robe koje su sklopile općine nisu u nadležnosti upravnog suda, budući da ugovor ne obuhvaća, istodobno s isporukom određenih stvari, izvođenje javnih radova. Službeni sažetak presude glasi: „17, 39-01-02-02 Les contestations soulevées par les marchés de fournitures conclus par les communes ne rentrent pas dans la compétence de la juridiction administrative, alors que le contrat ne vise pas, en même temps que la livraison de certains objets, l'exécution de travaux publics“, dostupno na <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007634187/> (pristupljeno 5. siječnja 2025.).

u ugovorima privatnog prava.³⁴ Državni savjet potvrdio je 1950. godine taj Blumov zaključak, ali u negativnom određenju, pa ga je bilo potrebno izvoditi *argumentum a contrario*. Dakle, u izvedenom pozitivnom određenju, klauzula *exorbitante* bila bi ugovorna odredba koja se ne može naći u privatnopravnim ugovorima, a cilj joj je da strankama dodijeli prava i nametne obveze koji su po svojoj prirodi strani onima (pravima i obvezama) na koje bilo tko može slobodno pristati u okviru građanskog i trgovačkog prava.³⁵

Konfliktno sudište dalo je novu definiciju klauzule *exorbitante* 2014. godine u predmetu *SA AXA France IARD*. Doprinos te odluke očituje se već u tome što je u njoj dana njezina pozitivna definicija. Sudište je u predmetu trebalo utvrditi prirodu ugovora o davanju na raspolaganje kompleksa nekretnina namijenjenih treniranju veslačkih disciplina, sklopljenog između općine i udruge. U okolnostima tog slučaja, Sudište je odredilo da je spor u nadležnosti redovnog suda jer sporni ugovor ne sadržava nikakvu klauzulu koja, posebno po prerogativima danim ugovornoj javnoj osobi u izvršenju ugovora, implicira, u općem interesu, da potpada pod *régime exorbitant* administrativnih ugovora.³⁶ Primjetno je da se u toj novoj definiciji više ne spominje opće, odnosno građansko ili trgovačko pravo.³⁷

Najčešći primjeri posebnih odredaba (to jest klauzula *exorbitante*) u administrativnim ugovorima jesu: 1. klauzula koja administraciji daje ovlast na jednostrani raskid ugovora ako druga ugovorna strana krši ugovorne obveze; 2. klauzula koja administraciji daje ovlast da automatski obustavi izvršenje ugovora, bez prethodne najave; 3. klauzula kojom se administraciji dopušta kontrola financijskih rezultata, cijena ili osoblja suugovaratelja.³⁸

³⁴ U svojim zaključcima u slučaju *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, Blum je utvrdio: „Quand il s'agit de contrat, il faut rechercher, non pas en vue de quel objet ce contrat est passé, mais ce qu'est ce contrat de par sa nature même. Et, pour que le juge administratif soit compétent, il ne suffit pas que la fourniture qui est l'objet du contrat doive être ensuite utilisée pour un service public ; il faut que ce contrat par lui-même, et de par sa nature propre, soit de ceux qu'une personne publique peut seule passer, qu'il soit, par sa forme et sa contexture, un contrat administratif... Ce qu'il faut examiner, c'est la nature du contrat lui-même indépendamment de la personne qui l'a passé et de l'objet en vue duquel il a été conclu“, Dalloz Actu Étudiant, *Droit administratif général. Point sur la clause exorbitante* [4 décembre 2014], dostupno na <https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/point-sur-la-clause-exorbitante/h/4390ceb41ebf0c> (pristupljeno 5. siječnja 2025.).

³⁵ Conseil d'Etat, L'arrêt *Stein*, 20 octobre 1950, Sieur X., No 98459. U presudi je zaključeno: „Considérant ... que les accords intervenus entre l'Etat et les industriels dans les limites tracées par la loi, ne contiennent aucune clause ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales; qu'ils ont ainsi le caractère de contrats de droit privé et non de contrats administratifs et que, par suite, les litiges qui surviennent à l'occasion de leur exécution ne ressortissent pas à la juridiction administrative“, *Revue générale du droit on line*, 1950, No 20175, dostupno na www.revuegeneraledudroit.eu/?p=20175 (pristupljeno 6. siječnja 2025.).

³⁶ Tribunal des Conflits, L'arrêt *SA AXA France IARD*, 13 octobre 2014, N° C3963. U presudi je zaključeno: „Considérant, ... que le contrat litigieux ne comporte aucune clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs“, dostupno na <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000029778703/> (pristupljeno 6. siječnja 2025.).

³⁷ Za obrazloženje v. Dalloz Actu Étudiant, *loc. cit.*, bilj. 34.

³⁸ Cossalter, *op. cit.*, bilj. 28.

Podvarijanta materijalnog kriterija „posebnih odredaba“ za postojanje administrativnog ugovora jest poseban pravni režim (*régime exorbitant du droit commun*). Taj se režim razlikuje od klauzule *exorbitante* po tome što je ova potonja samo odredba ugovora, dok se *régime exorbitant* odnosi na čimbenike izvan ugovora. Karakteriziraju ga posebnosti zakonodavnog i/ili regulatornog okvira unutar kojega je ugovor sklopljen. Ako je to pravno okruženje (*l'ambiance juridique*) u suprotnosti s općim, privatnim pravom, i ako je zadovoljen organski kriterij, onda se treba zaključiti da je riječ o administrativnom ugovoru. Vodeća presuda za ovaj podkriterij jest ona Državnog savjeta od 19. siječnja 1973. Slučaj se odnosio na ugovore sklopljene između *Électricité de France* (EDF) i proizvođača električne energije (privatnopravne osobe), na temelju kojih je EDF kupovao električnu energiju od tog proizvođača. Pravni okvir bio je sljedeći: prvo, postojala je pravna obveza proizvođača na sklapanje ugovora; drugo, u slučaju spora, postojala je obveza prethodnog obraćanja nadležnom ministru. Te su obveze ulazile u *régime exorbitant* jer nisu bile sadržane u samim ugovorima nego su proizlazile iz obvezujućih pravnih pravila propisanih izvan ugovora pa su predstavljale *l'ambiance juridique*. Sukladno tome, a uvažavajući činjenicu da je organski kriterij bio zadovoljen, u tom je slučaju bila riječ o administrativnom ugovoru.³⁹

Drugi alternativno postavljen materijalni kriterij za postojanje administrativnog ugovora jest povezanost s obavljanjem javne službe (*relation avec un service public*) ili kriterij cilja. Dosadašnja sudska praksa utvrdila je postojanje triju skupina takvih administrativnih ugovora. Prvo, to je ugovor o ovlasti za upravljanje javnom službom ili o udruživanju radi obavljanja javne službe (*contrat d'habilitation à gérer un service public ou d'association à l'exécution même du service public*). Drugo, to je ugovor sklopljen s korisnikom javne službe administrativne naravi (*contrat conclu avec l'usager d'un service public à caractère administratif*). Treće, to je ugovor o zapošljavanju osobe u administrativnoj javnoj službi kojom upravlja javna osoba (*contrat de recrutement d'une personne dans un service public administratif géré par une personne publique*).

³⁹ Conseil d'Etat, L'arrêt *Société d'Exploitation Électrique de la rivière du Sant*, 19 janvier 1973, N° 82338, dostupno na <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007644757/> (pristupljeno 7. siječnja 2025.). Napominje se da u pogledu ugovora o kupnji električne energije navedena sudska praksa nije relevantna nakon što je EDF postao dioničko društvo. Osim toga, od 2010. godine sam zakon precizira da su ugovori o kupnji električne energije administrativni ugovori. Neovisno o tome, kriterij „režima *exorbitant*“ primjenjiv je na druge kategorije ugovora. Postojanost tog kriterija potvrdilo je Konfliktno sudište u presudi od 7. travnja 2014. Prema toj presudi, kada je javna ustanova klasificirana kao javna industrijska ili trgovačka ustanova, a zakonom nije drukčije propisano, onda ugovori sklopljeni za potrebe njezine djelatnosti potpadaju pod nadležnost redovnog suda, s iznimkom onih koji sadržavaju klauzule *exorbitante* ili spadaju pod režime *exorbitant*, kao i onih ugovora koji se odnose na djelatnosti tih ustanova koje po svojoj prirodi potpadaju pod prerogative javne vlasti. („Sauf disposition législative contraire, lorsqu'un établissement public tient de la loi la qualité d'établissement public industriel et commercial, les contrats conclus pour les besoins de ses activités relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire, à l'exception de ceux comportant des clauses exorbitantes de droit commun ou relevant d'un régime exorbitant du droit commun ainsi que de ceux relatifs à celles de ses activités qui ressortissent par leur nature de prérogatives de puissance publique.“), Tribunal des Conflits, L'arrêt *Société d'édition de ventes publicitaires (SEVP) c/ Office du tourisme de Rambouillet*, 7 avril 2014, N° 3949, dostupno na <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000028839801/> (pristupljeno 7. siječnja 2025.).

Za prvu je skupinu vodeća presuda Državnog savjeta u predmetu *Époux Bertin* od 20. travnja 1956. U tom se slučaju, usmenim ugovorom sklopljenim s upravom 24. studenoga 1944., bračni par Bertin obvezao, za fiksni iznos od 30 franaka po osobi dnevno, osigurati hranu za sovjetske državljane smještene u repatrijacijskom centru Meaux dok čekaju povratak u Rusiju. Odlukom od 1. lipnja 1949. ministar branitelja i žrtava rata odbio im je isplatiti dodatni iznos (bonus) koji su oni potraživali po tom ugovoru. Bračni par Bertin tada je podnio zahtjev Državnom savjetu tražeći da se ta odluka o odbijanju isplate dodatnog iznosa poništi. Pitanje koje se postavilo pred Državnim savjetom bilo je sljedeće: može li ugovor imati administrativni karakter iako ne sadržava nijednu posebnu odredbu (klauzulu *exorbitant*)? Državni savjet prvo je utvrdio da usmena priroda ugovora nije dovoljna da se ukloni njegova administrativna priroda. Nakon toga je utvrdio da je konkretni ugovor po svojoj prirodi ugovor o obavljanju javne službe jer je svrha tog ugovora bila povjeriti strankama sâmo obavljanje javne službe, koja se sastojala u osiguranju repatrijacije izbjeglica stranog državljanstva zatečenih na francuskom teritoriju. To je dostatna okolnost za priznavanje karaktera administrativnog ugovora, a da nije potrebno utvrđivati sadržava li on klauzule *exorbitante*. Tom je presudom Državni savjet djelomice izmijenio stajališta zauzeta u prethodno spomenutoj sudskoj odluci iz 1912. u predmetu *Société des granits porphyroïdes des Vosges*. Prednost novog rješenja jest u tome što se administracija, kada povjerava obavljanje javne službe trećim osobama, može koristiti prerogativima koji su joj dodijeljeni po sili administrativne prirode ugovora, a da te ovlasti nije potrebno posebno utvrđivati u samom ugovoru.⁴⁰ Prema tome, presudom *Époux Bertin* izgrađen je u sudskoj praksi Državnog savjeta novi materijalni kriterij: obavljanje javne službe kao svrha/cilj ugovora (*l'exécution du service public comme finalité du contrat*). S obzirom na to da se može primijeniti na sve administrativne ugovore, uvođenjem tog kriterija riješen je sukob između presuda *Thérond* (1910.) i *Société des granits porphyroïdes des Vosges* (1912.).

Za drugu je skupinu ugovora povezanih s obavljanjem javne službe vodeća presuda Državnog savjeta u predmetu *Grimouard consorts* od 20. travnja 1956. Ta je presuda donesena isti dan kad i prethodna. U tom se slučaju, ugovorima od 26. travnja i 11. svibnja 1951., država obvezala izvršiti radove na pošumljavanju zemljišta koje je pripadalo privatnim vlasnicima, a koje se nalazilo na području više općina. Dana 5. srpnja 1952. došlo je do požara na traktoru koji je pripadao izvođaču odgovornom za radove pošumljavanja. Požar se proširio te je opustošio ne samo zemljište obuhvaćeno navedenim ugovorima, već i druge šume, uključujući i one u vlasništvu supružnika Grimouard. Oni su zatražili naknadu pretrpljene štete od upravnog suda u Poitiersu, koji je državu i izvođača proglasio solidarno odgovornima

⁴⁰ Conseil d'Etat, L'arrêt *Epoux Bertin*, 20 avril 1956., N° 98637. Sažetak presude u mjerodavnom dijelu glasi: „17-03-02-03-02[2] Le caractère verbal d'un contrat ne suffit pas à lui ôter le caractère administratif. 39-01-02-01 Contrat par lequel des particuliers s'engagent à assurer la nourriture de ressortissants soviétiques hébergés dans un centre de rapatriement. Contrat ayant pour objet l'exécution d'un service public. Circonstance suffisante pour lui imprimer le caractère de contrat administratif sans qu'il soit besoin de rechercher s'il comportait des clauses exorbitantes du droit commun.“, dostupno na <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007636583/> (pristupljeno 8. siječnja 2025.).

za štetu prouzročenu požarom. Ministar poljoprivrede potom je Državnom savjetu uputio zahtjev za poništenje te presude. Državni savjet utvrdio je da radovi koje provodi administracija na privatnom zemljištu, prema ugovorima sklopljenima s vlasnicima, koji predstavljaju jedan od modaliteta javne službe očuvanja, razvoja i poboljšanja francuske šume, jesu ugovori koji po samom predmetu imaju karakter administrativnih ugovora. Drugim riječima, Državni savjet kvalificirao je kao javne radove one koji se izvode korištenjem privatnih sredstava na privatnom zemljištu, ali sami po sebi ulaze u predmet javne službe. I u presudi *Grimouard consorts* također je zadržan kriterij obavljanja javne službe kao svrha/cilj ugovora, na temelju kojega se on kvalificira kao administrativni, sada u pogledu izvođenja javnih radova financiranih privatnim sredstvima. Državni savjet tom je presudom ujedno potvrdio sudsku praksu Konfliktnog sudišta od 28. ožujka 1955. u predmetu *Effimieff, Rec.*, prema kojoj se radovi koji se izvode za javnopravnu osobu u svrhu opće koristi ili ih izvodi javnopravna osoba kao dio zadaća javne službe moraju smatrati javnim radovima.⁴¹

Za treću je skupinu ugovora povezanih s obavljanjem javne službe vodeća presuda Konfliktnog sudišta *Berkani* od 25. ožujka 1996. U tom je slučaju bila riječ o ugovoru o zapošljavanju osobe na sveučilištu na mjestu administrativnog voditelja nastave. Sudište je zauzelo načelno stajalište da svaki ugovor o zapošljavanju prema kojem osoba radi za javnu službu koja ima administrativni karakter, a kojom upravlja javnopravna osoba, ima karakter administrativnog ugovora.⁴²

Francuska sudska praksa, praćena neiscrpnim aktivizmom snažne publicističke pravne misli 19., 20. i 21. stoljeća koja je stvarala i uvijek iznova stvara nove doktrinarne sinteze, otvarajući prostor za daljnje unapređenje instituta administrativnog ugovora (i javne službe), na sličan je način izgradila i sva ostala pravila pravnog režima tog ugovora, od postupka njegova sklapanja do pitanja njegove nevaljanosti i raskida.⁴³ Ona se u ovom radu ne obrađuju jer je provedena analiza, iako ograničena samo na povijesni kontekst te identifikaciju administrativnih ugovora, dostatna za dobivanje uvida u pozadinu nastanka, *ratio* instituta, te način na koji se on razvijao u Francuskoj u uvjetima nepostojanja kodificiranog

⁴¹ Conseil d'Etat, L'arrêt *Grimouard consorts*, 20 avril 1956., N° 33961. Sažetak presude u mjerodavnom dijelu glasi: „39-01-02-01 Travaux entrepris par l'administration sur des terrains privés, en vertu de contrats passés avec les propriétaires, constituant l'une des modalités du service public de la conservation, du développement et de la mise en valeur de la forêt française. Contrats tenant de leur objet même le caractère de contrats administratifs“. Osim toga, Državni savjet presudio je da je u tom slučaju postojala odgovornost države utemeljena na riziku. Dostupno na <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007637338/> (pristupljeno 8. siječnja 2025.).

⁴² Tribunal des conflits, L'arrêt *Berkani*, 25 mars 1996., N° 03000. Sažetak presude glasi: „17-03-02-04, 36-01-01-01 Les personnels non statutaires des personnes morales de droit public travaillant pour le compte d'un service public administratif sont des agents de droit public quel que soit leur emploi.“. Dostupno na <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007606138/> (pristupljeno 9. siječnja 2025.).

⁴³ Za detaljniji prikaz administrativnih ugovora v. Pirnat, *op. cit.*, bilj. 21, str. 111-120. Autor u tom radu izlaže i temeljna obilježja talijanskog ugovora s javnom namjenom (*contratto ad oggetto pubblico*).

upravnopostupovnog prava,⁴⁴ sve do danas. Upravo je u izloženim pitanjima režim administrativnih ugovora relevantan za razumijevanje hrvatskog upravnog ugovora.

Današnja francuska administracija koristi se administrativnim ugovorima barem jednako često kao i jednostranim aktima. Štoviše, u suvremeno doba ugovor je postao važan instrument administrativnih reformi. Čini se da su Francuzi dobro zapamtili pouku koju je Macarel napisao još 1842.: „Administracija je u biti koncilijantna ... ona prije svega mora djelovati kroz uvjeravanje“.⁴⁵ U tom smislu, administrativni ugovor u Francuskoj smatra se djelotvornim sredstvom za legitimaciju administrativnih ovlasti (*le pouvoir administratif*), jer se njime nastoji dobiti pristanak druge strane konkretnog pravnog odnosa. Time se ujedno ublažava autoritativna dimenzija tog ugovora, koja u francuskom modelu nužno proizlazi iz projektirane nejednakosti ugovornih strana radi zaštite javnog interesa (u prvom redu, radi osiguravanja funkcioniranja javnih službi).

3. NJEMAČKI JAVNOPRAVNI UGOVOR

3.1. Povijesno-pravni kontekst nastanka javnopravnog ugovora

Forsthoff navodi da je njemačko pravo daleko od toga da ima pandan francuskim *contrats administratifs*.⁴⁶ Iako je na germanskom pravnom području institut javnopravnog ugovora (njem. *Öffentlich-rechtlicher Vertrag*; engl. *public law contract*) poznat još od kraja 19. stoljeća, u starijoj njemačkoj i austrijskoj literaturi postojao je dugo vremena jak otpor priznavanju bilo kakve koncepcije tog ugovora. Ivančević navodi da taj otpor u prvom redu treba tumačiti općom orijentacijom i teorije i zakonodavstva na privatno pravo. Posljedično, civilistički su se tumačili čak i pravni instituti, kojih je javnopravna priroda bila još mnogo izrazitija negoli kod javnopravnog ugovora (npr. naturalizacija u državlanskom pravu). Osim toga, u poslijeratnom razvitku njemačkog javnog prava nedostajao je onaj pravotvorni ili pravno stvaralački element, koji je u Francuskoj oduvijek igrao presudnu ulogu pri razvijanju javnopravne misli. Ni Prvi ni Drugi ni Treći Reich nisu imali upravni sud tipa francuskog Državnog savjeta, koji je i kao savjetodavno legislativno tijelo i kao

⁴⁴ Zakonik o odnosima građana i uprave iz 2015. (CRPA – v. bilj. 19) još uvijek nije potpuna kodifikacija upravnog postupka. CRPA uređuje temeljne „odnose između javnosti i uprave u nedostatku primjenjivih posebnih odredbi“ te obuhvaća samo dio francuske upravnopostupovne prakse. CRPA se primjenjuje i na „postupke dodjele administrativnih ugovora čija je svrha izvođenje radova, isporuka robe ili pružanje usluga“ („*des contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services*“), osim u dijelu kojim se uređuju rokovi i način dostave podnesaka (članci L112-1, L112-13).

⁴⁵ „L'administration est essentiellement conciliatrice ... c'est surtout par la persuasion quelle doit agir“, cit. prema Richer, *op. cit.*, bilj. 2, str. 3. Za koncilijaturnu funkciju uprave v. i odjeljak 3.1. u poglavlju 3. ovoga rada.

⁴⁶ Forsthoff, E., *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1. Band – Allgemeiner Teil, 10. Auflage, C. H. Beck, München und Berlin, 1973., § 14., str. 276.

vrhovni sudac u javnopravnim poslovima administracije stvarno širio javno pravo po svim područjima društvenog života.⁴⁷

Osnovni razlog zbog kojega je dio starije germanske pravne doktrine odbacivao koncepciju javnopravnog ugovora bilo je neprihvatanje mogućnosti da se u području javnog prava, u uvjetima građanskog društva, uspostavi dvostrani položaj države i građanina utemeljen na suglasnosti njihovih volja, što je u osnovi i temeljna ideja francuske teorije.

Protivnici javnopravnog ugovora u Njemačkoj osobito su bili Otto Mayer (inače velik zagovornik francuskih ideja), Gerber, Bornhak, Georg Meyer i Kormann, a pristalice Laband, Jellinek, Seydel, Sarwey, Lönning i Fleiner. U Austriji su se javnopravnom ugovoru protivili Ulbrich i Pražák, a zagovarali su ga Hernnritt, Kelsen, Otto Layer, Brockhausen i Bresziewicz.⁴⁸ Forsthoff navodi da je protivljenje Otta Mayera javnopravnom ugovoru utjecalo na to da taj ugovor u Njemačkoj dugo vremena bude kontroverzan. Međutim, kontroverzije su kasnije uglavnom utihnule s obzirom na to da se javnopravni ugovor održao u pravnom „životu suprotno svim znanstvenim sumnjama. Osim toga, a to je mnogo važnije za znanstvenu ocjenu, jedan od najjačih argumenata Otta Mayera protiv javnopravnog ugovora u međuvremenu je izgubio na težini. Taj se argument sastojao u tvrdnji da se ugovor ne može smatrati valjanim bez postojanja pravne norme koja bi bila pravna osnova za njegovo sklapanje. Zbog toga su Mayer i njegovi pristalice javnopravni ugovor proglasili pravno nemogućim gdje god njegovo sklapanje nije bilo izričito propisano zakonom. Prema Forsthoffu, taj se prigovor temeljio na pozitivizmu koji je priznavao samo normativno utvrđeno pravo. I nestao je zajedno s pozitivizmom. I to je nestao s pravom, ističe Forsthoff, zaključujući: „Dakle, moderna pravna svijest bez zadržke priznaje sveobuhvatnu valjanost načelu *pactasuntservanda* kao sastavnom dijelu zapadne pravne ideje, a time i našeg cjelokupnog kulturnog sustava“.⁴⁹

Današnje njemačko zakonodavstvo prihvaća i uređuje institut ugovora u području upravnog prava, ali ga ne naziva „administrativni“ ili „upravni“ ugovor (*Verwaltungsvertrag*) nego „javnopravni“ (*öffentlich-rechtlicher*) ugovor, što je preuzela i pravna teorija.⁵⁰

⁴⁷ Ivančević, Upravni akt, *op. cit.*, bilj. 1, str. 66.

⁴⁸ Hernnritt, H. R. von, *Grundlehren Des Verwaltungsrechtes*, Mohr, 1921., § 35., str. 442. (u bilj. 2), dostupno na <https://goobi-viewer.univie.ac.at/viewer/image/AC01323706/491/> (pristupljeno 15. siječnja 2025.).

⁴⁹ Forsthoff, *op. cit.*, bilj. 46, str. 277.

⁵⁰ Forsthoff objašnjava da je u njemačkom pravnom sustavu jednostrano ispunjavanje državnih obveza putem normiranja i provedbe pravnih normi u određenoj mjeri dopunjeno konsenzualnim pravnim aktima, to jest ugovorima, sporazumima, konvencijama ili sličnim pravnim aktima, kojima je zajedničko da proizlaze iz izraza zajedničke volje uključenih strana. Ne ulazeći u njihovu diferencijaciju, svi se – u skladu s općom znanstvenom praksom – nazivaju javnopravnim ugovorima. Takvi se ugovori pojavljuju i u upravnoj i u ustavnoj sferi. Primjerice, ugovori koje su njemačke države sklopile s Protestantском crkvom, kao i konkordati, pripadaju u ustavno pravo. Javnopravni su ugovori i međunarodni ugovori i administrativni sporazumi, bilo između savezne vlade i država ili između država. I oni u biti pripadaju ustavnom pravu. *Ibid.*, str. 273-274.

Prema Forsthoffu, glavni pravno-politički razlog širenja ugovora u području upravnog prava bila je uspostava i širenje njemačke uprave. Upravne funkcije raspoređene su među mnogobrojnim, relativno neovisnim državnim tijelima, koja često surađuju s obzirom na svoj jednak statusnopravni položaj (njem. *Gleichesrechtlichen Range*) u obavljanju poslova državne uprave. Time se onda stvaraju prirodni preduvjeti za pojavu dvostranih odnosa među njima. Istodobno, u dvostrane pravne odnose s upravom ulaze i privatnopravni subjekti koji prema njoj stoje u odnosu podređenosti, što zahtijeva primjerenu regulaciju. Daljnji pravno-politički razlog za priznavanje javnopravnih ugovora proizašao je iz činjenice da u području njemačkog upravnog prava, osobito organizacijskog, više ne postoji jasna granica između državno-suverenog (*hoheitlichen*) i privatnog prava. Administracija prelazi iz širokog spektra polujavnih i mješovitih gospodarskih struktura u privatnu sferu. Stoga ugovor postaje prikladan oblik regulacije koji se lako može prilagoditi takvim mješovitim uvjetima. U tim okolnostima nije primjereno uskratiti ugovoru „pravo na domicil u upravnom pravu“, pa pojava ugovora u suvremenim oblicima upravnog djelovanja nije nimalo slučajna pojava, zaključuje Forsthoff.⁵¹

Kod razgraničenja javnopravnih ugovora od upravnih akata obično se ističe da je javnopravni ugovor dvostrani i konsenzualni oblik djelovanja uprave i građana, odnosno instrument upravnog djelovanja utemeljen na suradnji uprave s građanima. On izražava koncilijatornu funkciju uprave (njem. *Befriedungsfunktion*; engl. *pacification function, conciliatory function*). Suprotno tome, upravni akt uvijek je jednostrano i autoritativno nastupanje i odlučivanje javnopravnih tijela *vis-à-vis* građana (njem. *hoheitliche Maßnahme*; engl. *sovereign measure*). Upravni akt u njemačkom se pravu definira kao svaki nalog, odluka ili druga suverena mjera koju je poduzelo nadležstvo (njem. *Behörde*) (u smislu nadležnog nositelja javne vlasti – *Hoheitsträger*; dalje: javnopravno tijelo) radi uređenja pojedinačnog slučaja u području javnog prava, a koja ima neposredne pravne učinke „prema van“. I upravni akt i javnopravni ugovor donose se u upravnom postupku, koji se definira kao djelatnost javnopravnog tijela usmjerena prema van, na ispitivanje zahtjeva,

⁵¹ *Ibid.*, str. 275. Već je Georg Jellinek isticao: „Will der Staat ohne Aenderung der bestehenden Ordnung die Freiheitssphäre des Individuums sich dienstbar machen so ist der Vertrag für ihn die einzige rechtliche Möglichkeit es zu tun“ (Želi li država da joj pojedinac posluži u bilo kom obliku, a da njegov negativni *status libertatis*, koji se odnosi na individualnu sferu slobode, ne bude izvrnut u stanje podređenosti, ima na raspolaganju jedino ugovor kao pravno sredstvo kojim to može postići), Jellinek, G., *System der subjektiven öffentlichen Recht*, 2. durchgesehene und verm. Auflage, J.C.B. Mohr, Tübingen 1919., str. 209., dostupno na Internet Archive, <https://archive.org/details/B080124bis> (pristupljeno 15. siječnja 2025.).

pripremu i donošenje upravnog akta ili sklapanje javnopravnog ugovora, a uključuje donošenje upravnog akta ili sklapanje javnopravnog ugovora.⁵²

Kad je riječ o pravno-dogmatskom opravdanju javnopravnog ugovora, njemačka upravnopravna doktrina izgradila je posebnu teoriju predmeta (*Gegenstandstheorie*), kojom objašnjava taj institut u okvirima njemačkog upravnog prava.

3.2. Teorija predmeta (*Gegenstandstheorie*)

Za razliku od Francuske, kodificirani upravni postupak postoji u Njemačkoj od 1976. godine. Javnopravni ugovori u području upravnog prava uređeni su u dijelu IV. (§§ od 54. do 61.) Zakona o upravnom postupku (u daljnjem tekstu: VwVfG).⁵³ Ako nije drukčije propisano u §§ 54. do 61. VwVfG-a, na javnopravne ugovore primjenjuju se i sve ostale odredbe tog zakona (prva rečenica § 62.VwVfG-a).§ 54. VwVfG-a glasi:

„§ 54. Pravni odnos u području javnog prava može nastati, izmijeniti se ili raskinuti ugovorom (javnopravni ugovor), ako propisima nije drukčije određeno.⁵⁴ Nadležstvo (*Behörde*) osobito može, umjesto donošenja upravnog akta, sklopiti javnopravni ugovor s osobom na koju bi inače nasloвило upravni akt.“⁵⁵

⁵² Juracademy, *Allgemeines Verwaltungsrecht. Öffentlich-rechtlicher Vertrag*, dostupno na <https://www.juracademy.de/allgemeines-verwaltungsrecht/oeffentlich-rechtlicher-vertrag.html> (pristupljeno 16. siječnja 2025.). Određenje *upravnog akta* sadržano je u § 35 („Begriff des Verwaltungsaktes“) njemačkog Zakona o upravnom postupku. Prva rečenica § 35 u izvornom tekstu glasi: „Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.“. Određenje *upravnog postupka* sadržano je u § 9 („Begriff des Verwaltungsverfahrens“) istog zakona, koji glasi: „Das Verwaltungsverfahren im Sinne dieses Gesetzes ist die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsaktes oder auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags gerichtet ist; es schließt den Erlass des Verwaltungsaktes oder den Abschluss des öffentlich-rechtlichen Vertrags ein.“ Za podatke o njemačkom Zakonu o upravnom postupku v. sljedeću bilj. 53.

⁵³ *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)* in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), das zuletzt durch Artikel 24 Absatz 3 des Gesetzes vom 15. Juli 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 236) geändert worden ist (Ausfertigungsdatum: 25.05.1976). Dostupno na Bundesministerium der Justiz, <https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/index.html> (pristupljeno 18. siječnja 2025.).

⁵⁴ Dio odredbe „ako propisima nije drukčije određeno“ izražava načelo supremacije zakona (*Grundsatz vom Vorrang des Gesetzes*), koje se mora poštovati neovisno o obliku upravnog djelovanja. U Njemačkoj, područje prava u kojem postoji široko rasprostranjena zabrana ugovornih oblika jest porezno pravo. S obzirom na načela jednakosti i zakonitosti oporezivanja koja u tom području prevladavaju, ugovorni odnos o poreznoj obvezi nije dopušten (primjerice, nedopušteno je da se općina ugovorno obveže da će tvrtku osloboditi poreza na promet na određeno razdoblje u zamjenu za njezin poslovni nastan u općini). Umjesto toga, porezi se općenito određuju upravnim aktom. Dopušteni su, međutim, dogovori o stvarnoj osnovici oporezivanja koji se neposredno odnose samo na činjenice, a ne na pravna pitanja. Juracademy, *loc. cit.*, bilj. 52, točka II.3. „Ermächtigungsgrundlage“.

⁵⁵ § 54. VwVfG-a („Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags“) u izvornom tekstu glasi: „Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden (öffentlich-rechtlicher Vertrag), soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Insbesondere kann die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde.“.

Hoće li se javnopravno tijelo (nadležstvo) u konkretnom slučaju opredijeliti za sklapanje javnopravnog ugovora ovisi isključivo o njegovoj vlastitoj ocjeni. Za razliku od upravnog akta s njegovim opterećujućim učincima na privatne osobe, za sklapanje javnopravnog ugovora kao oblika upravnog djelovanja nije potrebno posebno ovlaštenje u pravnoj normi (posebna pravna osnova). To stoga što je privatna osoba ovlaštena uskratiti svoju izjavu volje (koja je obvezna za sklapanje ugovora) i na taj način spriječiti nastanak upravnougovornog odnosa koji bi je mogao opteretiti.⁵⁶ Nadalje, sadržaj javnopravnog ugovora ne vezuje se uz određeno upravno područje. Rasprostranjen je u mnogobrojnim područjima upravnog prava. Stoga izmiče preciznim definicijama.

Prema njemačkom shvaćanju, za pojam javnopravnog ugovora nisu odlučni ni vrsta činidbe, ni svojstva osoba (ugovornih strana), a ni izvanjska forma očitovanja, već jedino sadržaj obveze: ona mora imati svoju osnovu u javnom pravu. Konkretnije, u cilju njegova razgraničenja od privatnopravnog ugovora, njemačka sudska praksa izgradila je pravilo, danas općeprihvaćeno, da javnopravni ugovor postoji u svakom slučaju kad se radi o javnim pravima ili obvezama. Dakle, ako je predmet ugovora uređen javnim pravom, tada je riječ o javnopravnom ugovoru. Štoviše, ako se bitna ugovorna obveza kvalificira kao javnopravna, onda i cijeli ugovor mora biti kvalificiran kao javnopravni te tretiran jedinstveno pred upravnim sudom.⁵⁷ Namjera stranaka da sklope ugovor prema privatnom ili javnom pravu u pravilu nije relevantna. Pravni karakter ugovora određuju objektivna svojstva, a ne način na koji ga stranke shvaćaju.⁵⁸

Ključno je da se ugovorne strane međusobno usuglase o predmetu (to jest javnim pravima i obvezama) koji će se regulirati ugovorom. Ta koordinacija ugovornih strana (njem. *die Koordination der Partner*) temeljno je zajedničko obilježje privatnopravnog i javnopravnog ugovora. Suprotno francuskom administrativnom ugovoru, ugovor koji bi bio zasnovan na nejednakosti ugovornih strana nije zamisliv prema njemačkom poimanju prava.⁵⁹ U njemačkom se pravu polazi od ekvipariranog položaja ugovornih sukontrahenata, koji se izražava u ravnopravnosti očitovanih volja, tako da nijedna volja nema u pravnom poslu prednost.

Opisana koordinacija ugovornih strana izražava se u samom činu sklapanja ugovora, s obvezujućim učinkom za budućnost. Ujedno označava i granicu primjenjivosti javnopravnog ugovornog koncepta. Koordinacija je nedopustiva samo tamo gdje je zabranjena po prirodi državnih funkcija. Tako su, primjerice, eventualni ugovori ili sporazumi koji bi se odnosili na izvršavanje zakonodavne vlasti ništetni u svim okolnostima.⁶⁰

⁵⁶ Juracademy, *loc. cit.*, bilj. 52, točka II.3. „Ermächtigungsgrundlage“.

⁵⁷ *Ibid.*, točka II.2. „Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“, s daljnjim objašnjenjima i primjerima.

⁵⁸ Löher, Andrea, Übung zu Vorlesungen im Verwaltungsrecht: Der öffentlich-rechtliche Vertrag, §§ 54 ff. VwVfG, Sommersemester 2009, Universität Trier, https://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/prof/OEF005/Andrea_Verwaltungsrecht_Fall_8/D_OER_Vertrag.pdf (pristup: 17. siječnja 2025.).

⁵⁹ Osvrćući se na navode Jèzea o nejednakom pravnom položaju ugovornih strana pri sklapanju administrativnog ugovora u Francuskoj (v. bilj. 22), Forsthoff navodi: „Ein solcher auf der Basis der Ungleichheit ruhender Vertrag ist nach deutschen Rechtsbegriffen nicht vorstellbar.“, Forsthoff, *op. cit.*, bilj. 46, str. 278. (u bilj. 2).

⁶⁰ *Ibid.*, str. 278.

3.3. Koordinirani i subordinirani javnopravni ugovori

Iz postulata o koordinaciji (ekvipariranosti) ugovornih strana ne smije se zaključiti da ugovorne strane moraju biti „jednakog ranga“ jer tada država uopće ne bi mogla sklapati javnopravne ugovore budući da na svom području nema „partnera jednakog ranga“ (njem. *einen ranggleichen Partner*).⁶¹ Posljedično, javnopravni ugovori u području upravnog prava razlikuju se prema ugovornim stranama.⁶² Tom razlikovanju njemačko pravo pridaje veliku važnost, do mjere da ga uzima kao kriterij za njihovo klasificiranje. Ovisno o tome tko su ugovorne strane, razlikuju se koordinirani i subordinirani javnopravni ugovori.

Koordinirani javnopravni ugovor (njem. *koordinationsrechtlicher Vertrag*) sklapa se između ugovornih strana koje su „jednakog pravnog ranga“. U tu skupinu pripada javnopravni ugovor koji se sklapa između javnopravnih tijela, ali i onaj koji se sklapa između privatnih osoba.⁶³ Na koordinirani javnopravni ugovor primjenjuje se prva, ali ne i druga rečenica § 54. VwVfG-a.

Subordinirani javnopravni ugovor (njem. *subordinationsrechtlicher Vertrag*) sklapa se između javnopravnih tijela, s jedne strane, i privatnih osoba, s druge strane (primjerice, u cestovnom pravu, za ugovorno reguliranje obveza izgradnje cesta). To je ugovor u smislu druge rečenice § 54. VwVfG-a: javnopravno tijelo sklapa javnopravni ugovor umjesto da izda upravni akt. Löher napominje da on postoji i onda kada se javnopravno tijelo ugovorom obveže izdati upravni akt ili izvršiti materijalnu radnju/realni akt (*Realakt*).⁶⁴

VwVfG razlikuje dvije vrste subordiniranih javnopravnih ugovora ovisno o njihovu ugovornom sadržaju (njem. *Vertragsinhalt*; engl. *contract content*).

Prva skupina jesu ugovori o nagodbi (njem. *Vergleichsvertrag*; engl. *settlement agreement*) između upravnog tijela i privatne osobe na koju bi to tijelo inače naslovilo upravni akt, a koji se sklapa umjesto donošenja upravnog akta (u smislu druge rečenice § 54. VwVfG-a). Sukladno § 55. VwVfG-a, tim se ugovorom neizvjesnost, koja postoji pri razumnoj procjeni činjenica ili pravne situacije, uklanja međusobnim „popuštanjem“ (nagodbom). On se može sklopiti ako javnopravno

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Inicijalni pristup javnopravnom ugovoru u Njemačkoj i Austriji bio je da javnopravni ugovor može postojati samo među subjektima javnog prava, a između uprave i građana samo u strogo iznimnim slučajevima. Ivančević navodi da je sličan pristup početno postojao i u Švicarskoj, pozivajući se pritom na Ruck, E., *Schweizerisches Verwaltungsrecht*, Band 1 – Allgemeiner Teil, Polygraphischer Verlag A.G., Zürich 1934., str. 84-86. Ivančević, *Upravni akt*, *op. cit.*, bilj. 1, str. 67.

⁶³ Forsthoff daje primjer § 32. nekadašnjeg Zakona o prijevozu putnika kopnenim putem (*Gesetz über die Beförderung von Personen zu Lande vom 4. Dezember 1934, jetzt in der Neufassung vom 21. März 1961, BGBl. I S. 241*). Prema toj odredbi, upravitelj tramvaja koji se koristi javnom cestom mora s osobom odgovornom za održavanje ceste dogovoriti korištenje ceste i naknadu koju za nju plaća. Taj je dogovor javnopravni ugovor. Njegov predmet pripada javnom pravu. Dakle, može se dogoditi da su i poduzetnik i pravna osoba odgovorna za održavanje ceste osobe privatnog prava. Ipak, ugovor je i u tom slučaju javnopravni. Bitan je samo njegov sadržaj (predmet), a ne tko su ugovorne strane. Samo u slučaju da se ne postigne dogovor, javnopravno tijelo nadležno za izdavanje dozvola odredit će uvjete korištenja cestom. Forsthoff, *op. cit.*, bilj. 46, str. 281.

⁶⁴ Löher, *loc. cit.*, bilj. 58.

tijelo, prema vlastitom nađenju, ocijeni da je sklapanje nagodbe svrsishodno za otklanjanje procijenjene neizvjesnosti.⁶⁵

Drugo, postoji ugovor o razmjeni (njem. *Austauschvertrag*; engl. *exchange agreement*), koji je uređen u § 56. VwVfG-a. I to je ugovor koji upravno tijelo i privatna osoba koja bi inače bila adresat upravnog akta sklapaju umjesto donošenja upravnog akta (u smislu druge rečenice § 54. VwVfG-a). Riječ je o uzajamno obvezujućem ugovoru, kojim se druga ugovorna strana obvezuje na protučinidbu/protuuslugu (njem. *Gegenleistung*) javnopravnom tijelu. On se može sklopiti ako je protučinidba/protuusluga ugovorena za određenu svrhu i namijenjena je javnopravnom tijelu za ispunjavanje njegovih javnih zadaća. Protučinidba/protuusluga mora biti primjerena s obzirom na ukupne okolnosti te mora biti objektivno povezana s izvršenjem ugovornih obveza javnopravnog tijela.⁶⁶ Forsthoff navodi da su takvi ugovori posebno važni i neophodni za građevinsko pravo jer su prikladni za poticanje onih koji žele graditi, na ustupke koji su poželjni prema zakonu o gradnji, a koji ne bi bili provedivi prema samom zakonu.⁶⁷

Međutim, § 56. VwVfG-a sadržava relativno stroge zahtjeve za ugovor o razmjeni kako bi se ne samo zaštitili građani, nego i spriječila „prodaja suverenih prava“ (njem. *Ausverkaufs von Hoheitsrechten*; engl. *selling out of sovereign rights*). To se odnosi ne samo na tzv. pravi ugovor o razmjeni (njem. *Echten Austauschvertrag*), u kojem su činidba/usluga i protučinidba/protuusluga ugrađeni u sam tekst ugovora, nego i na tzv. šepavi ugovor o razmjeni (njem. *hinkenden Austauschvertrag*), koji sadržava samo obvezu građana/privatnih osoba da izvrše činidbu, pri čemu oni prešutno pretpostavljaju da će javnopravno tijelo pružiti odgovarajuću protučinidbu/protuuslugu.⁶⁸

3.4. Ostala obilježja njemačkog javnopravnog ugovora

Javnopravni ugovor mora biti sklopljen u pisanom obliku, ako zakonom nije propisan drugi oblik (§ 57. VwVfG-a). Onaj kojim se zadire u prava treće osobe proizvodi učinak samo ako treća osoba na to pristane u pisanom obliku. Ako je umjesto upravnog akta sklopljen ugovor za čije je donošenje potrebno odobrenje

⁶⁵ § 55. VwVfG-a („Vergleichsvertrag“) u izvornom tekstu glasi: „Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne des § 54 Satz 2, durch den eine bei verständiger Würdigung des Sachverhalts oder der Rechtslage bestehende Ungewissheit durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt wird (Vergleich), kann geschlossen werden, wenn die Behörde den Abschluss des Vergleichs zur Beseitigung der Ungewissheit nach pflichtgemäßem Ermessen für zweckmäßig hält.“.

⁶⁶ § 56. VwVfG-a („Austauschvertrag“) u izvornom tekstu glasi: „(1) Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne des § 54 Satz 2, in dem sich der Vertragspartner der Behörde zu einer Gegenleistung verpflichtet, kann geschlossen werden, wenn die Gegenleistung für einen bestimmten Zweck im Vertrag vereinbart wird und der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dient. Die Gegenleistung muss den gesamten Umständen nach angemessen sein und im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen. (2) Besteht auf die Leistung der Behörde ein Anspruch, so kann nur eine solche Gegenleistung vereinbart werden, die bei Erlass eines Verwaltungsaktes Inhalt einer Nebenbestimmung nach § 36 sein könnte.“.

⁶⁷ Forsthoff, *op. cit.*, bilj. 46, str. 279.

⁶⁸ Löher, *loc. cit.*, bilj. 58.

ili suglasnost drugog tijela u skladu sa zakonom, on stupa na snagu tek nakon davanja potrebnog odobrenja ili suglasnosti tog drugog tijela u propisanom obliku (§ 58. VwVfG-a).⁶⁹

Načelo zakonitosti uprave iz članka 20. stavka 3. Temelnog zakona („Zakonodavstvo je vezano ustavnim uređenjem, a izvršna vlast i pravosuđe zakonom i pravom.“)⁷⁰ vrijedi i za javnopravne ugovore. Taj ugovor ne smije biti protivan mjerodavnoj pravnoj normi, ni formalno ni sadržajno.⁷¹ Međutim, ne dovodi svaka nezakonitost formalne ili materijalne naravi do ništetnosti javnopravnog ugovora. Odredba § 59. stavka 1. VwVfG-a sadržava opću klauzulu da je javnopravni ugovor ništetan ako ništetnost proizlazi iz odgovarajuće primjene odredaba njemačkog Građanskog zakonika (dalje: BGB).⁷² Uz taj, VwVfG taksativno navodi razloge ništetnosti javnopravnog ugovora iz druge rečenice § 54. (to jest ugovora koji javnopravno tijelo može sklopiti, umjesto donošenja upravnog akta, s osobom na koju bi inače naslovilo upravni akt). Tako je u § 59. stavku 2. VwVfG-a propisano da je taj ugovor ništetan: – ako bi upravni akt usporedivog sadržaja bio ništav; – ako bi upravni akt usporedivog sadržaja bio nezakonit ne samo zbog proceduralne ili formalne pogreške, a to je bilo poznato ugovornim stranama; – ako nisu bile ispunjene pretpostavke za sklapanje ugovora o nagodbi, a upravni akt usporedivog sadržaja bio bi nezakonit ne samo zbog proceduralne ili formalne pogreške; – ako bi upravno tijelo obećalo protučinidbu/protuuslugu koja nije dopuštena prema § 56. VwVfG-a. Ako se ništetnost odnosi samo na dio ugovora, ugovor je ništetan u cijelosti, osim ako se može pretpostaviti da bi bio sklopljen i bez ništetnog dijela

⁶⁹ § 57. („Schriftform“) u izvornom tekstu glasi: „Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ist schriftlich zu schließen, soweit nicht durch Rechtsvorschrift eine andere Form vorgeschrieben ist. § 58 („Zustimmung von Dritten und Behörden“) glasi: (1) Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, der in Rechte eines Dritten eingreift, wird erst wirksam, wenn der Dritte schriftlich zustimmt. (2) Wird anstatt eines Verwaltungsaktes, bei dessen Erlass nach einer Rechtsvorschrift die Genehmigung, die Zustimmung oder das Einvernehmen einer anderen Behörde erforderlich ist, ein Vertrag geschlossen, so wird dieser erst wirksam, nachdem die andere Behörde in der vorgeschriebenen Form mitgewirkt hat.“.

⁷⁰ Članak 20. stavak 3. Temelnog zakona u izvornom tekstu glasi: „Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.“. V. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Dezember 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 439) geändert worden ist. Dostupno na Bundesministerium der Justiz, <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html> (pristupljeno 20. siječnja 2025.).

⁷¹ Usp. prvu rečenicu § 54. VwVfG-a i bilj. 54.

⁷² *Bürgerliches Gesetzbuch* in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 14 des Gesetzes vom 23. Oktober 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 323) geändert worden ist. Dostupno na Bundesministerium der Justiz, <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html> (pristupljeno 21. siječnja 2025.).

(§ 56. stavak 3. VwVfG-a).⁷³ Nema li ništetnosti prema § 59. VwVfG-a, nego samo „obične“ protupravnosti (njem. *‘einfache’ Rechtswidrigkeit*), takva protupravnost nema utjecaja na obvezu ispunjenja ugovora. On se smatra valjanim i mora se poštovati jer u tom slučaju prevladava načelo *pacta sunt servanda*. Za razliku od upravnog akta, javnopravni ugovor ne može se pobijati pred sudom zbog takve „obične“ protupravnosti.⁷⁴

Sporovi koji proizlaze iz javnopravnih ugovora u nadležnosti su upravnih sudova, a kvalificiraju se kao javnopravni sporovi neustavne naravi.

VwVfG-a sadržava i odredbe o izmjeni i raskidu javnopravnog ugovora u posebnim slučajevima. Ako su se okolnosti koje su bile odlučujuće za utvrđivanje sadržaja ugovora od sklapanja ugovora tako bitno promijenile da je neopravdano očekivati da će se jedna od ugovornih strana pridržavati prvotnih ugovornih odredaba, ta ugovorna strana može zahtijevati da se sadržaj ugovora prilagodi promijenjenim okolnostima ili, ako prilagodba nije moguća ili je za ugovornu stranu nerazumna, raskinuti ugovor. S druge strane, upravno tijelo može jednostrano raskinuti ugovor i radi sprečavanja ili otklanjanja ozbiljnih šteta za opće dobro (njem. *Gemeinwohl*). Raskid mora biti u pisanom obliku ako zakonom nije propisan drugi oblik te mora biti obrazložen (§ 60. VwVfG-a).⁷⁵

Za subordinirane javnopravne ugovore propisane su i posebne odredbe o pravu svake ugovorne strane da podnese zahtjev za bezodložno (hitno) izvršenje (njem. *Sofortige Vollzug*; engl. *Immediate enforcement*) ugovora, pri čemu se taksativno navodi tko može zastupati javnopravnu ugovornu stranu: čelnik javnopravnog tijela, opći zastupnik tijela ili predstavnik javne službe kvalificiran za obnašanje sudačke

⁷³ § 59. VwVfG-a („Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags“) u izvornom tekstu glasi: „(1) Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ist nichtig, wenn sich die Nichtigkeit aus der entsprechenden Anwendung von Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs ergibt. (2) Ein Vertrag im Sinne des § 54 Satz 2 ist ferner nichtig, wenn 1. ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nichtig wäre; 2. ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers im Sinne des § 46 rechtswidrig wäre und dies den Vertragschließenden bekannt war; 3. die Voraussetzungen zum Abschluss eines Vergleichsvertrags nicht vorlägen und ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers im Sinne des § 46 rechtswidrig wäre; 4. sich die Behörde eine nach § 56 unzulässige Gegenleistung versprechen lässt. (3) Betrifft die Nichtigkeit nur einen Teil des Vertrags, so ist er im Ganzen nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass er auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre.“.

⁷⁴ Forsthoff, *op. cit.*, bilj. 46, str. 281.

⁷⁵ § 60. VwVfG-a („Anpassung und Kündigung in besonderen Fällen“) u izvornom tekstu glasi: „(1) Haben die Verhältnisse, die für die Festsetzung des Vertragsinhalts maßgebend gewesen sind, sich seit Abschluss des Vertrags so wesentlich geändert, dass einer Vertragspartei das Festhalten an der ursprünglichen vertraglichen Regelung nicht zuzumuten ist, so kann diese Vertragspartei eine Anpassung des Vertragsinhalts an die geänderten Verhältnisse verlangen oder, sofern eine Anpassung nicht möglich oder einer Vertragspartei nicht zuzumuten ist, den Vertrag kündigen. Die Behörde kann den Vertrag auch kündigen, um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen. (2) Die Kündigung bedarf der Schriftform, soweit nicht durch Rechtsvorschrift eine andere Form vorgeschrieben ist. Sie soll begründet werden.“. Za primjer „bitno promijenjene okolnosti“ (njem. *wesentliche* Änderung; engl. *significant change*) upućuje se na Juracademy, *loc. cit.*, bilj. 52, točka II.6. „Fehlerfolgen“.

dužnosti (§ 61. stavak 1. VwVfG-a).⁷⁶ Bezodložno (hitno) izvršenje provodi se prema odredbama saveznog Zakona o administrativnom izvršenju.⁷⁷ Izvan tih slučajeva, ako dođe do neispunjenja ugovorne obveze, druga ugovorna strana mora podnijeti tužbu upravnom sudu želi li naplatiti svoje tražbine. To se odnosi i na javnopravno tijelo koje se sklapanjem ugovora s privatnom osobom stavlja u ravnopravan položaj s njom pa mu nije dopušteno upravnim aktom jednostrano utvrđivati i naplaćivati svoja potraživanja proizašla iz javnopravnog ugovora. Navedeno se pravilo temelji na načelu „jednakosti oružja“, odnosno procesne ravnopravnosti stranaka (njem. *Waffengleichheit*, eng. *equality of arms*).⁷⁸

Kad je riječ o primjeni pravila građanskog prava, druga rečenica § 62. VwVfG-a propisuje da se na javnopravne ugovore odgovarajuće primjenjuju odredbe BGB-a. Forsthoff, iako polazi od toga da za javnopravne ugovore vrijede pravila javnog, a ne privatnog prava, primjenu pravila građanskog prava objašnjava činjenicom da ne postoje sveobuhvatna pravila javnog prava koja bi te ugovore regulirala. Stoga bi nužno došlo do primjene pretpostavke o postojanju pravnih praznina da se u odredbama građanskog prava ne nalaze opća pravna načela koja vrijede i za javno pravo. Po njima se onda imaju prosuđivati javnopravni ugovori u svim pitanjima koja nisu izrijekom uređena normama javnog prava.⁷⁹ Štoviše, odredbe građanskog prava u tolikoj su mjeri usklađene s naravi ugovora da se moraju primjenjivati u javnom pravu ako se uopće želi prihvatiti pravni pojam javnopravnog ugovora.⁸⁰

Suprotno tome, za utvrđivanje materijalnopravnih učinaka javnopravnog ugovora odlučujuće je isključivo javno pravo i nije dopušteno posezati za građanskim pravom. Učinci javnopravnih ugovora mogu ići dalje no što se može pretpostaviti prema odredbama građanskog prava.⁸¹

⁷⁶ § 61. stavak 2. VwVfG-a uređuje bezodložno izvršenje koordiniranih javnopravnih ugovora tako što upućuje na primjenu mjerodavnih zakona. Hrvatsko pozitivno pravo ne poznaje koordinirane ugovore, pa se te odredbe izostavljaju. § 61. stavak 1. VwVfG-a („Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung“) u izvornom tekstu glasi: „(1) Jeder Vertragsschließende kann sich der sofortigen Vollstreckung aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag im Sinne des § 54 Satz 2 unterwerfen. Die Behörde muss hierbei von dem Behördenleiter, seinem allgemeinen Vertreter oder einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes, der die Befähigung zum Richteramt hat, vertreten werden.“.

⁷⁷ *Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz* (VwVG), in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 201-4, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3436) geändert worden ist. Dostupno na Bundesministerium der Justiz, <https://www.gesetze-im-internet.de/vwvg/BJNR001570953.html> (pristupljeno 25. siječnja 2025.). Prema § 9. tog zakona, mjere prisile su izvršenje preko treće osobe („zamjensko izvršenje“ – *Ersatzvornahme*), kazna (*Zwangsgeld*) i izravna prisila (*unmittelbarer Zwang*).

⁷⁸ Juracademy, *loc. cit.*, bilj. 52, dio II. „Öffentlich-rechtlicher Vertrag“.

⁷⁹ Primjerice, u OVG-u Münster od 20. ožujka 1957., DÖV 1957, 374 (376) bilo je propisano da se na javnopravne ugovore primjenjuje načelo dobre vjere, koje je posebno važno za vrijeme izvršenja ugovora. Prema Forsthoff, *op. cit.*, bilj. 46, str. 281.

⁸⁰ Ipak, starija njemačka sudska praksa u tom je pitanju bila kolebljiva. Početno je Sud Reicha odbijao ne samo izravnu nego i odgovarajuću primjenu građanskopravnih odredbi (RGZ 110, 294). Kasnije je dopustio da se BGB primjenjuje *mutatis mutandis* kao „nužna korekcija“ (RGZ 148, 266, §§ 123. i dalje). Današnje shvaćanje prihvaćeno je 50-ih godina 20. stoljeća. Forsthoff upućuje na odluku Ureda za patente od 9. siječnja 1954., NJW 1954, 814. *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

Opisani njemački model javnopravnog ugovora zahtijeva odgovorno postupanje i velik oprez u primjeni u praksi. Forsthoff u tom smislu naglašava da dvostrano obvezivanje u području upravnog prava može postati opterećujući „okov“ za upravu (suprotno takvom obvezivanju, pravna norma i upravni akt uvijek se mogu jednostrano ukinuti). Taj okov prerasta u opasnost kada ugovorno obvezivanje uprave od iznimke postane pravilo, a državni suverenitet (*staatliche Hoheit*) ostane zarobljen u mreži ugovornih odnosa, veza i obveza. Tvrdnja Otta Mayera da država uvijek mora ostati na poziciji da daje isključivo jednostrane pravne zapovijedi ne može se smatrati uvjerljivim argumentom protiv javnopravnog ugovora kao pravnog koncepta, ali treba priznati da nije riječ o neozbiljnom argumentu. U pozadini te Mayerove tvrdnje leži ozbiljno političko promišljanje.⁸²

Konačno, iz samog VwVfG-a jasno proizlazi da je i njemački zakonodavac svjestan rizika koji je inherentan opisanom modelu javnopravnog ugovora, a sastoji se od mogućnosti „prodaje suverenih prava“, odnosno od opasnosti monetizacije upravnih poslova (njem. *Monetarisierung von Verwaltungsleistungen*; engl. *Monetisation of administrative services*).⁸³

4. HRVATSKI UPRAVNI UGOVOR

U razdoblju prije Prvog svjetskog rata, ali i između dvaju ratova, kao i u doba komunističke SFRJ, sve do njezina raspada, na području današnje Hrvatske postojao je snažan otpor protiv ugovora javnog prava, bilo francuskog ili njemačkog tipa.⁸⁴

4.1. Razdoblje do 1945. godine

Pravno područje Hrvatske prije Prvog svjetskog rata, kao dio Austro-Ugarske Monarhije, bilo je prožeto idejama germanskog prava. Dominirala je konzervativna civilistička misao. Rasprava o javnopravnom ugovoru na tom području (osobito u Austriji) započela je vrlo kasno.

⁸² *Ibid.*, str. 275.

⁸³ Juracademy, *loc. cit.*, bilj. 52, dio II. „Öffentlich-rechtlicher Vertrag“.

⁸⁴ Organizacija i predmet sudske kontrole uprave na području Hrvatske od 19. stoljeća do danas u radu se spominju samo u mjeri nužnoj za razumijevanje procesa vezanih uz prihvatanje upravnog ugovora 2009. godine. Njihov detaljni prikaz sadržan je, primjerice, u Đanić Čeko, A., *Razvoj pravne zaštite građana putem žalbe u upravnom sporu u Hrvatskoj*, Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave, god. 21, 3/2021., str. 489-528.; Malenica, I., *Izvršenje upravnosudskih odluka u hrvatskom i poredbenom pravu*, doktorski rad, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2020., str. 129-153; Held, M., *Neka važna pitanja uređenja i reformi upravnog sudovanja u europskim zemljama*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. 69, 4/2019., str. 564-566.

4.1.1. Kraljevina SHS/Jugoslavija

Ivančević objašnjava da ni poslije Prvog svjetskog rata razvitak javnopravnog ugovora na području današnje Hrvatske nije daleko odmakao. Ipak, izmjenama i dopunama zakona o državnom proračunu za 1921. i 1922. godinu, donesenima radi unificirane primjene na čitavom području SHS, te njegovim izmjenama i dopunama iz 1934. godine, pojavili su se neki embrionalni začeci javnopravnog ugovora. Ti su zakoni regulirali određena pitanja državnih nabavki odvojeno od građanskog zakonika. Međutim, ono što je davalo administrativni karakter državnim nabavkama nisu bili ugovori kao takvi, nego operacije koje su im prethodile, odnosno koje su proizlazile iz ugovora. Zakonom je bio propisan poseban postupak, način na koji se utvrđuje opravdanost radova odnosno nabavki, način na koji se pronalaze liferanti odnosno izvođači, način na koji se postupa za vrijeme izvršenja ugovora ako nastupe neke zakonom predviđene okolnosti. Povreda tih propisa mogla je prouzročiti štetu trećim osobama. Budući da je tu bila riječ o povredama objektivnih propisa administrativnopravne prirode, bila je otvorena mogućnost da ti sporovi budu isključeni iz nadležnosti redovnih sudova i predani u nadležnost upravnih sudova.⁸⁵

Članak 15. Zakona o Državnom savjetu i upravnim sudovima iz 1922. (dalje: ZDS/1922) glasio je: „Upravni sudovi sude po administrativnim sporovima. Administrativni je spor samo između pojedinaca ili pravnog lica s jedne i upravne vlasti s druge strane; postoji onde, gde je aktom upravne vlasti povređeno kakvo pravo ili kakav neposredni lični interes tužioca zasnovan na zakonu. Postoji li u danom slučaju ovakav interes ostavlja se sudu na ocenu.“⁸⁶

Premda je iz navedenog pravnog okvira mogao – da je htio – razviti institut administrativnog ugovora, tadašnji Državni savjet to nije učinio. Općenito, Državni savjet priznao je vrlo kasno mogućnost da sporovi o državnim nabavkama budu predani u nadležnost upravnih sudova, a u temeljnom pitanju: jesu li javnopravni sami ti ugovori ili su javnopravni samo akti koji im prethode odnosno koji slijede nakon njihova sklapanja, a sam je ugovor i dalje privatnopravni, nije nikada zauzeo izričito i dosljedno stajalište.⁸⁷

⁸⁵ Ivančević, Upravni akt, *op. cit.*, bilj. 1, str. 68-69.

⁸⁶ Državni savjet osnovan je kao „vrhovni upravni sud“ na temelju članka 103. Vidovdanskog ustava od 28. lipnja 1921. Zakon o Državnom savjetu i upravnim sudovima donesen je 17. svibnja 1922. (Službene novine, br. 111 od 22. svibnja 1922.), a izmijenjen je i dopunjen 1929. i 1930. (SN 9-IV od 11. siječnja 1929. i 170-LXIV od 29. srpnja 1930.). Vrijedio je u vrijeme Kraljevine SHS, kasnije Kraljevine Jugoslavije. Citat je preuzet iz zbirke: Zakon o Državnom savjetu i upravnim sudovima sa Uredbom o poslovnom redu u Državnom savjetu i upravnim sudovima, Zbirka zakona sv. 41., drugo izdanje, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd, 1927., str. 11. U komentaru uz članak 15. ZDS-a istaknuto je: „Definicija administrativnog spora iz ovog zakonskog propisa ne poklapa se potpuno sa definicijom iz čl. 134. Ustava, koji u alineji 5. veli: ‘Administrativni je spor samo između privatnog ili pravnog lica s jedne i upravne vlasti s druge strane; a postoji onde, gde je naredbom ili rešenjem upravne vlasti pravo privatnog ili pravnog lica povređeno protivu zakonskih naređenja. Prema tome nije spor onde, gde je zakonom ostavljeno privremenoj pokrajinskoj upravi ili administrativnoj vlasti, kako da postupi, oceni ili reši stvar.’“.

⁸⁷ Ivančević, Upravni akt, *op. cit.*, bilj. 1, str. 69. Francuski Državni savjet to je pitanje riješio u korist administrativne prirode takvog ugovora po kriteriju *régime exorbitant du droit commun*, iako pola stoljeća kasnije (1973.). V. poglavlje 2., odjeljak 2.4. ovoga rada.

4.1.2. Prihvaćanje akata vlasti i akata poslovanja po uzoru na napuštenu francusku teoriju iz 19. stoljeća

Kao i kod njemačkih i austrijskih sudova tog doba, i kod Državnog savjeta jasno se očitovao nedostatak pravotvorne komponente, toliko karakteristične za francuski Državni savjet. Ta je starojugoslavenska upravnosudska jurisdikcija radije slijedila napušteni francuski model akata vlasti i akata poslovanja. Naime, u predratnoj, prvoj Jugoslaviji, kasnije i u bivšoj SFRJ, „čitava stvar oko tih akata poslovanja ima svoj korijen u odavno napuštenoj francuskoj koncepciji akta poslovanja (...) i akta vlasti (...) kako ju je postavio Laferrière, uz podršku Aucoca i Ducrocqa, a kasnije ju usavršio Berthélemy“.⁸⁸

Prihvaćanje te teorije izravno je utjecalo i na tumačenje članka 15. ZDS-a/1922. Tako Stjepanović navodi da je pokretanje upravnog spora prema ZDS-u/1922 bilo uvjetovano postojanjem „akta upravne vlasti“ koji zadovoljava sljedeće pretpostavke: da je individualan, a ne opći; da je pravni akt; *da je akt vlasti, a ne akt poslovanja*; da je upravne prirode i da sadržava, prema mišljenju tužitelja, povredu tužiteljevog prava ili zakonskog interesa.⁸⁹

Prihvaćanju akata vlasti i akata poslovanja, kao dvaju oblika upravnog djelovanja, zdušno je pomoglo u Kraljevini SHS/Jugoslaviji tadašnje zakonodavstvo jer je i samo prihvatilo režime tih dvaju akata.⁹⁰

Jurisprudencija se također vodila teorijom akata vlasti i akata poslovanja. Primjerice, u odluci br. 3288 od 25. travnja 1923., starojugoslavenski Državni savjet presudio je da „privatne gimnazije nemaju karakter javnopravni, niti one vrše kakvu školsku vlast ravnu državnim gimnazijama, jer i svedočanstva ovih gimnazija nemaju onu istu javnopravnu snagu kao svedočanstva državnih gimnazija, već je po posljednjem odeljku čl. 7. Zak. o srednjim školama ostavljeno Ministru Prosvete da odredi, u koliko će svedočanstva privatne gimnazije vredeti kao ona državnih gimnazija. – Ugovori koje zaključuju opštine, okruzi ili srezovi kojima je dozvoljeno otvaranje privatne gimnazije, sa nastavnicima u pogledu plate i ostalih prinadležnosti, imaju privatnopravni karakter i zaključuju ih obe strane po slobodnoj dispoziciji, kao svako drugo privatno fizičko ili pravno lice po odredbama Građanskog Zakonika. Jer za imaoce privatnih gimnazija nisu ni u koliko obavezne odredbe Zakona o srednjim školama u odnosu nastavničkih plata i drugih prinadležnosti ni visine njihove i načina plaćanja, već su stranke ovlašćene, da sve ovo ugovore kao privatna lica o svojim privatnopravnim odnosima i potraživanjima. – U ovakvim ugovorima, opštine, kad one traže otvaranje privatne gimnazije, ne pojavljuju se kao upravna javna vlast prema nastavnicima, ... – Prema ovome i

⁸⁸ Ivančević, Institucije, *op. cit.*, bilj. 4, str. 239-240. V. poglavlje 2., odjeljak 2.2. ovoga rada.

⁸⁹ Stjepanović, N., *Upravno pravo u SFRJ*, Privredni pregled, Beograd 1978., str. 779.

⁹⁰ Ivančević navodi primjer § 1. tadašnjeg ZUP-a iz 1930., koji je propisivao da njegove odredbe primjenjuju samo organi vlasti, a banovine i općine kad „djeluju kao nosioci vlasti“. I tadašnji Zakon o unutrašnjoj upravi pravio je razliku između upravnih poslova koje obavlja država „kao nosilac vlasti“ i onih u kojima se pojavljuje „s obzirom na njihovu komercijalnu ili tehničku prirodu kao poduzetnik“. Ivančević, Upravni akt, *op. cit.*, bilj. 1, str. 60. (u bilj. 12) i 69; Institucije, *op. cit.*, bilj. 4, str. 240. i 243.

sporovi koji se pojave između opštine i nastavnika njene privatne gimnazije iz ovakvih ugovora, nisu javnopravnog karaktera već privatnopravnog karaktera, te su za suđenje njihovo nadležni redovni sudovi, a ne administrativni, jer akt odbijanja opštine, da po ovakvom ugovoru isplati nastavniku ugovorenu platu, ako na nju ima prava, nebi predstavljao naredbu ili rešenje opštinske upravne vlasti, kojom bi se vredalo zakonom normirano pravo nastavnika, što bi ... moglo biti predmet administrativnog spora, već povreda ili neispunjenje dužnosti jednog ugovorača, stvorenih ugovorom prema drugom ugovoraču u privatnopravnim odnosima. Sa ovih razloga, ni ovaj spor protivu tužene opštine, kome je predmet ispunjenje ugovora od tužene strane, nije administrativne prirode, već građanske“.⁹¹

Sukladno tome, ugovor sklopljen između općine i nastavnika privatne gimnazije Državni savjet kvalificirao je kao isključivo privatnopravni, a opisani predmet spora kao „ispunjenje ugovora od tužene strane“ (općine). Sam jednostrani akt općine kojim ona odbija isplatu plaće nastavniku (koji na nju ima pravo) Državni savjet kvalificirao je kao „povredu ili neispunjenje dužnosti jednog ugovorača, stvorenih ugovorom prema drugom ugovoraču u privatnopravnim odnosima“. Dakle, taj jednostrani akt općine u osnovi je kvalificiran kao materijalna radnja uprave proizašla iz privatnopravnog ugovora (realni akt). S obzirom na vladajuću diobu akata uprave na akte vlasti i akte poslovanja, Državni savjet nije ni pokušao razmotriti taj ugovor s aspekta javnopravnog režima pod koji je bila podvedena djelatnost privatnih gimnazija, jednako kao i državnih, a koja se nesporno obavljala kao javna služba.

4.2. Razdoblje od 1945. do 1991. godine

Bivša DFJ/FNRJ/SFRJ (dalje: bivša SFRJ) bila je utemeljena i ustrojena na pojedinim načelima i postulatima stranima građanskom društvu. Prvo, pravo bivše SFRJ nije priznavalo načelo diobe vlasti. Ta je država bila ustrojena na načelu jedinstva vlasti. Drugo, bivša SFRJ odbacila je podjelu prava na javno i privatno. Ona je bila utemeljena na tzv. načelu jedinstva pravnog poretka. Treće bitno odstupanje od pravnih poredaka građanskih država postojalo je u pitanjima vlasništva. Počevši od 1950. godine, u bivšoj SFRJ razvio se koncept općenarodne imovine, kasnije društvenog vlasništva bez nominalno određenog titulara, kao „kreacija policičke doktrine, koju je (prirodno, uz mnoge sporove) dalje razrađivala i

⁹¹ Zakon o Državnom savjetu i upravnim sudovima (Zbirka zakona sv. 41), *op. cit.*, bilj. 86, str. 12-4. Primjer pokazuje da se tadašnji Državni savjet slijepo držao podjele akata uprave na akte vlasti i akte poslovanja te je odbacivao tužbe protiv akata poslovanja (to jest „poduzetničkih“ akata koje uprava donosi kao privatna osoba), obrazlažući to odbacivanje svojom nenadležnošću. Ivančević, *ibid.*

pravna doktrina“.⁹² Na tim su pravno-političkim postavkama odgajane i obrazovane generacije i generacije hrvatskih pravnika.

4.2.1. Odbacivanje koncepcije administrativnog ugovora

Sukladno načelu jedinstva pravnog poretka, bivša SFRJ nije prihvatila mogućnost postojanja ugovora javnog prava.⁹³ Jugoslavensko pravo poznavalo je i priznavalo samo „dvostrane građanskopravne poslove“ uprave, koji se ni po čemu ne izdvajaju iz korpusa ugovora građanskog prava pod nadležnošću redovnih sudova, osim „ukoliko nije to posebnim propisima dano u nadležnost upravnim organima“⁹⁴ (kasnije vijećima redovnih sudova koji su sudili u predmetima iz upravne oblasti, a od 1977. godine Upravnom sudu Hrvatske). Tumačilo se da je riječ o dvostranim poslovima tzv. neautoritativne uprave iz područja građanskog prava.

U tim okvirima, jugoslavenska sudska praksa preuzela je stajalište starojugoslavenskog Državnog savjeta da jednostrani akti, koje uprava donosi u vezi s nekim ugovorom koji je sklopila prema pravilima građanskog prava, nisu upravni akti.⁹⁵ Slično kao u vrijeme Kraljevine SHS/Jugoslavije, to bi bili realni akti, to jest materijalne radnje uprave koje prethode ili proizlaze iz građanskopravnog ugovora, pa su pod kontrolom redovnog sudstva. Radi lakšeg raspoznavanja, u nastavku se ti akti nazivaju „realni akti poslovanja“ jugoslavenskog tipa (uvijek vezani uz sklopljeni građanskopravni ugovor uprave).

Osvrti u tadašnjoj pravnoj teoriji na administrativni ugovor bili su samo sporadični. Isticalo se da „u buržoaskim državama“ administrativni ili javnopravni ugovor „vuče idejno svoj korijen iz dualističke diobe prava u javno i privatno“ te da u FNRJ/SFRJ nema praktične potrebe za taj tip akta uprave. „Većinom će se kod nas u takvim slučajevima raditi o građanskopravnom ugovoru“, što potvrđuje da „u socijalističkoj zemlji“ građansko pravo dobiva „posve drugi smisao – ono prestaje

⁹² Krbek, I., *Upravno pravo FNRJ*, III. knjiga, Savremena administracija, Beograd 1958., str. 9. Tako Krbek navodi: „Općenar. imovina nije samo negacija drž. vlasništva (svojine) već vlasništva uopće. Prelazom drž. imovine u općenar. na tom se području ukida institut vlasništva. Vlasništvo pojamno pretpostavlja određeni, realni subjekt, – bilo fizičko ili pravno lice. Kazati društveno vlasništvo znači da nema takvog subjekta, i da dosljedno nema ni vlasništva, već da imovina ima da služi čitavom društvu; govoriti da je imovina u društvenoj svojini (vlasništvu) znači da ima služiti potrebama društva, da je njena svrha odnosno namjena zadovoljenje društvenih potreba. U našoj današnjoj političkoj i pravnoj doktrini ogromna većina diskutiranih o pravnoj prirodi općenar. imovine zauzima antivlasnički stav. Samo taj stav je u skladu s onom političkom idejom na kojoj se zasniva pojam općenar. imovine.“ [Bilješke su ispuštene.] *Ibid.*, str. 10.

⁹³ Pod „ugovorom javnog prava“ u ovom se kontekstu treba razumjeti i francuski administrativni ugovor i njemački javnopravni ugovor, kao i bilo koji drugi model ugovora stvoren na razlici između javnog i privatnog prava.

⁹⁴ Krbek, I., *Osnovi upravnog prava FNRJ*, Izdavački zavod Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti, Zagreb 1950., str. 381.

⁹⁵ „Rješenje upravnog organa, kojim se odbija zahtjev za isplatu potraživanja na osnovu kupoprodajnog ugovora, nije upravni akt.“, rješenje Saveznog vrhovnog suda broj: U 167/53, Zbirka IV, br. 401, u: Ivančević, V.; Ivčić, M.; Lalić, A., *Zakon o upravnim sporovima s komentarom i sudske prakse*, Narodne novine, Zagreb 1958., točka 19., str. 39; „Akt, koji sadrži izjavu volje organa uprave u građanskopravnim odnosima, nije upravni akt“, rješenje Vrhovnog suda AP Vojvodine broj: Gzz 26/55, Glasnik, 1955., br. 10, str. 29, u: *ibid.*, točka 28., str. 40.

biti pravo za posebno osiguranje interesa kapitalističke klase“.⁹⁶ Prema tome, pravna znanost u bivšoj FNRJ/SFRJ od početka se izjašnjavała protiv ugovora javnog prava, ponajviše zbog specifičnih političko-ideoloških i državno-ustrojstvenih razloga.

4.2.2. Prihvatanje akata vlasti i akata poslovanja 1945. godine

Istodobno, pravna teorija, osobito hrvatska, protivila se preuzimanju francuske teorije akata poslovanja i akata vlasti, prihvaćene u prethodnoj državi, u pravo bivše SFRJ. Krbek je otvoreno govorio da bi „bilo i pomalo smiješno, da oživljavamo ono, što je napustila i sama francuska pravna teorija“.⁹⁷ Unatoč tome, oni su prihvaćeni u sudskoj praksi te su nastavili svoj pravni život i nakon što se cjelokupni sustav upravnog sudstva stare Jugoslavije srušio krajem Drugog svjetskog rata.⁹⁸ Kasnije je i dominantni dio jugoslavenske pravne teorije uvažio to stajalište sudske prakse o razlikovanju akata vlasti i akata poslovanja kao pravnu realnost.

Prvi Zakon o upravnim sporovima donesen je 1952. (dalje: ZUS/1952).⁹⁹ Nadležnost za rješavanje u upravnom sporu dodijeljena je redovnim sudovima koji su sudili u posebnom (specijaliziranom) vijeću odnosno vijećima za predmete iz upravne oblasti, a ne više specijaliziranim upravnim sudovima kao u razdoblju stare

⁹⁶ Krbek, Osnovi, *op. cit.*, bilj. 94, str. 382. U enciklopedijskom članku „Administrativni ugovori“ iz 1979. navodi se: „U našem pravu, s obzirom na izmjenjene društveno-ekonomske odnose, nije bilo potrebno stvarati poseban institut a. u. [administrativnog ugovora – *op. J. O.*], jer se u takvim slučajevima zaključuju imovinsko-pravni ugovori. Sporove koji proističu iz takvih ugovora rešavaju nadležni privredni sudovi (ako su u pitanju sporovi između društvenih pravnih lica), a sporove između društvenih pravnih lica i građana rešavaju sudovi opšte nadležnosti.“. Ipak, u istom se članku podrobno objašnjavaju odredbe o utvrđivanju visine naknade i o rešavanju sporova iz Osnovnog zakona o ustanovama (Službeni list SFRJ, br. 5/76.) te se zaključuje: „Iako naše pravo ne poznaje a. u., može se reći da je ovde reč o posebnim ugovorima sa administrativnim elementima.“, Pravna enciklopedija, *Administrativni ugovori* (enciklopedijski članak), Savremena administracija, Beograd 1979., str. 9.

⁹⁷ Krbek, Osnovi, *op. cit.*, bilj. 94, str. 377. I Ivančević je isticao: „Ima li se na pameti onaj izvorni politički smisao te razlike [između akata vlasti i akata poslovanja – *op. J. O.*] u francuskoj teoriji, a koji se kasnije izgubio, doista nema pravog razloga da se oživljava napuštena stvar. Tome govori u prilog i činjenica, da u našem sustavu jedinstva vlasti termin ‘akti vlasti’ može značiti i akt predstavničkog tijela ... Zvati upravni akt aktom vlasti značilo bi bez potrebe unositi zbrku u inače čiste pravne pojmove.“, Ivančević, Upravni akt, *op. cit.*, bilj. 1, str. 62.

⁹⁸ Predsjedništvo AVNOJ-a, koje je predstavljalo najviše predstavničko tijelo, donijelo je 23. travnja 1945. Zakon o ukidanju Državnog savjeta i upravnih sudova, Službeni list DFI, br. 27/45.

⁹⁹ Zbog zapažene pojave širenja nezakonitosti u radu uprave, na zasjedanju IV. Plenuma Centralnog komiteta Komunističke partije Jugoslavije 1951. godine, nakon kritike postojećeg sustava nadzora uprave, donesena je „Rezolucija o daljnjem jačanju pravosuđa i zakonitosti“ (politički dokument). U njoj je među ostalim utvrđena potreba da se u djelokrug rada sudova prenese i kontrola zakonitosti pojedinih akata tijela državne uprave. Ubrzo nakon toga donesen je ZUS/1952 (Službeni list FNRJ, br. 23/52.). Usp. Ivančević, Institucije, *op. cit.*, bilj. 4, str. 214. i 215; Đanić Čeko, *op. cit.*, bilj. 84, str. 504; Malenica, *op. cit.*, bilj. 84, str. 139.

Jugoslavije.¹⁰⁰ Članak 5. ZUS-a/1952 propisivao je: „Upravni spor može se voditi samo protiv upravnog akta. Upravni akt u smislu ovog zakona je takav akt državnog organa koji je donijet u kakvoj upravnoj stvari, a kojim se rješava o izvjesnom pravu ili obavezi određenog pojedinca ili pravnog lica.“¹⁰¹

4.2.3. Stvaranje akata poslovanja „jugoslavenskog tipa“ – devijacija izvornog modela

Polazeći od diobe akata uprave na akte vlasti i akte poslovanja, sudovi su smjesta prihvatili stajalište da je upravni akt u smislu ZUS-a/1952 – akt vlasti, a da se protiv akata poslovanja ne može voditi upravni spor jer su građanskopravne prirode.

Ipak, već na ovom mjestu treba spomenuti judikate koji jasno upućuju na probleme prouzročene prihvatanjem koncepcije akata vlasti i akata poslovanja u okviru socijalističkog prava bivše SFRJ. Primjerice, zbog specifičnih pravnih osnova, pojedini su ugovori proglašavani upravnim aktima, a jednostrani akti uprave vezani uz te ugovore kvalificirani su kao realni akti poslovanja te su izuzimani iz upravnosudske kontrole: „Prema čl. 7. Uputstva o sklapanju ugovora pri davanju manjih ugostiteljskih radnja pod zakup (Sl. l. FNRJ 80/49), ugovor o zakupu smatra se dozvolom za obavljanje ugostiteljske radnje, pa se, dakle, radi o upravnom aktu iz čl. 5. Zakona o upravnim sporovima. Naprotiv, odluka o povišenju zakupnine nije upravni akt protiv kojeg se može voditi upravni spor, jer se istom mijenja jedan elemenat ugovora o zakupu, koji je isključivo građanskopravne naravi.“¹⁰²

¹⁰⁰ Ivančević objašnjava da su socijalistički sistemi nesumnjivo bili „oslobođeni od nadmudrivanja o tome da li je sudski nadzor nad upravom vezan uz podjelu vlasti i u kakvim modelima odnosno njihovim kombinacijama. ... u socijalističkom je sistemu jedinstvene vlasti radničke klase daleko širi prostor izbora bilo kakvog modela ili njihove kombinacije. Težište je očigledno na političkoj procjeni treba li zakonitost uprave štitići sudskom kontrolom, a ako treba – u kakvim organizacionim oblicima i s kakvim nadležnostima odnosno ovlaštenjima suda“. Ivančević, *ibid.*, str. 214. Hrvatska je, u okviru državnog uređenja bivše SFRJ, ponovno ustrojila specijalizirani upravni sud 1977. godine republičkim Zakonom o redovnim sudovima, Narodne novine, br. 5/77.

¹⁰¹ Usko postavljen predmet upravnog spora ograničen samo na upravni akt državnog organa ostavio je u bivšoj SFRJ izvan sudske kontrole, sve do 1965. godine, niz upravnih akata drugih javnopravnih kolektiviteta (tadašnjih samostalnih ustanova i organizacija, prijašnjih državnih privrednih poduzeća, različitih zadružnih i društvenih organizacija), sve druge konkretne pravne akte uprave za koje je sudska praksa protumačila da nisu upravni akti, kao i sve opće akte te materijalne radnje uprave. Novelom ZUS-a/1952 iz 1965. godine (Službeni list SFRJ, br. 21/65.) proširen je krug donositelja upravnih akata koji su bili podvedeni pod kontrolu zakonitosti u upravnom sporu i na radne ili druge organizacije u vršenju javnih ovlaštenja. Osim toga, tom je zakonskom novelom uveden i upravnosudski nadzor konačnih pojedinačnih akata koji nisu upravni akti, a kojima su pojedincu povrijeđeni ustavom zajamčeni sloboda i prava te zaštita ustavnih sloboda i prava koji su povrijeđeni radnjom službene odnosno odgovorne osobe ako nije bio osiguran drugi oblik sudske zaštite (tzv. kvaziupravni spor). To se zakonsko rješenje 1991. godine sukobilo s novouvedenom nadležnošću Ustavnog suda da u povodu ustavne tužbe odlučuje o povredama ustavnih prava u pojedinačnim slučajevima. Unatoč tome, kvaziupravni spor ukinut je tek Zakonom o upravnim sporovima iz 2010. Za podatke o tom zakonu v. bilj. 111.

¹⁰² Rješenje Saveznog vrhovnog suda broj: Uz 26/54, Glasnik, 1954, br. 4, str. 33, u: Ivančević, Ivčić, Lalić, *op. cit.*, bilj. 95, točka 20., str. 39. Posljedično, „rješenje narodnog odbora, kojim se raskida ugovor o zakupu ugostiteljske radnje, predstavlja upravni akt, jer se njime u stvari oduzima dozvola za rad“, rješenje Saveznog vrhovnog suda broj: Uz 7/52, Zbirka III, br. 202, u: *ibid.*, točka 10., str. 38.

Važno je naglasiti da se u pravu bivše SFRJ akti poslovanja nisu povezivali s funkcioniranjem javne službe.¹⁰³ U toj je državi došlo do bitnog sužavanja predmeta akata poslovanja samo na imovinskopravne odnose uprave, pretežito povezane s privatnom domenom države kao fiska (u to je vrijeme ondašnji državni sustav tek počeo izlaziti iz faze državnog upravljanja privredom, dakle faze u kojoj je država bila dominantni „poduzetnik“). U tim okvirima, trebalo je utvrditi značenje koje treba dati aktima poslovanja u „socijalističkom“ pravu. U tom je pitanju došlo do razmimoilaženja pravne teorije i sudske prakse.

Jugoslavenska pravna teorija tumačila je da se konkretni akti državne uprave dijele na: a) upravne akte; b) akte poslovanja; c) ostale konkretne akte državne uprave. Kad je riječ o aktima poslovanja, teorija ih je tumačila slično francuskom modelu-uzoru (uz spomenutu redukciju samog njihova predmeta). Tako je u Pravnoj enciklopediji iz 1979. navedeno: „Za akte poslovanja karakteristično je da su to dvostrani akti. Akti poslovanja sastoje se u izjavi volje organa uprave u imovinskopravnom odnosu, zbog čega organi uprave takvim aktima ne vrše funkciju vlasti, ne deluju na autoritativan način i ne pojavljuju se u odnosu na ostale učesnike imovinskopravnog odnosa sa jačom voljom. Sporove nastale povodom akata poslovanja rešava privredni odnosno redovan sud. U ovu vrstu akata spadaju, npr., ugovori koje je zaključio organ državne uprave sa organizacijama i pojedinim građanima“.¹⁰⁴ Ivančević je u tom smislu posebno naglašavao: „Kad bi se baš silom htjelo operirati s terminima ‘akt vlasti’ i ‘akt poslovanja’ ... onda se time može misliti jedino na opreku između upravnog akta i građanskopravnog posla“.¹⁰⁵

Suprotno tome, jugoslavenska sudska praksa odstupila je od takvog određenja akata poslovanja. Pod njih je počela podvoditi i akte uprave koji nisu bili povezani ni s kakvim građanskopravnim ugovorima uprave, a imali su obilježja upravnog akta (konkretnost, jednostranost, autoritativnost, neposredni pravni učinci). Jedino relevantno mjerilo za određenje akta poslovanja postala je imovinskopravna priroda same stvari: „Akt organa uprave povodom imovinskopravnog zahtjeva stranke nije

¹⁰³ Opisano odstupanje od izvornog francuskog modela bilo je uvjetovano negativnim odnosom bivše SFRJ prema javnim službama, koje su se povezivale s „buržoaskim“ društvom. Zanimljivo je pratiti taj odnos kroz terminološke promjene. Tako u razdoblju administrativnog upravljanja (1945. – 1953.) u DFJ/FNRI nisu postojale posebne javne službe. Taj je pojam ponovo u uporabi od 1953., ali samo do 1963., kada dolazi do osnivanja „radnih organizacija“ u dvama oblicima: pojam „radna organizacija – poduzeće i druga organizacija“ bio je terminološki nadomjestak za javne službe u privredi, dok je „radna organizacija – ustanova i druga organizacija“ terminološki nadomještavala javnu službu u društvenim djelatnostima. Od 1974. do 1990. postojao je novi terminološki nadomjestak za javne službe – „djelatnost od posebnog društvenog interesa“.

¹⁰⁴ Pravna enciklopedija, *Akti uprave* (enciklopedijski članak), Savremena administracija, Beograd 1979., str. 26. Osim upravnih akata i navedenih akata poslovanja, u treću skupinu „ostalih konkretnih akata državne uprave“ ubrajaju se „takvi akti državne uprave koji nemaju elemente upravnog akta i ne proizvode pravno dejstvo koje upravni akti imaju. Ovde je, prema tome, reč o konkretnim aktima državne uprave, van upravnih akata i akata poslovanja, koje organi uprave donose u procesu svog funkcionisanja.“ *Ibid.* To su, dakle, interni akti bez pravnog učinka za koje je Hauriou utvrdio da se odnose na „unutarnji život službi“ (v. bilj. 20). S obzirom na to da se ovaj rad bavi isključivo konkretnim aktima uprave s neposrednim pravnim učincima, potonji nisu njegov predmet.

¹⁰⁵ Ivančević, Upravni akt, *op. cit.*, bilj. 1, str. 62.

upravni akt, već akt poslovanja protiv kojeg se ne može voditi upravni spor“.¹⁰⁶ Ivančević je u svom Komentaru iz 1958. godine uz članak 5. ZUS-a/1952 bezuspješno naglašavao da „do sasvim krivih zaključaka vodi mišljenje, da ‘upravna stvar’ ne obuhvaća imovinske odnose i da je svaki imovinski odnos načelno građanska stvar“.¹⁰⁷ Ivančević navodi:

„Pozivam se namjerno na početne i po mom mišljenju indikativne judikate. (Treba računati jedino s vremenom u kojem su bili na snazi propisi čija je primjena bila mjerodavna u upravnom sporu.) Tako akt narodnog odbora kojim se odbija zahtjev za izručenje stvari iz ostavine umrle osobe zbog toga što se smatra da tužitelj nije vlasnik tih stvari nije upravni akt donesen u upravnoj stvari, već je akt poslovanja iz građanskopravnog odnosa (Vrh. sud APV, U-875/52). – Pismeno odobrenje dano državnom službeniku da može trošiti izvjesnu količinu službenog ogrjeva u privatne svrhe ne predstavlja upravni akt, već akt poslovanja (Vrh. sud SRH U-3980/52). – Rješenje kojim upravni organ izjavljuje da nije spreman da imovinu, koja mu je kao općenarodna predana na upravljanje, preda osobi kojoj je ona bila oduzeta po Zakonu o oduzimanju ratne dobiti stečene za vrijeme neprijateljske okupacije, predstavlja akt poslovanja, a ne upravni akt (Sav. vrh. sud, UŽ-1529/55).

Taj problem upravljanja zemljištem kao društvenim vlasništvom i akta kojim se dodjeljuje na korištenje neizgrađeno građevinsko zemljište postao je sedamdesetih godina takoreći pravi kamen smutnje. Najprije je sudska praksa zauzela stajalište da to nije upravni akt, već akt poslovanja – tako npr. Vrh. sud Hrv. u shvaćanju Zakona o uređenju i davanju na korištenje građevinskog zemljišta iz 1969. g. Bila je potrebna intervencija Ustavnog suda Hrv. (Odluka br. U-IV-211/1976, Nar. novine 36/77) koji je zauzeo protivno gledište, da bi onda na sjednici Upr. suda Hrv. od 26. VI 1978. bilo tome prilagođeno i pravno shvaćanje da je takav akt ipak upravni akt.

Iz tih i takvih, u kasnijoj praksi sudova vrlo čestih slučajeva, vidi se posve određeno, da je u pitanju isključivo jednostrano očitovanje volje, a o nekoj koordinaciji kao karakteristici akta poslovanja nema ni govora. Sudovi su kriterije tražili na sasvim drugom terenu.“¹⁰⁸

Mogućnost da akti poslovanja mogu postojati, a da ujedno ne postoji dvostrani ugovorni odnos u koji ulazi uprava, zamaglila je razliku između tih akata i upravnih akata, pa su se jugoslavenska praksa i teorija počele sve više baviti njihovim međusobnim razlikama. Iako su imali usporediva pravna obilježja, razlika među njima pronađena je u tome što se, za razliku od upravnih akata, imovinskopravni akti poslovanja ne donose u upravnom postupku i ne podvode pod sudsku kontrolu

¹⁰⁶ Rješenje Vrhovnog suda AP Vojvodine broj: U 5094/54, Glasnik, 1955., br. 1, str. 28., u: Ivančević, Ivčić, Lalić, *op. cit.*, bilj. 95, točka 26., str. 40.

¹⁰⁷ *Ibid.*, str. 32. I Savezni vrhovni sud u jednoj je ranoj odluci iz 1952. utvrdio: „Radi se o upravnoj stvari i onda, kad se upravnim aktom rješava o imovinskom zahtjevu, jer se upravnim aktom može odlučivati i o imovinskim pravima i interesima (rješenje broj: Uz 14/52, *ibid.*, točka 11., str. 38.). Međutim, to nije sprečavalo sudsku praksu da za niz takvih akata utvrdi kako nije riječ o upravnim aktima nego aktima poslovanja koji ne podliježu sudskoj kontroli zakonitosti. Kasnije je, kako se čini, i sam Savezni vrhovni sud odstupio od svog početnog, prethodno citiranog stajališta.

¹⁰⁸ Ivančević, Institucije, *op. cit.*, bilj. 4, str. 240.

zakonitosti. Pri tome, nije bilo potrebe određivati pripadaju li oni u javno ili privatno pravo jer je ta podjela u bivšoj SFRJ bila odbačena.

Radi lakšeg raspoznavanja, u nastavku se ti jednostrani akti uprave nazivaju „s ugovorom nepovezani imovinskopravni akti poslovanja“ jugoslavenskog tipa. Čini se da u njima treba tražiti začetke nastanka današnjih „neupravnih akata“.

4.3. Razdoblje od 1991. godine do danas

4.3.1. Oblici upravnog djelovanja u Republici Hrvatskoj

U radu se postavlja teza da su 1991. godine u hrvatski pravni poredak preuzeti svi socijalistički oblici upravnog djelovanja s pravnim učincima putem: 1. upravnih akata donesenih u upravnom postupku; 2. građanskopravnih ugovora uprave, koji su pokrivali sve dvostrane pravne poslove uprave, a uključivali su i realne akte poslovanja jugoslavenskog tipa, to jest materijalne radnje uprave koje su prethodile ili su proizašle iz sklopljenog ugovora, sve po pravilima građanskog prava; 3. s ugovorom nepovezanih imovinskopravnih akata poslovanja jugoslavenskog tipa, koji su imali obilježja upravnog akta, ali su bili izuzeti od sudske kontrole zakonitosti.

U tim okvirima, nedostatak instituta upravnog ugovora, kao oblika upravnog djelovanja u građanskim društvima, nije se osjećao jer su se predmeti koje bi taj ugovor trebao uređivati djelotvorno uređivali pravnim normama te navedenim aktima uprave. S druge strane, koncilijatorna uloga uprave u sferi javnog prava, koja se promovira i ostvaruje upravo kroz ugovore javnog prava, nikada nije imala važnu ulogu na ovim prostorima. Stoga njezin opći nedostatak u hrvatskom pravnom poretku nije bio prepoznat do mjere da bi ga sudska praksa ili teorija sustavno problematizirali.

Nakon donošenja političke odluke o uvođenju upravnog ugovora u hrvatski pravni poredak 2006. godine, zakonodavni model tog ugovora, koji je prihvaćen tri godine kasnije, vjerno je odražavao opisano stanje: upravni ugovor, kao novi oblik upravnog djelovanja, u osnovi je bio kreiran tako da jugoslavenski model akata uprave s pravnim učincima, preuzet 1991. godine, ostane netaknut, odnosno sačuvan u punom opsegu.

U nastavku se prvo obrađuje normativni okvir hrvatskog upravnog ugovora, kako bi se razjasnili razlozi zbog kojih taj ugovor nije dotaknuo nijedan oblik upravnog djelovanja s neposrednim pravnim učincima preuzet iz prava bivše SFRJ (upravni akt; građanskopravni ugovor uprave i s njim povezan realni akt poslovanja jugoslavenskog tipa; s ugovorom nepovezan imovinskopravni akt poslovanja jugoslavenskog tipa). To se čini poredbenom analizom rješenja koja je hrvatski zakonodavac preuzeo iz francuskog i njemačkog prava, a osobito onih koja nije preuzeo odnosno onih koja je modificirao (odjeljak 4.3.3.). Nakon toga se obrazlažu razlozi zbog kojih – uz nužnu prekvalifikaciju pojedinih građanskopravnih ugovora uprave u upravne – akti poslovanja jugoslavenskog tipa moraju biti uklonjeni iz objektivnog pravnog poretka

Republike Hrvatske. Ta se analiza u većoj mjeri oslanja na sudsku praksu hrvatskih sudova, osobito Visokog upravnog suda Republike Hrvatske (dalje: VUSRH) i Ustavnog suda Republike Hrvatske (dalje: Ustavni sud ili USRH) (odjeljak 4.3.4.).

4.3.2. Naznake orijentacije prema upravnim ugovorima (1992. – 2010.)

Borković navodi da je novo hrvatsko zakonodavstvo prešutno uvelo u novi pravni sustav „neke posebne vrste ugovora kojima su mnoga obilježja identična ili slična s klasičnim vrstama upravnih ugovora“ u francuskom pravu, navodeći kao primjer drugi Zakon o koncesijama iz 1992. (jer se koncesija može podjeljivati i za obavljanje djelatnosti od posebnog interesa za Republiku Hrvatsku, u koje ulaze javne službe) i Zakon o ustanovama iz 1993. (jer se javna ustanova osniva za obavljanje djelatnosti za koje je zakonom određeno da se obavljaju kao javna služba). Posebne vrste ugovora nalazi i u Zakonu o zdravstvenoj zaštiti iz 1993., a ugovore o koncesiji i u Zakonu o lovu iz 1994. te Pomorskom zakoniku iz 1994., zaključujući: „Svi spomenuti ugovori sadrže bitna obilježja svojstvena upravnim ugovorima što potvrđuje tezu da se u hrvatskom pravu, uz koncesiju kao novu pravnu kategoriju, pojavljuje i posebna kategorija upravnih ugovora sa zasebnim pravnim režimom utvrđenim posebnim propisima. ... Nužno je ipak napomenuti da se u našem zakonodavstvu nigdje još ne koristi pojam ‘upravni ugovor’. Iz tog se može zaključiti kako se ugovori koje smo spomenuli i uz svoju posebnu pravnu prirodu, smatraju i dalje oblicima općih ugovora građanskog prava. U tom smislu i sporovi iz tih ugovora u nadležnosti su sudova ovlaštenih i za ostale ugovore. Njihovo pobijanje pred sudom nadležnim za upravne sporove (kao npr. u Francuskoj) isključeno je zbog činjenice da Upravni sud Republike Hrvatske u svojoj nadležnosti odlučuje o zakonitosti upravnih akata te mora, po posebnoj odredbi zakona, odbaciti svaku tužbu podignutu protiv akta koji nije upravni akt“.¹⁰⁹

Bivši socijalistički Zakon o upravnim sporovima iz 1977.,¹¹⁰ o kojem govori Borković, bio je na snazi u Republici Hrvatskoj sve do 1. siječnja 2012.¹¹¹ Dakle, na reformu upravnog sudstva trebalo se čekati 22 godine, tijekom kojih je u Republici Hrvatskoj djelovao jedan upravni sud, osnovan 1977. godine.

4.3.3. Prihvatanje upravnog ugovora (2009.) i njegovo zakonsko uređenje

Upravni ugovori uvedeni su u hrvatski pravni poredak kao rezultat reforme općeg upravnog postupka, provedene tek krajem prvog desetljeća 21. stoljeća. S obzirom na hrvatsku tradiciju kodificiranog prava, odlučeno je, po uzoru na njemačko pravo,

¹⁰⁹ Borković, I., *Upravno pravo*, Pravna biblioteka – udžbenici 179, VII. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb 2002., str. 38-40. Borković je ujedno jedan od rijetkih autora koji se već početkom 90-ih godina sustavnije bavio upravnim ugovorima. Usp. Borković, I., *Upravni ugovori*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 30, 2/1993., str. 417-434.

¹¹⁰ Zakon o upravnim sporovima, Službeni list SFRJ, br. 4/77., 36/77.; Zakon o preuzimanju zakona o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 53/91., 9/92., 77/92.

¹¹¹ Na dan 1. siječnja 2012. stupio je na snagu Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 20/10., s kasnijim izmjenama i dopunama u NN, br. 143/12., 152/14., 94/16., 29/17., 110/21.

da se institut upravnog ugovora uredi u novom Zakonu o općem upravnom postupku (dalje: ZUP).¹¹²

Proces izrade tog zakona odvijao se u okviru projekta CARDS „Potpora reformi javne uprave i državne službe u Hrvatskoj“, koji je trajao od 2006. do 2008.¹¹³ U tom je procesu, u pogledu upravnog ugovora, bila primjetna, Đulabićevim riječima, „svojevrсна evolucija shvaćanja“,¹¹⁴ što se očitovalo u njegovim različitim uređenjima u pojedinim verzijama nacрта ZUP-a. Dostatno je istaknuti da je u prvoj verziji bio prihvaćen model usporediv s njemačkim javnopravnim ugovorom, ali je na kraju Hrvatskom saboru predložen tekst iz kojega su se mogla nazrijeti neka obilježja francuskog modela.

Upravni ugovor uređen je u šestom dijelu ZUP-a (članci od 150. do 154.). Zakon ne određuje taj ugovor. Načelno govoreći, kad je riječ o subjektima, pretpostavkama za sklapanje i predmetu upravnog ugovora, hrvatski upravni ugovor uređen je po uzoru na francuski administrativni ugovor, uz pojedina bitna odstupanja. U ostalim elementima vezanima uz njegov opći postupovni režim (načelo zakonitosti, forma ugovora, njegov učinak prema trećim osobama, ništetnost ugovora, izmjena i raskid ugovora), usporediv je s rješenjima sadržanima u njemačkom VwVfG-u, ali uz odstupanja od onih koja u njemačkom pravu osiguravaju ravnopravnost obaju potpisnika subordiniranog javnopravnog ugovora, te uz pojedina druga odstupanja (primjerice, uvođenje prigovora u vezi s izvršenjem ugovora). Čini se da bi bilo najpravičnije hrvatski upravni ugovor opisati kao krnju skicu francuskog administrativnog ugovora, odjevenu u ruho postupovnih rješenja po uzoru na (hrvatskoj pravnoj kulturi bliži i razumljiviji) kodificirani njemački VwVfG. U nastavku se ta teza podrobnije obrazlaže. Same odredbe ZUP-a o upravnim ugovorima nisu zasebni predmet obrade.¹¹⁵ Kad je riječ o subjektima, pretpostavkama za sklapanje i predmetu upravnog ugovora, hrvatska rješenja bitno odstupaju od pojedinih obilježja administrativnog ugovora bez kojih taj francuski institut ne bi bio to što jest. Slijedi analiza najznačajnijih odstupanja.

¹¹² Zakon o općem upravnom postupku, Narodne novine, br. 47/09., 110/21. ZUP je stupio na snagu 1. siječnja 2010.

¹¹³ Podrobnije Koprić, I., *Novi Zakon o općem upravnom postupku – tradicija ili modernizacija*, u: *Modernizacija općeg upravnog postupka i javne uprave u Hrvatskoj*, ur. Koprić, I.; Đulabić, V., Institut za javnu upravu, Zagreb i Društveno veleučilište u Zagrebu, Zagreb 2009., str. 22-24.; Đulabić, V., *Novi hrvatski Zakon o općem upravnom postupku kao poluga modernizacije javne uprave*, Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave, god. 9., 2/2009., str. 308., 312-315; Manojlović, R.; Dubajić, D., *Završna konferencija projekta CARDS 2003 Potpora reformi javne uprave i državne službe*, Hrvatska javna uprava, god. 8, 1/2008., str. 295-297.

¹¹⁴ Đulabić, *ibid.*, str. 312.

¹¹⁵ Đerđa je već 2008. godine analizirao upravne ugovore u francuskom i njemačkom pravu „kako bi se došlo do najboljih rješenja kojima bi se ovaj institut mogao urediti u pravnom sustavu Republike Hrvatske“. Usp. Đerđa, D., *Posebnosti upravnih ugovora*, Hrvatska pravna revija, god. 8., 10/2008., str. 56-67. Za prve radove koji su se bavili uređenjem upravnih ugovora u ZUP-u, pa i prije no što je on stupio na snagu, v. Đerđa, D., *Upravni ugovori u hrvatskom pravu*, Informator, male stranice, god. 57., br. 5809, 2009., str. 2-12; Ljubanović, B., *Upravni ugovori i upravno sudovanje*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 47, 1/2010., str. 37-52. Usp. i Aviani, D.; Đerđa, D., *Aktualna pitanja pravnog uređenja upravnog ugovora u hrvatskom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 48., 3/2011., str. 475-486.

Prvo, hrvatski upravni ugovor ograničen je samo na tzv. ugovor određen zakonom („Javnoopravno tijelo i stranka sklapaju upravni ugovor ... *ukoliko je zakonom propisano sklopanje takvog ugovora*“).¹¹⁶ Riječ je, dakle, o ugovoru koji se temelji, Forsthoffovim riječima, na pozitivizmu koji priznaje samo normativno utvrđeno pravo.¹¹⁷ Upravni ugovori do danas su izrijeком predviđeni u sedam posebnih upravnih zakona: Zakonu o koncesijama, Općem poreznom zakonu, Zakonu o dodatnom porezu na dobit, Zakonu o izdavanju pokrivenih obveznica i javnom nadzoru pokrivenih obveznica, Zakonu o kreditnim institucijama, Zakonu o stambenom zbrinjavanju na potpomognutim područjima i Zakonu o lovstvu.¹¹⁸

Drugo, hrvatski upravni ugovor ograničen je samo na ugovor koji sklapa javnoopravna osoba s nekom privatnom osobom („*Javnoopravno tijelo i stranka sklapaju upravni ugovor ...*“).¹¹⁹ Tu privatnu osobu kao jednu ugovornu stranu ZUP naziva „strankom“ jer je riječ o osobi koja je bila stranka u prethodno provedenom upravnom postupku, u kojem je doneseno rješenje (upravni akt) u povodu kojega se sklapa sam upravni ugovor. Radi olakšanog razumijevanja, ta se privatnopravna ugovorna strana u nastavku označava kao „ugovorna stranka“. S druge strane, javnoopravno tijelo kao drugu ugovornu stranu ZUP ne naziva strankom. Ono je i u ugovornom odnosu „javnoopravno tijelo“, dakle nositelj vlasti odnosno javnih ovlasti, u kojem je svojstvu bilo kad je donosilo upravni akt koji je prethodio sklapanju ugovora. Francusko pravo govori o „ugovornoj javnoj osobi“ (*la personne publique contractante*).

Ugovor sklopljen između dviju javnopravnih osoba (primjerice, između dviju općina ili županije i općine i sl.) u hrvatskom pravu nije upravni ugovor, što je suprotno francuskom pravu koje postavlja oborivu presumpciju da je takav ugovor uvijek administrativni. I njemačko pravo poznaje takav javnopravni (koordinirani) ugovor. Neovisno o modelima-uzorima, međutim, važnije je to što je nepriznavanje ugovoru sklopljenom između javnopravnih tijela karaktera upravnog ugovora izravno suprotno potrebama današnjeg upravnog djelovanja. Ono se, naime, sve više zasniva na ugovornoj suradnji javnopravnih tijela, osobito u području zajedničke realizacije različitih razvojnih projekata ili, pak, obavljanja komunalnih službi. Svi takvi ugovori u Hrvatskoj i dalje ostaju „obični“ ugovori privatnog prava.¹²⁰

Treće, navedeno hrvatsko rješenje o subjektima upravnougovornog odnosa, koliko god se činilo nelogičnim i nerazumnim, posljedica je prihvaćanja vrlo uskog predmeta koji se smije uređivati upravnim ugovorom. Naime, upravni ugovor smije

¹¹⁶ Članak 150. stavak 1. ZUP-a.

¹¹⁷ Usp. odjeljak 3.1. ovoga rada, uz bilj. 49.

¹¹⁸ Zakon o koncesijama, Narodne novine, br. 69/17., 107/20.; Opći porezni zakon, Narodne novine, br. 115/16., 106/18., 121/19., 32/20., 42/20., 114/22., 152/24.; Zakon o dodatnom porezu na dobit, Narodne novine, br. 151/22., 9/23. – ispr.; Zakon o izdavanju pokrivenih obveznica i javnom nadzoru pokrivenih obveznica, Narodne novine, br. 53/22.; Zakon o kreditnim institucijama, Narodne novine, br. 159/13., 19/15., 102/15., 15/18., 70/19., 47/20., 146/20., 151/22., 145/24.; Zakon o stambenom zbrinjavanju na potpomognutim područjima, Narodne novine, br. 106/18., 98/19., 82/23.; Zakon o lovstvu, Narodne novine, br. 99/18., 32/19., 32/20., 127/24. – odluka USRH.

¹¹⁹ Članak 150. stavak 1. ZUP-a.

¹²⁰ Tako i Đulabić, *op. cit.*, bilj. 113, str. 313-314.

se sklapati isključivo za izvršenje prava i obveza prethodno utvrđenih u upravnom aktu („Javnopravno tijelo i stranka sklopit će upravni ugovor o izvršenju prava i obveza utvrđenih u rješenju kojim je riješena upravna stvar...“).¹²¹ Dakle, predmet uređenja upravnog ugovora uvijek je unaprijed određen u upravnom aktu (rješenju, odluci), koji u prethodno provedenom upravnom postupku u pravilu donosi isto ono javnopravno tijelo koje će na temelju tog „svog“ jednostranog i autoritativnog upravnog akta kasnije sklopiti upravni ugovor s ugovornom strankom. Tako izrazito ograničavajuće rješenje francusko pravo ne poznaje (da se o njemačkom pravu i ne govori, jer se u Njemačkoj ugovor sklapa u upravnom postupku, umjesto jednostranog donošenja upravnog akta).

S obzirom na kumulativno propisane pretpostavke, ima se zaključiti da u hrvatskom pravu nije dopušteno posebnim zakonom proglasiti određenu kategoriju ugovora upravnim ugovorom ako oni istodobno ne ispunjavaju sve prethodno navedene pretpostavke.¹²²

Četvrto, subordinirani položaj ugovorne stranke prema javnopravnom tijelu (drugoj ugovornoj strani) u pravilu je osiguran već odredbama mjerodavnih materijalnih upravnih zakona i podzakonskih akata. Te pravne norme čine svojevrsni *régime exorbitant*. Dostatno je razmotriti, primjerice, odredbe Zakona o lovstvu kojima se uređuje upravni ugovor o zakupu prava lova i podzakonske akte kojima je uređeno lovstvo,¹²³ dokumentaciju vezanu uz javni natječaj za davanje zakupa prava lova¹²⁴ te upravni akt javnopravnog tijela o davanju zakupa prava lova, donesen u upravnom postupku nakon provedenog javnog natječaja.¹²⁵ S obzirom na te akte, za predmet ugovaranja ostaje iznimno uzak prostor jer su gotovo svi elementi ugovora već unaprijed zadani. Elementi koji su u samom obrascu upravnog ugovora promjenjivi jer ovise o okolnostima konkretnog slučaja u osnovi se svode na određivanje datuma od kada se priznaje i datuma kad prestaje pravo lova, konkretnog iznosa godišnje naknade za pravo lova za lovnu godinu i konkretnog iznosa jamstva za provedbu ugovora (sve prema mjerilima koja su unaprijed propisana). Štoviše, potencijalna druga ugovorna

¹²¹ Članak 150. stavak 1. ZUP-a.

¹²² Tako i Đulabić, *op. cit.*, bilj. 110, str. 313.

¹²³ Zakon o lovstvu, v. bilj. 118, članci od 22. do 33.; Pravilnik o središnjoj lovnoj evidenciji, Narodne novine, br. 45/22., osobito članci 6., 7. i 12. Za upravnosudsku praksu u razdoblju važenja prethodnog Zakona o lovstvu, Narodne novine, br. 140/05., 75/09., 153/09., 14/14., 21/16., 41/16., 67/16., 62/17., koji nije izrijekom propisivao da su ugovor o koncesiji prava lova te drugi ugovori po tom zakonu upravni ugovori v. VUSRH, rješenje broj: Usž-1684/16-2 od 2. lipnja 2016.

¹²⁴ Usp., primjerice, Dokumentaciju za 54. Javni natječaj – Davanje zakupa prava lova na državnim lovištima, Ministarstvo poljoprivrede, šumarstva i ribarstva, Zagreb, srpanj 2024., dostupno na https://poljoprivreda.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/pristup_info/javni%20pozivi/2024/Zakup_prava_lova/Dokumentacija%20za%20javni%20natje%C4%8Daj.pdf (pristupljeno 29. siječnja 2025.).

¹²⁵ Usp., primjerice, Odluku o davanju zakupa prava lova u zajedničkom lovištu 11/127 – „OROSLAVJE“, klasa: UP/I-323-01/22-01/02, urbroj: 2140-01-22-02 od 11. listopada 2022., koju je donio župan Krapinsko-zagorske županije, dostupno na <https://kzz.hr/sadrzaj/natjecaji/javni-natjecaj-davanje-zakupa-prava-lova-loviste-oroslavje/Odluka%20o%20davanju%20zakupa%20prava%20lova.pdf> (pristupljeno 29. siječnja 2025.).

stranka (ponuditelj) unaprijed je obvezna dati izjavu o prihvaćanju odredaba nacрта ugovora o zakupu prava lova, koji prileži natječajnoj dokumentaciji.¹²⁶

Konačno, kad je riječ o subordiniranom položaju ugovorne stranke prema javnopravnom tijelu (drugo ugovornoj strani), treba reći i to da dosadašnja upravnosudska praksa nije prepoznala značenje klauzula *exorbitante* odnosno režima *exorbitant* za procjenu o tome je li neki ugovor upravni ili građanskopravni.¹²⁷

Polazeći od opisanih subjekata, pretpostavki za sklapanje i predmeta upravnog ugovora u hrvatskom pravu, teško bi se moglo tvrditi da on ispunjava svrhu i zadaće zbog kojih je uopće stvoren institut ugovora javnog prava. Ograničavanje upravnog ugovora samo na instrument za izvršenje upravnog akta, i to samo ako je ta mogućnost propisana posebnim zakonom, izravno proturječi smislu tog instituta. Snažna javnopravna obilježja ugovornog odnosa, uključujući supremaciju javnopravnog tijela unutar tog odnosa, toliko dominiraju da sam institut upravnog ugovora postaje „zapravo nepotreban, čak i kontraproduktivan, jer će dovesti do produljenja postupaka i njihova dodatnog kompliciranja, bez ubrzanja i poboljšanja pravne pozicije građanina“.¹²⁸ Koncilijatorna funkcija uprave, koja se vezuje uz ugovore javnog prava u drugim europskim zemljama, ne može se raspoznati u hrvatskom upravnom ugovoru.

Kad je riječ o drugim elementima vezanima uz opći postupovni režim upravnog ugovora, uređenima člancima od 150. stavaka 2. i 3. do 154. ZUP-a, primjetno je izrazito oslanjanje na sistematizaciju odredaba njemačkog VwVfG-a u dijelu koji se odnosi na subordinirani javnopravni ugovor, a u većoj mjeri i na njihov sadržaj opisan u poglavlju 3. ovoga rada.

Članak 150. stavak 2. ZUP-a sadržava načelo zakonitosti, kao i prva rečenica § 54. VwVfG-a, a prepoznaje se u odredbi da upravni ugovor ne smije biti protivan prisilnim propisima. U odnosu na formu, ZUP je stroži jer zahtijeva isključivo pisani

¹²⁶ Usp. Dokumentaciju za 54. Javni natječaj, *op. cit.*, bilj.124, str. 6.

¹²⁷ Tako je VUSRH u rješenju broj: Usž-3964/21-2 od 26. studenoga 2021. potvrdio rješenje Upravnog suda u Osijeku broj: Us I-276/2021-6 od 20. rujna 2021., kojim se taj sud proglasio nenadležnim za kontrolu akata donesenih u postupku u kojem Hrvatski zavod za zapošljavanje, kao ugovorna strana, obavlještava tužitelja, kao drugu ugovornu stranu, o jednostranom raskidu ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava, uz obvezu povrata isplaćenih sredstava. Tužitelj je između ostaloga tvrdio da su, pored njega, ugovorne strane ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava „javnopravna tijela radi čega tužitelj nije u jednakom položaju u odnosu na osobu javnog prava, već je subordiniran, što je osnovna razlika u karakteristikama građanskih i upravnih ugovora. Iz te neravnopravnosti proizlaze prava na strani javnopravnog tijela poput mogućnosti donošenja odluke o nepravilnosti i jednostranog raskida ugovora kao što je to učinilo posredničko tijelo razine 2 [Hrvatski zavod za zapošljavanje – *op. J. O.*], a koja nikada nije dostavljena tužitelju na kojeg se odnosi, niti je tužitelj imao saznanja kada je točno donesena navedena odluka te da na istu ima pravo žalbe, a po kojoj je tuženik odlučio mišljenjem“ (točka 2.). VUSRH nije ispitao taj prigovor tužitelja s aspekta posebnih odredaba (*clauses exorbitantes du droit commun*), odnosno posebnog pravnog režima (*régime exorbitant du droit commun*), nego ga je odbacio s obrazloženjem da ugovor o dodjeli bespovratnih sredstava nije upravni ugovor jer „činjenica što su uz tužitelja potpisnici ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava i javnopravna tijela, sama po sebi ne znači da je predmetni ugovor upravni“ (točka 8.). To obrazloženje očito nije dostatno, a ni relevantno, ima li se u vidu sadržaj tužiteljevih prigovora.

¹²⁸ Pirnat, R., *Upravna pogodba – ali jo slovensko pravo potrebuje?*, u: VI. dnevi javnega prava, Inštitut za javno upravo Pravne fakultete Univerze v Ljubljani, Portorož 2000., str. 96-97. Cit. prema Koprić, *op. cit.*, bilj. 113, str. 46.

oblik ugovora, za razliku od § 57. VwVfG-a koji dopušta da se zakonom propiše i drugi oblik.¹²⁹ Pravni učinak upravnog ugovora na prava trećih osoba (članak 150. stavak 3. ZUP-a) doslovno je prepisan iz § 58. stavka 1. VwVfG-a.

Odredbе o nišetnosti ugovora, uređene u članku 151. stavcima 2. i 3. ZUP-a,¹³⁰ istovjetne su onima iz § 59. stavaka 1. i 3. VwVfG-a, koji uređuju subordinirani javnopravni ugovor.¹³¹ Za razliku od njemačkog zakona, međutim, ZUP ne propisuje taksativno pretpostavke čije ispunjenje dovodi do nišetnosti upravnog ugovora. Osim primjene pravila građanskog prava o nišetnosti ugovora propisanih Zakonom o obveznim odnosima,¹³² još jedna izrijekom navedena pretpostavka nišetnosti sadržana je u članku 151. stavku 1. ZUP-a („Upravni ugovor je nišetan ako je protivan rješenju radi izvršenja kojeg je sklopljen.“). Te dvije pretpostavke zajedno čine tzv. opće ugovorne pretpostavke za nišetnost upravnog ugovora u hrvatskom pravu.¹³³ Za sve ostale slućajeve ZUP ovlašćuje upravni sud da na temelju tužbe ugovorne stranke ili javnopravnog tijela utvrdi njegovu nišetnost (članak 151. stavak 4. ZUP-a). U tom je smislu za upravne sudove upućujuća odredba članka

150. stavka 2. ZUP-a prema kojoj upravni ugovor ne smije biti protivan, osim izreci rješenja i prisilnim propisima, ni „javnom interesu niti smije biti sklopljen na štetu trećih osoba“. Konaćno, u njemaćkom pravu postoji dobro ustanovljeno pravilo da se, za razliku od upravnog akta, javnopravni ugovor ne može pobijati pred sudom zbog „obićne“ protupravnosti. U hrvatskom pravu, pravila o posljedicama „obićne“ protupravnosti upravnog ugovora tek trebaju biti ustanovljena u upravnosudskoj praksi. ZUP o tome šuti.

Iz VwVfG-a (§ 62.) preuzete su i pretpostavke za izmjenu upravnog ugovora zbog promijenjenih okolnosti (članak 152. ZUP-a).¹³⁴ Istodobno, hrvatski zakonodavac

¹²⁹ U francuskom pravu, usmeni oblik ugovora nije smetnja za priznavanje ugovoru obilježja administrativnog ugovora. V. presudu Državnog savjeta u predmetu *Époux Bertin*, loc. cit., bilj. 40.

¹³⁰ O nišetnosti upravnog ugovora podrobnije Stanićić, F., *Abecedarij upravnog postupka: Nišetnost upravnog ugovora* – Čl. 151. ZUP-a, Informator, tjednik za pravna i ekonomska pitanja, br. 6832 od 22. travnja 2024., str. 21.

¹³¹ Odredbe članka 151. stavaka 2. i 3. ZUP-a glase: „(2) Upravni ugovor je nišetan i iz razloga nišetnosti propisanih zakonom koji uređuje obvezne odnose. (3) Upravni ugovor je nišetan i kad je nišetan dio toga ugovora, osim ako bi ugovor proizvodio pravne učinke i bez tog dijela.“. Iako ZUP ne sadržava izrićitu odredbu o primjeni pravila građanskog prava, kao što je ona sadržana u drugoj rećenici § 62. VwVfG-a (da se na javnopravne ugovore odgovarajuće primjenjuju odredbe BGB-a), na primjenu pravila građanskog prava posredno upućuje citirani stavak 2. članka 151. ZUP-a. Upućivanje na izravnu primjenu građanskog prava prepušteno je u Hrvatskoj posebnim zakonima.

¹³² Zakon o obveznim odnosima – ZOO, Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15., 29/18., 126/21., 114/22., 156/22., 155/23. Rijeć je o članku 322. stavku 1. ZOO-a koji propisuje da je ugovor koji je protivan Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima ili moralu društva nišetan osim ako cilj povrijeđenog pravila ne upućuje na neku drugu pravnu posljedicu ili ako zakon u određenom slućaju ne propisuje što drugo.

¹³³ Đerđa, D., *Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj*, Inženjerski biro, Zagreb 2010., str. 331.

¹³⁴ Članak 152. ZUP-a propisuje: „(1) Ako bi zbog okolnosti nastalih nakon sklapanja ugovora, koje se nisu mogle predvidjeti u vrijeme sklapanja ugovora, ispunjenje obveze za jednu ugovornu stranu postalo bitno otežano, ta strana može zahtijevati da se ugovor izmijeni sukladno nastalim okolnostima. (2) O izmjeni ugovora ugovorne se strane moraju suglasiti.“. Podrobnije Stanićić, F., *Abecedarij upravnog postupka: Izmjena upravnog ugovora zbog promijenjenih okolnosti* – Čl. 152. ZUP-a, Informator, tjednik za pravna i ekonomska pitanja, br. 6833 od 29. travnja 2024., str. 21.

nije slijedio njemački uzor kad je riječ o ugovornoj strani koja zbog nepostizanja dogovora o izmjeni ugovora uslijed promijenjenih okolnosti ima pravo raskinuti taj ugovor.¹³⁵ Njemački zakonodavac pravo raskida javnopravnog ugovora u tim slučajevima daje onoj ugovornoj strani koja trpi posljedice promijenjenih okolnosti (§ 60. stavak 1. VwVfG-a), dok ZUP ograničava tu pravnu mogućnost samo na javnopravno tijelo. Samo ono može jednostrano raskinuti upravni ugovor zbog promijenjenih okolnosti.¹³⁶ Posljedično, ako je ugovorna stranka tražila izmjenu ugovora zbog promijenjenih okolnosti, ali javnopravno tijelo na nju ne pristane, ugovorna stranka dužna ga je i dalje ispunjavati. Ako to ne čini, javnopravno tijelo može jednostrano raskinuti ugovor i tražiti naknadu štete.¹³⁷

ZUP propisuje i druge pretpostavke pod kojima javnopravno tijelo mora, odnosno može jednostrano raskinuti upravni ugovor.¹³⁸ Konačno, za razliku od VwVfG-a, koji neodređeno govori o pisanom obliku raskida javnopravnog ugovora „ako zakonom nije propisan drugi oblik“ te zahtijeva da taj raskid bude obrazložen (§ 60.), ZUP postavlja strogi zahtjev za obrazloženim upravnim aktom (rješenjem), donesenim u upravnom postupku, kao jedinim dopustivim aktom kojim se upravni ugovor smije raskinuti. Uz njega je onda vezana i sudska zaštita.¹³⁹

Konačno, ZUP sadržava i odredbe o „prigovoru na upravni ugovor“ (članak 154. ZUP-a).¹⁴⁰ Staničić pravilno zapaža da je u nazivu članka riječ o pogrešnoj kvalifikaciji jer se njime uređuje prigovor na postupanje javnopravnog tijela, a

¹³⁵ O raskidu upravnog ugovora detaljnije Staničić, F., *Abecedarij upravnog postupka: Raskid upravnog ugovora – Čl. 153. ZUP-a*, Informator, tjednik za pravna i ekonomska pitanja, br. 6834 od 6. svibnja 2024., str. 20.

¹³⁶ Članak 153. stavak 1. ZUP-a glasi: „(1) Kad se javnopravno tijelo i stranka ne suglase o izmjeni ugovora ili ako javnopravno tijelo ili treće osobe uključene u upravni ugovor na takvu izmjenu ne pristanu, javnopravno tijelo može jednostrano raskinuti upravni ugovor.“

¹³⁷ Đulabić smatra da opisano rješenje „samo na prvi pogled“ osigurava zaštitu javnog interesa (time što javnopravno tijelo ima mogućnost jednostranog raskida ugovora, pa je njegov položaj time ojačan i omogućava mu intervenciju u slučaju kada to zahtijeva javni interes, a može tražiti i naknadu štete). Na jednom primjeru ilustrira da raskidanje upravnog ugovora u slučaju promijenjenih okolnosti „nije uvijek najbolje rješenje“. Usp. Đulabić, *op. cit.*, bilj. 113, str. 314-315.

¹³⁸ Javnopravno tijelo *mora* jednostrano raskinuti upravni ugovor ako stranka ne ispunjava obveze iz upravnog ugovora, pri čemu to tijelo ima pravo od stranke potraživati naknadu štete ako mu je neispunjivanjem obveze iz ugovora nastala šteta (članak 153. stavak 2. ZUP-a). S druge strane, javnopravno tijelo *može* jednostrano raskinuti upravni ugovor „kad je to potrebno radi otklanjanja teške i neposredne opasnosti za život i zdravlje ljudi i javnu sigurnost, ako se to ne bi moglo otkloniti drugim sredstvima kojima bi se manje diralo u stečena prava“ (članak 153. stavak 3. ZUP-a). Njemački VwVfG to pitanje uređuje šire, služeći se neodređenim pravnim pojmom štete koja može nastati „općem dobru“ („Upravno tijelo može raskinuti ugovor i radi sprječavanja ili otklanjanja ozbiljnih šteta za opće dobro.“ – § 60. stavak 1. druga rečenica VwVfG-a).

¹³⁹ Odredbe članka 153. stavaka 4. i 5. ZUP-a glase: „(4) Javnopravno tijelo raskida upravni ugovor rješenjem u kojem moraju biti navedeni i obrazloženi razlozi raskida i određen iznos štete ukoliko je javnopravnom tijelu šteta nastala. (5) Protiv rješenja o raskidu upravnog ugovora može se pokrenuti upravni spor.“

¹⁴⁰ Odredbe članka 154. ZUP-a glase: „(1) Zbog neispunjivanja ugovornih obveza javnopravnog tijela stranka može izjaviti prigovor. Prigovorom se može tražiti i naknada štete nastale neispunjivanjem ugovora. (2) Prigovor se izjavljuje i predaje tijelu koje na temelju zakona obavlja nadzor nad javnopravnim tijelom s kojim je stranka sklopila upravni ugovor. (3) O prigovoru se odlučuje rješenjem protiv kojeg se može pokrenuti upravni spor.“

ne prigovor na sam upravni ugovor.¹⁴¹ Cilj je prigovora disciplinirati, odnosno prisiliti javnopravno tijelo na ispunjenje obveza koje je preuzelo ugovorom, za što treba poslužiti upravni akt koji donosi tijelo nadležno za provedbu nadzora nad javnopravnim ugovornim sukontrahentom. Hrvatsko rješenje odstupa od njemačkog VwVfG-a, koji za slučaj neispunjenja ugovornih obveza predviđa pravo svake ugovorne strane na podnošenje zahtjeva za bezodložno (hitno) izvršenje ugovora (§ 61.). Osim toga, njemački je zakonodavac propisao i generalnu odredbu da se na javnopravne ugovore primjenjuju sve ostale odredbe VwVfG-a „ako nije drukčije propisano u §§ 54. do 61.“, to jest onima kojima se uređuje sam taj ugovor (prva rečenica § 62.VwVfG-a).

Prethodno je rečeno da su sukladno članku 150. stavku 1. ZUP-a upravni ugovori do danas izrijeком predviđeni u sedam posebnih upravnih zakona. To su, prema francuskoj terminologiji, *les contrats administratifs par détermination de la loi*. U njih francusko pravo ubraja i one zakone koji izrijeком ne određuju neki ugovor kao administrativni, ali sadržavaju norme koje upućuju na to da je riječ o administrativnom ugovoru.

Prethodno je također rečeno da je hrvatska pravna teorija vrlo rano primijetila postojanje zakona s takvim upućujućim normama.¹⁴² Sudska praksa već je presuđivala o tome sadržava li mjerodavni materijalni zakon norme koje upućuju na upravni ugovor kako bi po toj osnovi odredila je li neki ugovor upravni ili ne. U nastavku se kratko naznačuju dvije takve sudske odluke.

Prvo, Zakon o javnoj nabavi (dalje: ZJN) ne propisuje izrijeком da je ugovor o javnoj nabavi upravni ugovor, a pod njim smatra svaki „ugovor o javnoj nabavi robe, radova ili usluga koje nabavlja jedan ili više naručitelja od gospodarskih subjekata koje su ti naručitelji odabrali, *bez obzira na to jesu [i]li roba, radovi ili usluge namijenjene javnoj svrsi*“ [istaknula autorica].¹⁴³ Vrhovni sud Republike Hrvatske (dalje: VSRH) dopustio je 2022. reviziju u povodu pravnog pitanja: „Je li ugovor o javnoj nabavi upravni ugovor ili ugovor građanskog prava, uzimajući u obzir njegov sadržaj i postupak koji prethodi sklapanju ugovora o javnoj nabavi?“. U rješenju broj: Rev 139/2023-5 od 8. studenoga 2023. VSRH je utvrdio: „... treba odgovoriti da valjanost ugovora o javnoj nabavi prema odredbama ZJN-a treba tumačiti prema posebnom pravnom uređenju upravnog ugovora u smislu odredbi čl. 150. – 154. Zakona o općem upravnom postupku (...), kod kojeg ugovora se shodno odredbama

¹⁴¹ Staničić, F., *Abecedarij upravnog postupka: Prigovor na upravni ugovor – Čl. 154. ZUP-a*, Informator, tjednik za pravna i ekonomska pitanja, br. 6835 od 13. svibnja 2024., str. 21. Podrobnije Šikić, M.; Held, M., *Prigovor prema Zakonu o općem upravnom postupku*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, god. 45, 1/2024., str. 113-133.

¹⁴² Borković je o tome pisao već vrlo rano. V. odjeljak 4.3.1. u ovom poglavlju rada. Za kasnije razdoblje v. Staničić, F., *Kontrola nad sklapanjem upravnih ugovora*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 53, 1/2016., str. 236-237.

¹⁴³ Zakon o javnoj nabavi, Narodne novine, br. 120/16., 114/22., članak 1. stavak 2.

čl. 105. st. 8. ZJN-a na odgovornost ugovornih strana za ispunjenje obveza iz ovog ugovora odgovarajuće primjenjuju odredbe ZOO-a“.¹⁴⁴

Drugi primjer pokazuje očito lutanje upravnosudske prakse pri određivanju je li neki ugovor upravni ili ne, pa i određeni stupanj nerazumijevanja samog tog instituta. Riječ je o presudi VUSRH-a broj: Usž-3137/19-3 od 17. ožujka 2021. VUSRH je u žalbenom postupku potvrdio pravno stajalište Upravnog suda u Splitu iz 2019.¹⁴⁵ U tom je predmetu tužitelj imao dug prema tuženiku (Ministarstvu financija), pa je sklopljena predstečajna nagodba u smislu Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, u sadržaju koji je odobrio trgovački sud.¹⁴⁶ Obje upravne jurisdikcije utvrdile su da je predstečajna nagodba – upravni ugovor. VUSRH navodi: „Ovaj žalbeni sud u cijelosti prihvaća stajalište prvostupanjskog suda da predstečajna nagodba predstavlja ugovor sui generis sklopljen između dužnika i vjerovnika čije tražbine čine potrebnu većinu iz članka 63. Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (...), a čije sklapanje odobrava sud posebnim rješenjem uz ispunjenje uvjeta propisanih tim Zakonom te da je predstečajna nagodba upravni ugovor na koji se primjenjuju norme upravnog prava.“ (str. 3.).

U povodu ustavne tužbe tužitelja u tom predmetu, Ustavni sud je u odluci broj: U-III-4006/2021 od 31. ožujka 2022. izbjegao odgovoriti na pitanje o tome je li predstečajna nagodba upravni ugovor.¹⁴⁷ Koliko god bila umješna, ustavnosudska argumentacija koja zaobilazi odgovore na krucijalna pravna pitanja i sama pridonosi pravnoj nesigurnosti i pravnoj neizvjesnosti u području upravnih ugovora te otežava njegovu dosljednu izgradnju u pravnoj praksi, a time i razvitak cjelokupnog tog instituta u hrvatskom pravnom poretku.

¹⁴⁴ Staničić upućuje na stajališta iznesena u pravnoj literaturi te po toj osnovi zaključuje kako „u hrvatskoj pravnoj teoriji prevladava mišljenje da je ugovor o javnoj nabavi građanskopravni ugovor“, Staničić, *Kontrola, op. cit.*, bilj. 142, str. 237. (u bilj. 20). Upravo zbog toga, a uzimajući u obzir to što roba, radovi ili usluge koje su predmet ugovora o javnoj nabavi ne moraju biti namijenjene javnoj svrsi, VSRH je u citiranoj presudi morao bolje obrazložiti svoje stajalište da je taj ugovor upravni ugovor. Očito nije prepoznao da se postavljeno revizijsko pitanje izravno odnosi na postojanje posebnih klauzula i režima *exorbitant du droit commun*. Obrazloženje koje je VSRH dao nije dostatno da bi se presuda mogla ocijeniti uvjerljivom.

¹⁴⁵ Presuda Upravnog suda u Splitu, broj: UsIpor-70/17-14 od 6. svibnja 2019.

¹⁴⁶ Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, Narodne novine, br. 108/12., 144/12., 81/13., 112/13., 121/13., 78/15., 71/15., 114/22. U relevantno vrijeme na snazi je bila zakonska verzija sa zadnjim izmjenama objavljenim u NN 112/13.

¹⁴⁷ Uz ustavnu tužbu bila su priložena pravna mišljenja prof. dr. sc. Mihajla Dike, prof. dr. sc. Alda Radolovića, prof. dr. sc. Eduarda Kunšteka i prof. dr. sc. Jasnice Garašić, sva suglasna u tome da predstečajna nagodba nije upravni ugovor, nego je riječ o nagodbi koja ima karakter sudske nagodbe, odnosno „specifične izvanparnične sudske nagodbe“. Ustavni sud je u točki 27. odluke naveo: „Na kraju, i kada bi se prihvatilo podnositeljeve prigovore o proizvoljnosti stajališta upravnih sudova o tome da je predstečajna nagodba upravni ugovor (imajući u vidu ne samo odredbu članka 83. ZFPPN-a na koju se poziva podnositelj, već i članak 66. stavak 9. tog zakona koji kao preduvjet za donošenje rješenja o odobrenju predstečajne nagodbe propisuje da njezin sadržaj mora ispunjavati uvjete propisanog sadržaja za sudske nagodbe), te u tom smislu izneseni prigovori da su u ovom slučaju odlučivali nenadležni upravni sudovi, čime bi mu navodno bilo povrijeđeno pravo na pristup (nadležnom) trgovačkom sudu, Ustavni sud utvrđuje da ovo pitanje ne otvara pitanje povrede prava na pristup sudu u okolnostima konkretnog slučaja...“.

Zaključno se može utvrditi kako se hrvatski sudovi smatraju nadležnima odlučivati o tome je li nekim posebnim „zakonom propisano sklapanje takvog ugovora“ u smislu članka 150. stavka 1. ZUP-a ili ne, sve u granicama zakona koji sadržavaju upućujuće pravne norme o tome da bi mogla biti riječ o upravnom ugovoru. S druge strane, zasada nema naznaka da bi sudska praksa bila spremna proglasiti neku skupinu ugovora upravnim ugovorima, a da za to nema izravnu ili upućujuću osnovu u zakonu, dakle po kriterijima koje bi sama izgradila, jer bi se to moglo tumačiti kao izravna povreda članka 150. stavka 1. ZUP-a. Treba zaključiti da bi se, u postojećim zakonskim okvirima, teško moglo govoriti o mogućnosti postojanja *les contrats administratifs en application des critères jurisprudentiels* u hrvatskom pravnom poretku.

Provedena analiza upućuje na zaključak da je institut upravnog ugovora u ZUP-u selektivna mješavina rješenja iz dvaju stranih pravnih režima, s očitom tendencijom zakonodavca da upravni ugovor bude rijetka iznimka u upravnom životu Hrvatske, koja ni na koji način neće utjecati na oblike upravnog djelovanja s pravnim učincima preuzete iz prava bivše SFRJ (upravni akt; građanskopravni ugovor uprave i s njim povezan realni akt poslovanja jugoslavenskog tipa; s ugovorom nepovezan imovinskopravni akt poslovanja jugoslavenskog tipa).

4.3.4. Akti poslovanja jugoslavenskog tipa u hrvatskom pravnom poretku

Hrvatska uprava nakon raspada bivše SFRJ i stvaranja Republike Hrvatske nije bila osposobljena za brzu transformaciju u okvirima novog pravnog poretka. Osim Ustava i nekoliko novih zakona bez kojih država ne može postojati, na dan 8. listopada 1991. Republika Hrvatska preuzela je, kao vlastito, bivše socijalističko zakonodavstvo u manje-više neizmijenjenom sadržaju, što je rezultiralo i neizmijenjenim obrascima postupanja uprave unatoč bitno promijenjenom državnom pravnom okviru. Dodatno, slab i nedosljedan normativno-regulatorni okvir otežavao je usklađivanje djelovanja uprave sa zahtjevima koje je 1990. postavio hrvatski Ustav.¹⁴⁸ U praksi, ustrojavanje države na načelu diobe vlasti i ponovno uvođenje podjele prava na javno i privatno nije bilo artikulirano na pravi način.

Kao što je rečeno, u pravni poredak Republike Hrvatske preuzeti su 1991. godine svi socijalistički oblici upravnog djelovanja s pravnim učincima. Osim usko postavljenih upravnih akata i sveobuhvatnih građanskopravnih ugovora uprave, preuzeti su i realni akti poslovanja (to jest materijalne radnje uprave koje su prethodile ili su proizašle iz sklopljenog ugovora, sve po pravilima građanskog

¹⁴⁸ Tome je pridonijelo i preuzimanje te neprekidna dvadesetogodišnja primjena Zakona o općem upravnom postupku iz 1956., u verziji iz 1986. (Službeni list SFRJ, br. 47/86. – službeni pročišćeni tekst, Narodne novine, br. 53/91., 103/96.). Iako je bila riječ o dobrom i kvalitetnom zakonu, neometani kontinuitet primjene ZUP-a iz 1956. po prirodi je stvari zamaglio spoznaju da se pred upravu postavljaju novi, posve drukčiji zahtjevi od onih u bivšoj državi. Sve je to generiralo i pojavu koju autorica naziva „lijenošću upravnog duha“. Podrobnije Omejec, J., *Hrvatska uprava – od socijalističkog do europskog koncepta zakonitosti*, u: *Hrvatsko-francuski upravni pravni dani*. Hrestomatija I – Opći dio: Javna uprava, ur. Gjidara, M.; Aviani, D.; Britvić Vetma, B., Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu; Sveučilište Panthéon Assas, Paris II.; Državni savjet Republike Francuske, Split/Paris, 2016., str. 127. i dalje.

prava), i s ugovorom nepovezani imovinskopравни akti poslovanja s obilježjima upravnog akta izvan sudske kontrole zakonitosti.

Jedina uočljiva promjena bila je terminološke prirode, iako ni ona nije provedena dosljedno: zbog promjene zakonodavnog jezika, u literaturi se uz termin „akt poslovanja“ počela pojavljivati i njegova istoznačnica „akt raspolaganja“.¹⁴⁹ Osim toga, razlika između realnih akata poslovanja i s ugovorom nepovezanih imovinskopравnih akata poslovanja jugoslavenskog tipa danas nije odgovarajuće artikulirana u sudskoj praksi, a ni u pravnoj teoriji.

Kad je riječ o sudskoj praksi, realni akti poslovanja jugoslavenskog tipa prepoznaju se, primjerice, u predmetu u kojem se VUSRH bavio jednostranim aktom javnopravne osobe (Hrvatskog zavoda za zapošljavanje – HZZ) kao tuženika, kojim ona obavještava tužitelja (drugu ugovornu stranku) o raskidu ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava, uz obvezu povrata isplaćenih sredstava. Taj je akt o raskidu ugovora uslijedio nakon odluke HZZ-a o nepravilnosti u postupku provedbe ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava iz europskih strukturnih i investicijskih fondova. VUSRH je zauzeo stajalište da u konkretnom slučaju nije riječ o „upravnoj stvari jer se u biti radi o postupku u kojem Hrvatski zavod za zapošljavanje, kao ugovorna stranka, obavještava tužitelja, kao drugu ugovornu stranku, o raskidu ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava, kodni broj: UP.02.2.1.02.0098, uz obvezu povrata isplaćenih sredstava, radi [*pravilno: zbog – op. J. O.*] čega se ne radi o stvari u kojoj je nadležan upravni sud jer se o tome ne može odlučivati u upravnom sporu (članak 3. ZUS-a)“.¹⁵⁰

S druge strane, kad je riječ o s ugovorom nepovezanim imovinskopравnim aktima poslovanja jugoslavenskog tipa, VUSRH i upravni sudovi (ranije i Upravni sud Hrvatske) smatraju, primjerice, da se jednostranim i autoritativnim odlukama države i samoupravnih jedinica o raspolaganju imovinom na temelju provedenog javnog natječaja ne rješava o pravu ili obvezi pojedinca u upravnoj stvari, pa to nisu upravni akti nego akti poslovanja (raspolaganja) vlasnika nekretninom protiv kojih se ne može voditi upravni spor.¹⁵¹ Drugim riječima, raspolaganje tim nekretninama „ne provodi se u upravnom postupku, niti se o izboru najpovoljnije ponude odlučuje upravnim aktom, a niti taj postupak predstavlja drugo postupanje javnopravnog

¹⁴⁹ U nastavku rada i dalje se zadržava prvotni naziv tog akta (akt poslovanja).

¹⁵⁰ VUSRH, rješenje broj: Usž-3964/21-2 od 26. studenoga 2021. Upućuje se i na bilj. 127, u kojoj se naznačuje druga dimenzija istog predmeta, a odnosi se na pravnu prirodu samog ugovora. Usp. i VUSRH, rješenje broj: Usž-303/19-2 od 10. srpnja 2019.

¹⁵¹ Treba podsjetiti na to da akte vezane uz javne natječaje francusko pravo kvalificira kao jednostrane neregulatorne akte odlučivanja, koji nisu ni regulatorni ni individualni, nego bezlični i partikularni, te ih podvodi pod upravnosudsku kontrolu. V. bilj. 19.

tijela iz područja upravnog prava o kojem se ne donosi rješenje u smislu čl. 156. Zakona o općem upravnom postupku ('Narodne novine', broj 47/09 i 110/21)“.¹⁵²

Ti se akti danas definiraju u hrvatskoj pravnoj teoriji kao „jedna od vrsta neupravnih akata. Oni ne proistječu iz provedenog upravnog postupka niti se njima rješava o upravnoj stvari, već proistječu iz vlasničkopravnih ovlasti na stvari. Kako akt poslovanja nije upravni akt, tako se i njegova zakonitost ne može osporavati u upravnom sporu te se eventualne upravne tužbe odbacuju kao nedopuštene“.¹⁵³ Takvo određenje u osnovi predstavlja sintezu sudske prakse. Uvođenju zbirnog pojma „neupravni akti“ pridonio je zakonodavac jer je u pojedinim zakonima počeo propisivati da neka jednostrana odluka javnopravnog tijela „nije upravni akt“. Pri tome zakonodavac propušta pozitivno odrediti sam taj akt te štiti o tome postoji li mogućnost druge sudske zaštite protiv njega. Takvo zakonodavno djelovanje u osnovi je bilo i jest usmjereno na jačanje uloge akata poslovanja jugoslavenskog tipa u hrvatskom pravnom poretku, osobito onih s ugovorom nepovezanih imovinskopravnih akata s obilježjima upravnog akta izvan sudske kontrole zakonitosti.

I ustavnosudska praksa dugo je vremena podržavala akte poslovanja jugoslavenskog tipa. Primjer je rješenje iz 2014., u kojem se Ustavni sud bavio pravnom prirodom Odluke Vlade Republike Hrvatske od 23. studenoga 2006. o popisu šumskih površina na kojima se može osnovati služnost radi podizanja

¹⁵² Rješenje Upravnog suda u Rijeci broj: 1 Us I-200/2024-2 od 23. veljače 2024. U tom se rješenju akt poslovanja opisuje kao „imovinska (poslovna) odluka“ kojom javnopravno tijelo/osoba „odlučuje o vršenju svojih vlasničkih prava“. Navode se i stajališta iz nekoliko odluka VUSRH-a: „.... davanje u zakup poslovnih prostorija ne obavlja se u upravnom postupku niti se o izboru najpovoljnije ponude odlučuje upravnim aktom. Stoga se u konkretnom slučaju ne radi o rješavanju u pravu ili obvezi pojedinca ili organizacije u upravnoj stvari, nego o aktu raspolaganja vlasnika poslovnim prostorom“, pa se protiv rješenja općinskog poglavarstva ne može voditi upravni spor (rješenje Upravnog suda Hrvatske broj: Us-8781/2002-9 od 18. siječnja 2007., cit. prema rješenju USRH broj: U-III-1749/2007 od 25. studenoga 2010., točka 6.); „.... u pravu je tuženik kada u žalbi ističe da zaključak, odluka skupštine općine o davanju zemljišta na korištenje u svrhu izgradnje predstavlja akt poslovanja ...“ (VUSRH, Usž-766/2013-12 od 27. ožujka 2014.). Usp. i VUSRH, rješenje br. Usž-2617/2023-2 od 16. studenog 2023., rješenje broj: Usž 743/2019-2 od 6. ožujka 2019.; rješenje broj: Usž-2646/19-2 od 4. srpnja 2019.; rješenje broj: Usž-2543/20-2 od 16. listopada 2020., rješenje br. Usž-1964/2017-2 od 1. ožujka 2018.; rješenje br. Us-2687/2005 od 7. travnja 2005. i dr.

¹⁵³ Ljubanović, B., *Pojmovnik*, Hrvatska javna uprava, god. 9., 4/2009., str. 1249. Ljubanović kao primjere navodi presudu Upravnog suda Hrvatske kojom je taj sud utvrdio da odluka o zakupu poslovnog prostora nije upravni akt nego akt poslovanja (Us-5298/2004 od 26. kolovoza 2004.); dopis kojim Ministarstvo znanosti i tehnologije obavještava fakultet da neće isplaćivati plaće za određene nastavnike koji nisu ispunili propisane uvjete za izbor u više ili isto zvanje nije upravni akt nego akt poslovanja (Us-6711/2002 od 29. svibnja 2003.); opozivanje i imenovanje člana nadzornog odbora dioničkog društva od Zavoda za mirovinsko osiguranje kao vlasnika dijela dionica nije upravni akt nego akt poslovanja (Us-7918/1998 od 30. ožujka 2000.); odluka Ministarstva znanosti i tehnologije kojom se odbija suglasnost na donošenje odluke o upisu studenata nije upravni akt nego akt poslovanja (Us-7994/2001 od 15. svibnja 2003.); zaključak Gradskog poglavarstva o raspisivanju natječaja za prodaju zemljišta za gradnju nije upravni akt nego akt poslovanja (Us-6686/2002 od 5. rujna 2002.). Treba spomenuti i to, da i VSRH slične akte kvalificira kao akte poslovanja. Tako je u presudi broj: Uzz-11/1993-4 od 2. srpnja 1999. taj sud utvrdio: „Odluka davatelja stana na korištenje, a s time i Komisije za stambene odnose Izvršnog vijeća Skupštine Grada Zagreba, koja za davatelja stana na korištenje donosi odluku iz čl. 93. st. 1. ZSO predstavlja akt poslovanja (raspolaganja), kako je to pravilno ocijenio Upravni sud Republike Hrvatske u pobijanoj presudi.“.

višegodišnjih nasada. Ocijenio je da je ta odluka „konkretan akt poslovanja vlasnika (Republike Hrvatske) u odnosu na svoju imovinu, koji proizvodi konkretne učinke“.¹⁵⁴

Ipak, kasnija praksa Ustavnog suda naznačila je promjenu njegova stajališta. Analizu svih odluka Ustavnog suda u tom višegodišnjem procesu sazrijevanja ideje o neprihvatljivosti nepostojanja sudske kontrole akata poslovanja jugoslavenskog tipa proveo je Staničić u više svojih radova.¹⁵⁵ Upućuje se na njih.

Kao prijelomna mogla bi se označiti 2020. godina, kada je Ustavni sud zauzeo načelno stajalište „da u skladu s Ustavom, u odnosu na sve pojedinačne akte javnopravnih tijela (neovisno o tome imaju li oni ili nemaju svojstvo upravnih ili kakvih drugih akata) mora biti osigurana sudska zaštita.“. Kasnije je razjasnio da pod taj zahtjev podvodi samo one pojedinačne akte kojima se „odlučivalo o pravima i obvezama podnositelja“.¹⁵⁶ I dalje: „Obveza je sudova, i u slučaju vlastite nenadležnosti, pa i u slučaju zakonske podnormiranosti, pitanje sudske nadležnosti ili dopuštenosti pojedinog pravnog sredstva, metodom teleološkog tumačenja osigurati ostvarivanje prava na sud za svaku stranku, barem usmjeravanjem na drugi raspoloživi put učinkovite pravne zaštite utvrđenjem koji bi to pravni put bio, a ako ga nema onda utvrđenjem zašto sudska zaštita nije potrebna.“¹⁵⁷

Unatoč tome što se u osnovi samo pozvao na odredbu članka 19. stavka 2. Ustava („Zajamčuje se sudska kontrola zakonitosti pojedinačnih akata upravnih

¹⁵⁴ USRH, rješenje broj: U-II-6610/2010 i U-II-6611/2010 od 18. ožujka 2014., točka 3.4. Upućuje se na komentar u bilj. 155.

¹⁵⁵ Staničić, F., *Pretvara li Ustavni sud akte raspolaganja u upravne akte?*, Informator, tjednik za pravna i ekonomska pitanja, br. 6643 od 4. rujna 2020., str. 1-5; *Ustavnosudska praksa i tzv. akti raspolaganja – quo vadis?*, Informator, tjednik za pravna i ekonomska pitanja, br. 6669 od 8. ožujka 2021., str. 15-19; *Institucije upravnog prava: Akti raspolaganja 2*, Informator, tjednik za pravna i ekonomska pitanja, br. 6873 od 3. veljače 2025., str. 21. Staničić u tim radovima analizira i „akte vlasti“ koji nisu vezani uz imovinskopravne odnose uprave. Očito je da autor u suvremenom hrvatskom pravnom poretku prepoznaje ustrajavanje na opstojnosti teorije akata vlasti i akata poslovanja jugoslavenskog tipa. Iznimno je važno i to što autor u prvonavedenom radu iz 2020. naglašava da „država ne može sa svojim vlasništvom i dobrima kojima raspolaže upravljati na jednak način kao i privatne osobe, unatoč tome što je Republika Hrvatska vlasnik jednako kao i bilo koja druga pravna i fizička osoba“ (str. 5.). To je inačica postavke francuskog prava iz 1908. godine, koja je dovela do napuštanja razlike između akata vlasti i akata poslovanja (v. poglavlje 2., odjeljak 2.3. i bilj. 10 ovoga rada). Čini se da ta postavka u Hrvatskoj još uvijek nije općeprihvaćena, pa ni prepoznata, što pokazuje prethodno prikazana sudska i ustavnosudska praksa.

¹⁵⁶ USRH, odluka broj: U-III-316/2021 od 30. ožujka 2023., točka 11.1. U tom je predmetu Vlada Republike Hrvatske donijela odluku kojom se pokreće postupak prodaje nekretnina u vlasništvu Republike Hrvatske te odluku o izboru najboljeg ponuditelja i prodaji nekretnina, ali je naknadno te svoje odluke stavila „izvan snage“. Ustavni sud je utvrdio da izabrani ponuditelj nema pravo na sudska zaštitu. Te odluke nisu obuhvaćene zahtjevom sudske zaštite „ako su stavljene izvan snage, jer se smatra da postupak nije ni proveden“. Međutim, s obzirom na nespornu činjenicu da je postupak proveden i da je ponuditelj odabran, nije jasno na čemu Ustavni sud temelji zaključak da se u takvoj situaciji (kad Vlada naknadno jednostrano „stavlja izvan snage“ te akte) ima presumirati da „postupak nije proveden“ pa se stoga ne treba priznati ni pravo odabranom ponuditelju na sudska zaštitu. Istovjetno stajalište zapaža se i u praksi VUSRH-a (rješenje broj: UšZ-2543/20-2 od 16. listopada 2020.).

¹⁵⁷ USRH, odluka broj: U-III-2100/2014 od 19. svibnja 2020., koja se bavila odlukama o odobrenju i isplati investicijske potpore za kapitalna ulaganja, točke 8.1. i 10.1.; odluka broj: U-III-2042/2013 od 19. svibnja 2020., koja se bavila odlukama o osnivanju prava služnosti u šumi ili na šumskom zemljištu, točke 10. i 10.2. Posebno se upućuje na izdvojena suglasna mišljenja suca Davorina Mlakara uz te odluke.

vlasti i tijela koja imaju javne ovlasti.“), Ustavni sud tim je odlukama učinio golemi korak naprijed prema napuštanju razlikovanja upravnih akata i akata poslovanja jugoslavenskog tipa u pravnom poretku Republike Hrvatske. Navedeni ustavni zahtjev napokon je izrijekom artikuliran u obliku pravno obvezujuće ustavnosudske odluke. Staničićevim riječima, „Ustavni sud poslao je poruku da ‘akti raspolaganja’ više nisu dopustivi – u državi u kojoj vrijedi vladavina prava“.¹⁵⁸

Više od svega treba naglasiti da je navedenim ustavnosudskim stajalištem Ustavni sud poručio: odavno napuštenoj francuskoj koncepciji o razdvojenoj državi kao javnoj vlasti (*Etat-puissance publique*) s jedne strane, a patrimonijalnoj državi (*Etat patrimonial*), s druge,¹⁵⁹ nema mjesta u hrvatskom pravnom poretku kad je riječ o sudskoj zaštiti individualnih prava. Ta koncepcija ne smije služiti kao mjerilo za ocjenu o tome treba li se protiv nekog pojedinačnog akta javnopravnog tijela, koji proizvodi neposredne pravne učinke u konkretnim slučajevima, priznati pravo na sudsku zaštitu ili ne. Razlikovati te akte po osnovi toga pojavljuje li se država/ javnopravni kolektivitet, kad ih donosi, u ulozi nositelja vlasti/javnih ovlasti ili kao privatna osoba nije dopušteno u ustavnom poretku Republike Hrvatske. Jedino mjerilo jamstva sudske zaštite mora biti: utječe li taj pojedinačni akt javnopravnog tijela na individualnu pravnu situaciju osobe, u smislu da prema toj osobi proizvodi pravni učinak, bilo da priznaje ili, pak, mijenja ili ukida neko njezino pravo ili obvezu, odnosno utječe na njezin legitimni pravni interes utemeljen na pravnoj normi. Sudska zaštita u svakom takvom slučaju mora biti osigurana.

I dalje, takvim pristupom Ustavni sud neizravno, ali vrlo jasno poručuje upravnim sudovima da to što neki pojedinačni akt nije donesen u upravnom postupku ne smije biti mjerilo za odbacivanje tužbe ako taj pojedinačni akt proizvodi neposredne pravne učinke na individualnu pravnu situaciju pojedinca. Svi su sudovi „dužni voditi računa o ostvarivanju ustavnog i konvencijskog jamstva prava na sudsku zaštitu, a napose se to odnosi na sudove zadužene za pružanje sudske zaštite u povodu odluka javnopravnih tijela u uvjetima kada upravni spor više nije samo spor o zakonitosti upravnog akta (članak 19. stavak 2. Ustava u užem smislu)“ [istaknula autorica].¹⁶⁰ Drugim riječima, došlo je vrijeme da upravni sudovi počnu pružati sudsku zaštitu na temelju članka 19. stavka 2. Ustava u njegovu punom značenju (moglo bi se reći, „u širem smislu“). Današnji Zakon o upravnim sporovima¹⁶¹ širom otvara vrata takvoj mogućnosti. Potrebna je samo odgovarajuća interpretacija njegovih odredaba.

Na kraju, ne bi trebalo biti sporno da bi odredbe zakona u kojima se izrijekom propisuje da neki akt „nije upravni akt“ trebale biti podvedene pod strogu kontrolu ustavnosti. Staničić je već poručio: „Ustavni sud trebao bi, po službenoj dužnosti, pokrenuti postupak i ukinuti sve odredbe posebnih zakona (i podzakonskih propisa) u kojima je propisano da određeni akt nije upravni akt jer se na taj način izbjegava sudska kontrola pojedinačnih akata tijela javne vlasti i krši vladavina

¹⁵⁸ Staničić, Ustavnosudska praksa i tzv. akti raspolaganja, *op. cit.*, bilj. 155, str. 19.

¹⁵⁹ V. poglavlje 2., odjeljak 2.2. ovoga rada.

¹⁶⁰ USRH, odluka broj: U-III-316/2021 od 30. ožujka 2023., točka 10.

¹⁶¹ Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 36/24.

prava.“¹⁶² Tome treba dodati i sljedeće: ocijeni li se pokretanje postupka apstraktne kontrole ustavnosti odredaba većeg broja zakona po službenoj dužnosti isuviše radikalnim odstupanjem od dosadašnje ustavnosudske prakse (to jest iznimno rijetkog postupanja *ex offio*, s obzirom na to da ono nije inherentno sudu), postoji i srednji put. Ustavni sud trebao bi barem utvrditi da je riječ o pojavi neustavnosti u zakonodavnoj djelatnosti. S obzirom na to da su odredbe o tome da neki akt „nije upravni akt“ do danas našle mjesto u 50-ak zakona iz različitih područja (bilo onih koji su prestali važiti ili, pak, onih koji su na snazi) čini se da nije sporno kako su ispunjene pretpostavke za podnošenje izvješća Hrvatskom saboru o tom pitanju. Temeljni cilj tog izvješća trebalo bi biti sprečavanje buduće istovrsne zakonodavne prakse te poticanje zakonodavca na izmjene zakona u kojima su sadržane sporne odredbe o negativnoj kvalifikaciji pojedinih konkretnih akata uprave („nije upravni akt“), ali i šire – podsjećanje zakonodavca na značenja vladavine prava u pravnom poretku koji poznaje podjelu prava na javno i privatno, te na načelo diobe vlasti, osobito na funkciju sudbene vlasti u tumačenju i primjeni zakona, ali i na svakom pojedincu Ustavom zajamčeno „pravo na sud“.

5. ZAKLJUČCI

Kad se govori o ugovorima javnog prava u francuskom i njemačkom pravnom poretku, govori se o generacijski nataloženom pravničkom znanju o institutu koji već više od stoljeća čini fundamente njihova upravnog prava, izražavajući koncilijatornu funkciju uprave u odnosima prema građanima. Opsežna pravna literatura o administrativnom odnosno javnopravnom ugovoru zasvjedočuje to stoljetno promišljanje francuskih i njemačkih pravnika o ugovorima smještenim u sferu javnog prava. Hrvatski pravnici to povijesno iskustvo ne nose u sebi. Štoviše, oni i danas djeluju pod teretom prava stvaranog u okviru bivše SFRJ u uvjetima nepriznavanja načela diobe vlasti i odbacivanja podjele prava na javno i privatno, uz vrlo izraženu ideološku pozadinu suprotnu onoj građanskog društva.

Kad je riječ o hrvatskom upravnom ugovoru, kao novom institutu koji efektivno postoji tek od 2010. godine, prikazani primjer iz upravnosudske prakse, vezan uz predstečajnu nagodbu kvalificiranu kao upravni ugovor, pokazuje da će trebati vremena, ali i dodatnih napora kako bi se tom ugovoru, u uvjetima njegova nedovoljno razrađenog općeg zakonodavnog okvira, koji predstavlja selektivnu mješavinu rješenja iz dvaju stranih pravnih režima, pronašlo mjesto u domaćem pravnom poretku.

U tim okvirima, uvijek iznova treba podsjećati na to da su akti poslovanja koje smo preuzeli u hrvatski pravni poredak 1991. godine – oni realni, vezani uz građanskopravne ugovore uprave, a osobito s ugovorom nepovezani imovinskopravni

¹⁶² Staničić, Ustavnosudska praksa i tzv. akti raspolaganja, *op. cit.*, bilj. 155, str. 19. Usp. i Đerđa, D., *Pravni okvir korištenja nekih oblika financijske imovine u Republici Hrvatskoj*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 54, 1/2017., str. 121-158, kao i izdvojeno suglasno mišljenje suca Mlakara, *loc. cit.*, bilj. 157.

akti uprave – kreacija jugoslavenske sudske prakse. Pravna priroda realnih akata poslovanja izravno ovisi o novoj klasifikaciji ugovora uprave, koji od 2010. godine nisu više samo građanskopravni. Drugim riječima, svi jednostrani akti uprave koji prethode ili, pak, proizlaze iz upravnog ugovora također moraju biti smješteni u javno pravo i podvedeni pod kontrolu upravnih sudova. To nužno pretpostavlja preispitivanje postojećih građanskopravnih ugovora uprave i prekvalifikaciju pojedinih skupina u upravne. Drugi, s ugovorom nepovezani imovinskopravni akti uprave (danas poznati kao „neupravni“) također moraju biti temeljito preispitani jer su u socijalističkom pravu stvoreni u prvom redu radi izuzimanja od sudske kontrole upravnih akata povezanih s općenarodnom imovinom, odnosno društvenim vlasništvom (danas, imovinom države i drugih javnopravnih kolektiviteta). Jugoslavenska sudska praksa očito je uspjela izbrisati pravo značenje i svrhu akata poslovanja stvorenih u Francuskoj u fazi ekonomskog liberalizma druge polovine 19. stoljeća, ali i razloge zbog kojih su oni već vrlo rano napušteni u korist administrativnog ugovora. Za „udomaćivanje“ upravnog ugovora u takvim je okolnostima nužno da postoji puna svijest o povijesno-pravnoj pozadini ugovora javnog prava u pravima europskih država, jer to pomaže razotkrivanju lošeg jugoslavenskog konstrukta i pravilnom sagledavanju cilja i svrhe ugovora javnog prava.

Sagleda li se upravni ugovor u opisanom svjetlu, dolazi se do zaključka o nužnosti njegova zakonskog redefiniranja u hrvatskom pravnom poretku. Čini se da je njegovo postojeće uređenje rezultat nastojanja zakonodavca da taj ugovor ne dotakne nijedan oblik upravnog djelovanja s pravnim učincima preuzet iz prava bivše SFRJ (upravni akt, građanskopravni ugovor uprave i s njim povezan realni akt poslovanja jugoslavenskog tipa, te s ugovorom nepovezan imovinskopravni akt poslovanja jugoslavenskog tipa). Upravni ugovor u osnovi je samo dodatni „ukras“ među tim „stariim“ oblicima upravnog djelovanja s pravnim učincima. Normativni deficit tako uređenog upravnog ugovora ilustrativno se može opisati ovako: kada bi se upravni ugovori danas uklonili iz pravnog poretka, ništa se bitno ne bi promijenilo u izvršavanju upravnih poslova, a ni u pravnoj poziciji građanina (ugovorne stranke). Štoviše, postupci bi se ubrzali zbog uklanjanja dodatnih zahtjeva koji proizlaze iz pripreme i sklapanja samog ugovora. Prema tome, potrebno je drukčije zakonsko uređenje upravnog ugovora, neopterećeno „pozitivizmom koji priznaje samo normativno utvrđeno pravo“ (Forsthoff). Zakonodavac mora stvoriti pretpostavke za jaču afirmaciju samog upravnog ugovora u pravnom poretku Republike Hrvatske. Time bi i uprava dobila „šansu“ da kroz zakonski redefinirane upravne ugovore afirmira svoju koncilijatornu funkciju prema građanima.

Osnovano je pretpostaviti da bi ostvarenju tih ciljeva više od svega pridonijelo podvođenje pod upravnosudsku kontrolu svih pojedinačnih akata javnopravnih tijela koji proizvode neposredne pravne učinke, među kojima se osobito ističu akti poslovanja. Današnja razlika između njih i upravnih akata u tom bi slučaju – s aspekta sudske zaštite – postala bezvrijedna, kao što se to dogodilo u Francuskoj s aktima vlasti i aktima poslovanja. Posljedično, o praksi upravnih sudova i Ustavnog suda u velikoj mjeri ovisi proširenje sudske kontrole i na konkretne jednostrane akte uprave s neposrednim pravnim učincima koji do danas nisu bili predmet upravnog

spora, bilo zbog toga što ih upravnosudska praksa nije smatrala upravnim aktima, bilo zbog toga što je sam zakonodavac izrijekom propisao da to nisu upravni akti. Čini se nespornim da današnji Zakon o upravnim sporovima ostavlja dovoljno prostora za širenje sudske kontrole i na njih. Potrebna je samo sudska kreativnost u interpretaciji njegovih odredaba te juridička odvažnost. Za određivanje smjera kojim treba ići mogla bi pomoći praksa francuskog Državnog savjeta vezana uz jednostrane akte odlučivanja koji proizvode pravne učinke (*acte administratif unilatéral décisoire*).¹⁶³

Nestajanje bitne razlike između upravnih akata te akata poslovanja preuzetih iz prava bivše SFRJ (podvođenjem pod upravnosudsku kontrolu i ovih potonjih) ujedno bi otvorilo prostor za reklasifikaciju akata uprave u suvremenom hrvatskom upravnom pravu oslobođenom balasta akata poslovanja jugoslavenskog tipa. Budu li ispunjene prethodno naznačene pretpostavke, u novoj bi klasifikaciji akata uprave upravni ugovori morali zadobiti istaknuto mjesto, na jednakoj ravni s upravnim aktima, što bi bilo primjereno značenju i svrhama tog instituta u građanskim društvima.

LITERATURA

Knjige i članci

1. Aviani, D.; Đerđa, D., *Aktualna pitanja pravnog uređenja upravnog ugovora u hrvatskom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 48., 3/2011., str. 475-486.
2. Berthélemy, H., *Traité élémentaire de droit administratif*, 7e édition, Paris 1913.
3. Bonnard, R., *Précis du droit administratif*, 3ème éd. augmentée et mise au courant de la législation de guerre, Librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J.), Paris 1940.
4. Borković, I., *Upravno pravo*, Pravna biblioteka – udžbenici 179, VII. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb 2002.
5. Borković, I., *Upravni ugovori*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 30, 2/1993., str. 417-434.
6. Duguit, L., *Les transformations du droit public* – Chapitre 5, *L'acte administratif*, Bibliothèque du mouvement social, A. Colin, Paris 1913.; reprint: *Revue générale du droit* on line, 2014, numéro 17372, dostupno na www.revuegeneraledudroit.eu/?p=17372 (pristupljeno: 14. prosinca 2024.).
7. Đanić Čeko, A., *Razvoj pravne zaštite građana putem žalbe u upravnom sporu u Hrvatskoj*, Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave, god. 21, 3/2021., str. 489-528.
8. Đerđa, D., *Posebnosti upravnih ugovora*, Hrvatska pravna revija, god. 8., 10/2008., str. 56-67.

¹⁶³ V. bilj. 19.

9. Đerđa, D., *Upravni ugovori u hrvatskom pravu*, Informator, male stranice, god. 57., br. 5809, 2009., str. 2-12.
10. Đerđa, D., *Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj*, Inženjerski biro, Zagreb 2010.
11. Đerđa, D., *Pravni okvir korištenja nekih oblika financijske imovine u Republici Hrvatskoj*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 54, 1/2017., str. 121-158.
12. Đulabić, V., *Novi hrvatski Zakon o općem upravnom postupku kao poluga modernizacije javne uprave*, Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave, god. 9., 2/2009., str. 307-316.
13. Forsthoff, E., *Lehrbuch des Verwaltungsrechts* 1. Band – Allgemeiner Teil, 10. Neu bearbeitete Auflage, C. H. Beck, München und Berlin 1973.
14. Hauriou, M., *Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif*, 2. Édition, Paris 1893.
15. Held, M., *Neka važna pitanja uređenja i reformi upravnog sudovanja u europskim zemljama*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. 69, 4/2019., str. 553-587.
16. Herrnritt, H. R. von, *Grundlehren Des Verwaltungsrechtes*, Mohr, 1921. dostupno na <https://goobi-viewer.univie.ac.at/viewer/image/AC01323706/491/> (pristupljeno 15. siječnja 2025.).
17. Ivančević, V., *Institucije upravnog prava*, knji. I, Biblioteka – udžbenici i skripta, Pravni fakultet u Zagrebu, Centar za stručno usavršavanje i suradnju s udruženim radom, Zagreb 1983.
18. Ivančević, V.; Ivčić, M.; Lalić, A., *Zakon o upravnim sporovima s komentarom i sudskom praksom*, Narodne novine, Zagreb 1958.
19. Ivančević, V., *Upravni akt i njegova kontrola*, doktorska teza, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 1952.
20. Jellinek, G., *System der subjektiven öffentlichen Recht*, 2. Durchgesehene undverm. Auflage, J.C.B. Mohr, Tübingen 1919., dostupno na Internet Archive, <https://archive.org/details/B080124bis> (pristupljeno 15. siječnja 2025.).
21. Jèze, G., *Les principes généraux du droit administratif*. Tome 3 – *Le fonctionnement des services publics*, Dalloz, Pariz 2011.
22. Koprić, I., *Novi Zakon o općem upravnom postupku – tradicija ili modernizacija*, u: *Modernizacija općeg upravnog postupka i javne uprave u Hrvatskoj*, ur. Koprić, I.; Đulabić, V., Institut za javnu upravu, Zagreb i Društveno veleučilište u Zagrebu, Zagreb 2009., str. 21--54.
23. Krbek, I., *Osnovi upravnog prava FNRJ*, Izdavački zavod Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti, Zagreb 1950.
24. Krbek, I., *Upravno pravo FNRJ*, III. knjiga, Savremena administracija, Beograd 1958.
25. Laubadère, A. de, *Traite elementaire du droit administratif*, 5 éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J.), Paris 1970.
26. Laubadère, A. de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, 3 vol., Librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J.), Paris 1956.
27. Ljubanović, B., *Pojmovnik*, Hrvatska javna uprava, god. 9., 4/2009., str. 1249-1259.

28. Ljubanović, B., *Upravni ugovori i upravno sudovanje*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 47, 1/2010., str. 37-52.
29. Malenica, I., *Izvršenje upravnosudskih odluka u hrvatskom i poredbenom pravu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2020.
30. Manojlović, R.; Dubajić, D., *Završna konferencija projekta CARDS 2003 Potpora reformi javne uprave i državne službe*, Hrvatska javna uprava, god. 8, 1/2008., str. 295-297.
31. Omejec, J., *Hrvatska uprava – od socijalističkog do europskog koncepta zakonitosti // L'administration croate – de la conception socialiste à la conception européenne de la légalité*, u: *Hrvatsko-francuski upravnopravni dani*. Hrestomatija I – Opći dio: Javna uprava // Journées juridiques et administratives franco-croates. Miscellanea I – Partie générale: L'administration publique, ur. Gjidara, M.; Aviani, D.; Britvić Vetma, B., Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu; Sveučilište Panthéon Assas, Paris II.; Državni savjet Republike Francuske // Faculté de droit de Split; Université Panthéon-Assas, Paris 2; Conseil d'État de France, Split/Paris 2016., str. 99-144.
32. Pirnat, R., *Upravni ugovor i upravni postupak*, u: *Modernizacija općeg upravnog postupka i javne uprave u Hrvatskoj*, ur. Koprić, I.; Đulabić, V., Institut za javnu upravu, Zagreb i Društveno veleučilište u Zagrebu, Zagreb 2009., str. 111-120.
33. *Pravna enciklopedija*, Savremena administracija, Beograd 1979.
34. Richer, L., *Les contrats administratifs*, Dalloz, Paris 1991.
35. Staničić, F., *Ustavnosudska praksa i tzv. akti raspolaganja – quo vadis?*, Informator, tjednik za pravna i ekonomska pitanja, br. 6669 od 8. ožujka 2021., str. 15-19.
36. Staničić, F., *Abecedarij upravnog postupka: Izmjena upravnog ugovora zbog promijenjenih okolnosti – Čl. 152. ZUP-a*, Informator, tjednik za pravna i ekonomska pitanja, br. 6833 od 29. travnja 2024., str. 21.
37. Staničić, F., *Abecedarij upravnog postupka: Ništetnost upravnog ugovora – Čl. 151. ZUP-a*, Informator, tjednik za pravna i ekonomska pitanja, br. 6832 od 22. travnja 2024., str. 21.
38. Staničić, F., *Abecedarij upravnog postupka: Prigovor na upravni ugovor – Čl. 154. ZUP-a*, Informator, tjednik za pravna i ekonomska pitanja, br. 6835 od 13. svibnja 2024., str. 21.
39. Staničić, F., *Abecedarij upravnog postupka: Raskid upravnog ugovora – Čl. 153. ZUP-a*, Informator, tjednik za pravna i ekonomska pitanja, br. 6834 od 6. svibnja 2024., str. 20.
40. Staničić, F., *Kontrola nad sklapanjem upravnih ugovora*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 53, 1/2016., str. 233-252.
41. Staničić, F., *Pretvara li Ustavni sud akte raspolaganja u upravne akte?*, Informator, tjednik za pravna i ekonomska pitanja, br. 6643 od 4. rujna 2020., str. 1-5.
42. Stjepanović, N., *Upravno pravo u SFRJ*, Privredni pregled, Beograd 1978.
43. Šikić, M.; Held, M., *Prigovor prema Zakonu o općem upravnom postupku*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, god. 45, 1/2024., str. 113-133.

44. Tachlian, E., *L'efficacité de la catégorisation des contrats de la commande publique*, Civilizar, Ciencias Sociales y Humanas, vol. 9, núm. 17, julio-diciembre 2009, str. 45-63.
45. Waline, J., *Droit administratif*, 9. éd., Éditions Sirey, Paris 1963.

Pravni propisi

1. Bundesministerium der Justiz, *Bürgerliches Gesetzbuch* in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBI. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 14 des Gesetzes vom 23. Oktober 2024 (BGBI. 2024 I Nr. 323) geändert worden ist, dostupno na <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html> (pristupljeno 21. siječnja 2025.).
2. Bundesministerium der Justiz, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Dezember 2024 (BGBI. 2024 I Nr. 439) geändert worden ist, dostupno na <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html> (pristupljeno 20. siječnja 2025.).
3. Bundesministerium der Justiz, *Verwaltungsverfahrensgesetz* (VwVfG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBI. I S. 102), das zuletzt durch Artikel 24 Absatz 3 des Gesetzes vom 15. Juli 2024 (BGBI. 2024 I Nr. 236) geändert worden ist (Ausfertigungsdatum: 25.05.1976), dostupno na <https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/index.html> (pristupljeno 18. siječnja 2025.).
4. Bundesministerium der Justiz, *Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz* (VwVG), in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 201-4, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 10. August 2021 (BGBI. I S. 3436) geändert worden ist, dostupno na <https://www.gesetze-im-internet.de/vwvg/BJNR001570953.html> (pristupljeno 25. siječnja 2025.).
5. Légifrance, *Code de la commande publique*, dernière mise à jour: 01 janvier 2025, dostupno na https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000037701019/ (pristupljeno 3. siječnja 2025.).
6. Légifrance, *Code des relations entre le public et l'administration*, dernière modification le 27 juillet 2024, dostupno na https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000031366350/ (pristupljeno 16. prosinca 2024.).
7. Légifrance, *Code général de la propriété des personnes publiques* (CG3P), dostupno na https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000022517192 (pristupljeno 18. prosinca 2024.).
8. Légifrance, *Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier* (MURCEF), modifié par Loi n° 2015-1268 du 14 octobre 2015, dostupno na <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGISCTA000006104545> (pristupljeno 18. prosinca 2024.).
9. Légifrance, *Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat*, dostupno na <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000438720> (pristupljeno 19. prosinca 2024.).

10. Légifrance, *Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques*, dostupno na <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000456141> (pristupljeno 12. prosinca 2024.).
11. Opći porezni zakon, Narodne novine, br. 115/16., 106/18., 121/19., 32/20., 42/20., 114/22., 152/24.
12. Pravilnik o središnjoj lovnoj evidenciji, Narodne novine, br. 45/22.
13. Zakon o dodatnom porezu na dobit, Narodne novine, br. 151/22., 9/23. – ispr.
14. Zakon o Državnom savjetu i upravnim sudovima, Službene novine, br. 111 od 22. svibnja 1922. (izmjene i dopune u Službenim novinama, br. 9-IV od 11. siječnja 1929. i 170-LXIV od 29. srpnja 1930.), u: Zakon o Državnom savjetu i upravnim sudovima sa Uredbom o poslovnom redu u Državnom savetu i upravnim sudovima, Zbirka zakona sv. 41., drugo izdanje, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd 1927.
15. Zakon o finansijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, Narodne novine, br. 108/12., 144/12., 81/13., 112/13., 121/13., 78/15., 71/15., 114/22.
16. Zakon o izdavanju pokrivenih obveznica i javnom nadzoru pokrivenih obveznica, Narodne novine, br. 53/22.
17. Zakon o javnoj nabavi, Narodne novine, br. 120/16., 114/22.
18. Zakon o koncesijama, Narodne novine, br. 69/17., 107/20.
19. Zakon o kreditnim institucijama, Narodne novine, br. 159/13., 19/15., 102/15., 15/18., 70/19., 47/20., 146/20., 151/22., 145/24.
20. Zakon o lovstvu, Narodne novine, br. 99/18., 32/19., 32/20., 127/24. – odluka USRH.
21. Zakon o lovstvu, Narodne novine, br. 140/05., 75/09., 153/09., 14/14., 21/16., 41/16., 67/16., 62/17.
22. Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15., 29/18., 126/21., 114/22., 156/22., 155/23.
23. Zakon o općem upravnom postupku, Narodne novine, br. 47/09., 110/21.
24. Zakon o općem upravnom postupku, Službeni list FNRJ, br. 52/56., Službeni list SFRJ, br. 10/65., 18/65. – službeni pročišćeni tekst, 4/77., 11/78., 32/78. – službeni pročišćeni tekst, 9/86., 16/86., 47/86. – službeni pročišćeni tekst, Narodne novine, br. 53/91., 103/96.
25. Zakon o stambenom zbrinjavanju na potpomognutim područjima, Narodne novine, br. 106/18., 98/19., 82/23.
26. Zakon o ukidanju Državnog savjeta i upravnih sudova, Službeni list DFJ, br. 27/45.
27. Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 20/10., 143/12., 152/14., 94/16., 29/17., 110/21.
28. Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 36/24.
29. Zakon o upravnim sporovima, Službeni list FNRJ, br. 23/52., 21/65.
30. Zakon o upravnim sporovima, Službeni list SFRJ, br. 4/77., 36/77.; Zakon o preuzimanju zakona o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 53/91., 9/92., 77/92.

Sudska praksa

1. Conseil d'Etat, L'arrêt *Epoux Bertin*, 20 avril 1956., N° 98637, dostupno na Légifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007636583/> (pristupljeno 8. siječnja 2025.).
2. Conseil d'Etat, L'arrêt *Grimouard consorts*, 20 avril 1956., N° 33961, dostupno na Légifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007637338/> (pristupljeno 8. siječnja 2025.).
3. Conseil d'Etat, L'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, 31 juillet 1912, N° 30701, dostupno na Légifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007634187/> (pristupljeno 5. siječnja 2025.).
4. Conseil d'Etat, L'arrêt *Société d'Exploitation Électrique de la rivière du Sant*, 19 janvier 1973, N° 82338, dostupno na Légifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007644757/> (pristupljeno 7. siječnja 2025.).
5. Conseil d'Etat, L'arrêt *Stein*, 20 octobre 1950, Sieur X., N° 98459, *Revue générale du droit on line*, 1950, N° 20175, dostupno na www.revuegeneraledudroit.eu/?p=20175 (pristupljeno 6. siječnja 2025.).
6. Conseil d'État, L'arrêt *Thérond* du 4 mars 1910, requête N° 29373, dostupno na Légifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007631419/> (pristupljeno 12. prosinca 2024.).
7. Tribunal des Conflits, L'arrêt *Berkani*, 25 mars 1996., N° 03000, dostupno na Légifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007606138/> (pristupljeno 9. siječnja 2025.).
8. Tribunal des Conflits, L'arrêt *Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes de France*, 16 octobre 2006, N° C3506, dostupno na Légifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007608069/> (pristupljeno 5. siječnja 2025.).
9. Tribunal des Conflits, L'arrêt *Feutry* du 29 février 1908, N° 00624, dostupno na Légifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007607588/> (pristupljeno: 12. prosinca 2024.).
10. Tribunal des Conflits, L'arrêt *Société d'édition de ventes publicitaires (SEVP) c/ Office dutourisme de Rambouillet*, 7 avril 2014, N° 3949, dostupno na Légifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000028839801/> (pristupljeno 7. siječnja 2025.).
11. Tribunal des Conflits, L'arrêt *Union des Assurances de Paris – UAP*, 21 mars 1983, N° 02256, dostupno na Légifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007606873/> (pristupljeno 4. siječnja 2025.).
12. Tribunal des Conflits, *SA AXA France IARD*, 13 octobre 2014, N° C3963, dostupno na Légifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000029778703/> (pristupljeno 6. siječnja 2025.).
13. Upravni sud u Rijeci, rješenje broj: 1 Us I-200/2024-2 od 23. veljače 2024.
14. Upravni sud u Splitu, presuda, broj: Uslpor-70/17-14 od 6. svibnja 2019.
15. USRH, odluka broj: U-III-2042/2013 od 19. svibnja 2020.

16. USRH, odluka broj: U-III-2100/2014 od 19. svibnja 2020.
17. USRH, odluka broj: U-III-316/2021 od 30. ožujka 2023.
18. USRH, odluka broj: U-III-4006/2021 od 31. ožujka 2022.
19. USRH, rješenje broj: U-II-6610/2010 i U-II-6611/2010 od 18. ožujka 2014.
20. VSRH, presuda broj: Uzz-11/1993-4 od 2. srpnja 1999.
21. VSRH, rješenje broj: Rev 139/2023-5 od 8. studenoga 2023.
22. VUSRH, presuda broj: Usž 3964/2021-2 od 26. studenoga 2021.
23. VUSRH, presuda broj: Usž-3137/19-3 od 17. ožujka 2021.
24. VUSRH, rješenje broj: Usž-1684/2016-2 od 2. lipnja 2016.
25. VUSRH, rješenje broj: Usž-303/19-2 od 10. srpnja 2019.

Mrežni izvori

1. Broussolle, Y., *Introduction au droit public*, Fiches, 2019., str. 233-244., dostupno na <https://droit.cairn.info/fiches-d-introduction-au-droit-public--9782340032842?lang=fr> (pristupljeno 16. prosinca 2024.).
2. Conseil d'État, *Les grandes figures de la juridiction administrative – Edouard Laferrière*, dostupno na: <https://www.conseil-etat.fr/qui-sommes-nous/le-conseil-d-etat/histoire-et-patrimoine/les-grandes-figures-de-la-juridiction-administrative/edouard-laferriere> (pristupljeno: 3. prosinca 2024.).
3. Cossalter, P., *Droit administratif, Leçon n°10: L'identification du contrat administratif*, CJFA, 2017., dostupno na <https://etudes.cjfa.eu/lessons/lecon-n10-lidentification-de-lacte-administratif/> (pristupljeno 19. prosinca 2024.).
4. Dalloz Actu Étudiant, *Droit administratif général. Point sur la clause exorbitante* [4 décembre 2014], dostupno na <https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/point-sur-la-clause-exorbitante/h/4390ceb41ebf0c> (pristupljeno 5. siječnja 2025.).
5. Juracademy, *Allgemeines Verwaltungsrecht. Öffentlich-rechtlicher Vertrag*, dostupno na: <https://www.juracademy.de/allgemeines-verwaltungsrecht/oeffentlich-rechtlicher-vertrag.html> (pristupljeno: 16. siječnja 2025.).
6. Löher, A., *Der öffentlich-rechtliche Vertrag, §§ 54 ff. VwVfG, Übungzu Vorlesungen im Verwaltungsrech: Sommersemester 2009*, Universität Trier, dostupno na https://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/prof/OEF005/Andrea_Verwaltungsrecht/_Fall_8/D_OER_Vertrag.pdf (pristup: 17. siječnja 2025.).
7. Ministarstvo poljoprivrede, šumarstva i ribarstva, Dokumentacija za 54. Javni natječaj – Davanje zakupa prava lova na državnim lovištima, Zagreb, srpanj 2024., dostupno na https://poljoprivreda.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/pristup_info/javni%20pozivi/2024/Zakup_prava_lova/Dokumentacija%20za%20javni%20natje%C4%8Daj.pdf (pristupljeno 29. siječnja 2025.).
8. République française, Vie-publique.fr, *Que sont les actes administratifs unilatéraux?*, dostupno na <https://www.vie-publique.fr/fiches/20269-les-actes-administratifs-unilateraux> (pristupljeno 16. prosinca 2024.).

9. Župan Krapinsko-zagorske županije, Odluka o davanju zakupa prava lova u zajedničkom lovištu 11/127 – „OROSLAVJE“, klasa: UP/I-323-01/22-01/02, urbroj: 2140-01-22-02 od 11. listopada 2022., dostupno na <https://kzz.hr/sadrzaj/natjecaji/javni-natjecaj-davanje-zakupa-prava-lova-loviste-oroslavje/Odluka%20o%20davanju%20zakupa%20prava%20lova.pdf> (pristupljeno 29. siječnja 2025.).

RÉSUMÉ:

ÉTUDE SUR LES CONTRATS ADMINISTRATIFS ET LES ACTES GESTION

L'étude analyse le développement et les caractéristiques juridiques des contrats administratifs dans les systèmes français, allemand et croate, en mettant particulièrement l'accent sur la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion. Le contrat administratif français s'est développé dans le contexte de l'État libéral du XIXe siècle, lorsque l'administration, en plus de l'exercice de la puissance publique, a commencé à utiliser des formes contractuelles afin d'assurer plus efficacement le fonctionnement des services publics. À l'origine, la théorie dominante considérait les actes de gestion comme des actes de droit privé, tandis que les actes d'autorité relevaient du droit public. Toutefois, l'évolution de la jurisprudence et de la doctrine a progressivement conduit à l'abandon de cette distinction et à la reconnaissance du contrat administratif comme une institution spécifique du droit public. Ses principales caractéristiques sont son lien avec le service public et l'inégalité juridique entre les parties, l'administration disposant de prérogatives particulières pour protéger l'intérêt général. Le contrat de droit public allemand a également servi de modèle pour la création du contrat administratif croate. Cependant, la réglementation croate n'a pas réussi à remplir sa fonction essentielle, à savoir établir une relation de coopération et de conciliation entre l'administration et les citoyens. Selon l'étude, cette faiblesse résulte principalement du maintien de l'ancienne théorie des actes de gestion héritée du système juridique de l'ex-Yougoslavie. Dans ce système, de nombreux actes unilatéraux de l'administration étaient qualifiés d'actes de gestion afin d'échapper au contrôle juridictionnel. Cette pratique subsiste encore aujourd'hui dans le droit croate et porte atteinte au principe de l'État de droit ainsi qu'au droit constitutionnel à la protection juridictionnelle. En conclusion, l'étude souligne la nécessité d'éliminer du système juridique croate les actes de gestion de type yougoslave et de redéfinir le contrat administratif comme un instrument permettant une administration plus efficace, transparente et équitable dans ses relations avec les citoyens.

Jean Michel Lemoyne de Forges*

LA DÉCONCENTRATION ADMINISTRATIVE

UDK: 342.9
Priljeno: 1. rujna 2018.
Izvorni znanstveni rad

L'établissement d'un État moderne en Europe a entraîné l'apparition d'un système d'introduction d'un État sur l'ensemble de son territoire. La raison en est que les décisions gouvernementales doivent être appliquées de manière égale à tous. Cela ne peut être garanti que si les fonctionnaires, nommés par le gouvernement et responsables de la mise en œuvre et du suivi de la politique gouvernementale, les transfèrent effectivement du niveau de fonctionnaire gouvernemental au niveau local et régional. En règle générale, l'administration centrale s'acquitte de tâches de caractère national dont la mise en œuvre en vertu de la loi ne peut être confiée à un niveau régional. Cependant, l'État doit également avoir des fonctionnaires au niveau local qui mettront en œuvre de véritables pouvoirs lors de la prise de décisions (sur la base de la délégation de pouvoirs), afin de prendre en compte les besoins et la situation locales. La «déconcentration» représente précisément cela. Par conséquent, nous traitons avec des services qui incluent des fonctionnaires nommés qui sont soumis à l'autorité d'un organisme central et qui représentent localement le gouvernement et les ministères. En France et en général, nous distinguons trois catégories d'administrations: l'administration centrale, l'administration périphérique (décentralisée ou déconcentrée), l'administration spécialisée indépendante qui reste néanmoins rattachée à l'un des ministères compétents qui supervisent les organismes placés sous le contrôle du gouvernement. La déconcentration à la française enrichit la dimension interministérielle, présente localement chez le préfet qui représente le président du gouvernement et les ministres et qui est chargé de la gestion du territoire, du dialogue avec les représentants locaux du pouvoir exécutif et de la modernisation de l'administration. Compte tenu de la carte administrative de la France comprenant trente mille communes, une centaine de départements et une vingtaine de régions (13 depuis 2015), la déconcentration repose sur les éléments suivants: le préfet de région met en œuvre la politique nationale et la politique de la communauté (européenne) fixe des objectifs stratégiques, alloue des ressources, évalue l'activité de l'Etat. Le préfet de département est responsable de l'activité opérationnelle et de l'administration des politiques publiques. Le vice-préfet initie et rejoint des partenaires dans des «centres de vie» (villes et villages) au sein d'un département.

Mots clés: *administration, déconcentration, Europe, France*

Pour résumer l'expérience française de déconcentration administrative, il suffit de lire le début du décret n° 2015-510 du 7 mai 2015 dont le titre exact est « décret portant charte de la déconcentration ». Ce titre, repris d'un décret de 1992 ayant le même objet, est destiné à montrer qu'il s'agit de poser les principes de l'organisation des

* Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas, Paris-2

services de l'État, et seulement de l'État, pas du tout des autres personnes publiques, collectivités locales ou établissements publics, notamment. En outre, le chapitre 1^{er} de ce décret porte sur les « règles d'attribution des administrations civiles de l'État ». Il s'agit donc clairement de l'organisation des services non militaires de l'État.

Article 1^{er} : « La déconcentration consiste à confier aux échelons territoriaux des administrations civiles de l'État les moyens et la capacité d'initiative pour animer, coordonner et mettre en œuvre les politiques publiques définies au niveau national et européen, dans un objectif d'efficience, de modernisation, de simplification, d'équité des territoires et de proximité avec les usagers et les acteurs locaux »

Cette définition, fruit d'une longue expérience administrative depuis le XIX^e siècle, montre à la fois que la déconcentration est un mode d'organisation administrative de l'État et qu'elle a une finalité managériale. Le cœur de ces deux dimensions, organisationnelle et managériale, c'est le territoire : « On peut gouverner de loin mais on n'administre que de près » (Persigny, Ministre de l'Intérieur, en 1852).

Traditionnellement on oppose la déconcentration à la décentralisation : l'administration d'un territoire donné, par exemple celui d'une ville, peut être confiée soit à des administrateurs indépendants de l'État, désignés par les habitants de ce territoire et ne rendant compte de leur gestion qu'à ces électeurs (c'est le principe de la décentralisation), soit à des administrateurs désignés par le gouvernement de l'État, placés sous l'autorité hiérarchique de ce gouvernement et ne rendant compte de leur gestion qu'à ce gouvernement (c'est le principe de la déconcentration).

L'aspect territorial rapproche ces deux modèles d'organisation administrative. La tradition française l'exprime bien puisque, depuis la fin du XIX^e siècle, si le territoire du « département » est le support géographique d'une collectivité locale administrée par des organes élus par la population, il est en même temps le cadre géographique d'un ensemble de services de l'État placés sous l'autorité d'un représentant du gouvernement, le préfet. Et, lorsqu'un cadre géographique plus vaste, la région, s'est progressivement imposé comme étant plus rationnel pour certaines fonctions administratives, le même modèle a été reproduit : le cadre géographique de la région sert en même temps de support à une collectivité territoriale dotée de ses propres organes élus et de cadre à un certain nombre de services administratifs de l'État dirigés par un préfet de région.

Cette territorialisation de l'action de l'État présente les avantages de la proximité ; elle permet donc d'adapter la mise en œuvre des politiques publiques de l'État aux réalités locales ; en outre, lorsque le cadre géographique retenu est le même pour les collectivités décentralisées et pour les services déconcentrés de l'État, il est plus facile de coordonner l'action de l'État avec celle de la collectivité locale, voire de conduire des politiques publiques locales conjointes.

Le principe de la déconcentration est que chaque ministère dispose, dans les régions ou dans les départements, de services administratifs qui lui sont rattachés ; la mise en œuvre de la déconcentration des services de l'État pose donc trois types de problèmes :

- le premier est de répartir les fonctions entre les services centraux (les ministères) et les services déconcentrés ;
- le deuxième est d'organiser les relations entre les ministères et les services déconcentrés ;
- le troisième est d'assurer la cohérence de l'action de l'État dans les services déconcentrés.

1. LA RÉPARTITION DES ATTRIBUTIONS

L'article 1^{er} alinéa 2 du décret du 7 mai 2015 pose le principe selon lequel la déconcentration « constitue la règle générale de répartition des attributions et des moyens entre les échelons centraux et territoriaux des administrations civiles de l'Etat » ; l'article 2 alinéas 3 et 4 du même décret ajoutent : « Sont confiées aux administrations centrales et aux services à compétence nationale les seules missions qui présentent un caractère national ou dont l'exécution, en vertu de la loi, ne peut être déléguée à un échelon territorial ./ Les autres missions, notamment celles qui intéressent les relations entre l'État et les collectivités territoriales, sont confiées aux services déconcentrés » ; de son côté, l'article 3 – I précise : « Les administrations centrales assurent, au niveau national, un rôle de conception, d'animation, d'appui des services déconcentrés, d'orientation, d'évaluation et de contrôle./ A cette fin, elles participent à l'élaboration des projets de loi et de décret et préparent et mettent en œuvre les décisions du Gouvernement et de chacun des ministres(...) » ; enfin la suite de cet article énumère les principaux domaines dans lesquels s'exercent ces missions des administrations centrales, en commençant par « la définition et le financement des politiques nationales, le contrôle de leur application (notamment par les services déconcentrés), l'évaluation de leurs effets ».

On le voit, aux termes de la charte de la déconcentration, pour l'exécution des politiques publiques de l'État, le principe est la compétence des services déconcentrés, les services centraux n'ayant qu'une fonction de conception, d'orientation et de contrôle. Ainsi, le principe de subsidiarité, qui a toujours plus ou moins inspiré la décentralisation, est ici d'une certaine manière appliqué aussi à la déconcentration. Ceci est destiné à clarifier la place des services déconcentrés et à mettre fin à un certain désordre dans leurs relations avec les ministères (V. ci-dessous).

Ce mécanisme de limitation des compétences des services centraux de l'État appelle deux compléments.

En premier lieu, les ministères et leurs services déconcentrés n'ont pas le monopole de la mise en œuvre des politiques publiques nationales. L'État a depuis longtemps créé des « établissements publics nationaux », personnes morales de droit public chargées, sous le contrôle de l'Etat, de l'élaboration et de l'exécution de certaines politiques publiques (Office national des anciens combattants et des victimes de guerre, Centre des monuments nationaux...). Aujourd'hui beaucoup de ces établissements publics ont pris le nom d'agence (Agence nationale

de l'habitat...), tandis que d'autres agences d'exécution (executive agencies), aux statuts juridiques les plus divers ont été créées au niveau national ou parfois au niveau régional (Agences régionales de santé). Dans la mesure où certains de ces organismes disposent eux-mêmes de services déconcentrés, la charte de la déconcentration de 2015 a tenu à préciser que la déconcentration « implique l'action coordonnée de l'ensemble des services déconcentrés et des services territoriaux des établissements publics de l'Etat » (art. 1^{er}, al. 3).

En second lieu, il est évidemment nécessaire de préciser quels sont les échelons territoriaux des services déconcentrés des ministères, et d'organiser la répartition des attributions entre ces différents échelons. A cet effet, la charte de la déconcentration mentionne trois circonscriptions territoriales possibles pour les administrations civiles de l'État, la « circonscription régionale », la « circonscription départementale » et « l'arrondissement » (subdivision traditionnelle de la circonscription départementale). La charte pose en outre le principe général selon lequel « la circonscription départementale est l'échelon territorial de mise en œuvre des politiques nationales et de l'Union européenne », tandis que les missions relevant de la circonscription régionale, bien qu'assez larges, sont limitativement énumérées (animation et coordination des politiques de l'État, mise en œuvre des politiques nationales et européennes en matière d'emploi, d'innovation, de culture, de statistiques publiques, de développement économique et social et d'aménagement durable du territoire, coordination des actions intéressant plusieurs départements de la région, modernisation des services déconcentrés, définition de la stratégie immobilière de ces services déconcentrés, programmation et répartition des crédits de l'État, contractualisation des programmes pluriannuels conjoints de l'État et des collectivités locales) (art. 4). On remarquera le soin avec lequel le vocabulaire est choisi, en particulier pour bien distinguer l'exécution proprement dite des politiques publiques (« mise en œuvre ») des activités de conception, d'animation et de coordination des missions dont l'exécution relève d'autres entités.

Pour en terminer avec ce premier point, il convient d'insister sur le fait que la charte de la déconcentration n'est qu'un décret qui pose des principes d'organisation. A plusieurs reprises elle souligne que la loi – et même d'autres décrets – peuvent prévoir une répartition différentes des compétences dans certaines matières.

2. LES RELATIONS ENTRE ADMINISTRATIONS CENTRALES ET SERVICES DÉCONCENTRÉS

Si les services déconcentrés sont ainsi dotés d'attributions administratives propres, sur lesquelles, normalement, ne peuvent empiéter les services centraux des ministères, il est clair que les ministres sont les supérieurs hiérarchiques de tous les services administratifs de l'État, de sorte que ce sont bien les administrations centrales qui ont pour mission d'orienter, de contrôler et d'évaluer l'activité des services déconcentrés.

C'est pourquoi, dans le fonctionnement administratif de l'État, divers instruments juridiques sont utilisés.

Tout d'abord, le principe même de la déconcentration suppose que les chefs des services déconcentrés disposent du pouvoir de prendre des décisions (ou de conclure des contrats) au nom de l'État. Ainsi, tantôt ils sont investis de telles compétences directement par la loi ou par un acte réglementaire pris au niveau national, ou bien les ministres leur donnent des délégations de pouvoir dans les matières relevant de leur compétence. En France, aux termes du décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets ce sont les préfets (de région ou de département, selon la matière en cause) qui représentent les ministres et qui, en conséquence, peuvent seuls recevoir de leur part des délégations de pouvoir. Mais il n'en a pas toujours été ainsi : jadis les chefs des services déconcentrés (p. ex. les anciens directeurs départementaux de la santé) recevaient délégation de leur ministre de rattachement (p. ex. le ministre de la santé) ; il existe d'ailleurs encore aujourd'hui des exceptions notables (p. ex. les recteurs, représentants du ministre chargé de l'enseignement).

L'autre grand instrument juridique de mise en œuvre de la déconcentration, ce sont les circulaires, instructions, directives et autres « lignes directrices » élaborées par les administrations centrales (signées par le Premier ministre lui-même, par un ministre ou par un directeur d'administration centrale selon le cas) ; chaque année, plusieurs milliers de documents de ce type sont adressés aux services déconcentrés. Ces documents peuvent avoir deux fonctions principales : les uns (« circulaires ») interprètent et explicitent le contenu des lois et règlements et expliquent aux fonctionnaires, souvent de manière très détaillée, la manière dont ils doivent les appliquer. Leur régime juridique est aujourd'hui bien encadré. Depuis un décret du 8 décembre 2008 si elles ne sont pas publiées sur le site internet du Premier ministre créé à cet effet (circulaires.legifrance.fr), elles ne sont pas applicables. En outre, lorsqu'une circulaire ne se borne pas à interpréter une réglementation existante mais contient des dispositions « de caractère impératif », elle peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif et être annulée, notamment si elle émane d'une autorité incompétente ou si elle n'est pas conforme à la réglementation qu'elle prétend expliciter (C.E. sect. 18 déc. 2002, Mme Duvignères).

Pour leur part, ce que, depuis un arrêt Jousselin du 19 septembre 2014, la jurisprudence du Conseil d'État appelle aujourd'hui les « lignes directrices » concerne des domaines dans lesquels les autorités administratives sont investies d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation ; ces autorités, ou leurs supérieurs (tels, précisément, les ministres) peuvent élaborer des actes, qui doivent eux aussi être publiés, indiquant de quelle manière, et en particulier sur la base de quels critères d'appréciation, ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé.

Enfin il faut noter que, grâce aux réseaux intranets des administrations, les relations entre les services déconcentrés et les administrations centrales sont plus souples, mais aussi moins visibles pour le public, malgré l'obligation de publication des circulaires et des « lignes directrices ». Ainsi une circulaire du Premier ministre

du 17 juillet 2013 relative à la simplification administrative et aux relations avec les services déconcentrés a recommandé d'utiliser ces réseaux « pour la diffusion des recommandations, éclaircissements et précisions nécessaires à l'activité des préfets et des services déconcentrés », y compris « sous forme de *questions-réponses* ou de forums d'échanges ». Ainsi, si en principe les services centraux ne doivent pas traiter des dossiers particuliers qui relèvent de la compétence des services déconcentrés, de tels dialogues permettent de tourner facilement ce principe.

3. LA COHÉRENCE DES L'ACTION TERRITORIALE DE L'ÉTAT

La nécessité de la déconcentration est une évidence dans tous les Etats d'une certaine superficie. Mais, outre le problème des relations entre chaque ministère et ses services déconcentrés, elle pose aussi celui de la cohérence de l'action territoriale de l'État. En effet, assez naturellement, les fonctionnaires de chaque ministère ont tendance à ignorer ce que font leurs collègues des autres ministères. Au niveau central, en principe, différents mécanismes de coordination sont destinés à garantir la cohérence du travail gouvernemental sous l'autorité du chef du gouvernement ; dès que l'on s'éloigne de la capitale, les effets de cette coordination interministérielle s'estompent.

C'est pourquoi, dès son invention au début du XIX^e siècle, l'institution préfectorale a eu pour objet de garantir la cohérence de l'exécution, dans les départements, de la loi et des décisions gouvernementales ; l'article 3 de la loi du 28 pluviôse An VIII disposait déjà que, dans le département, « le préfet sera chargé seul de l'administration ».

Aujourd'hui, l'article 1^{er} du décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 « relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'État dans les régions et départements » (modifié notamment par un décret du 16 février 2010) dispose : « Le préfet de région dans la région, le préfet de département, dans le département, est dépositaire de l'autorité de l'État./ Ils ont la charge des intérêts nationaux et du respect des lois./ Ils représentent le Premier ministre et chacun des ministres./ Ils veillent à l'exécution des règlements et des décisions gouvernementales./ Ils dirigent, sous l'autorité des ministres et dans les conditions définies par le présent décret, les services déconcentrés des administrations civiles de l'Etat ».

Pour assurer la mise en œuvre de ces principes se sont développés les outils juridiques et administratifs destinés d'abord à organiser la coordination entre les services déconcentrés puis, progressivement, à assurer l'autorité des préfets sur ces services. Ils sont trop nombreux pour être tous analysés ici ; on ne citera que quelques exemples.

Ainsi, un des plus anciens (1964) fut l'obligation, pour tous les chefs des services déconcentrés, de ne correspondre avec leur ministère de rattachement, que par l'intermédiaire du préfet ; cette règle simple a ensuite été étendue aux

communications des chefs de ces services entre eux et avec les collectivités locales et leurs établissements publics .

On doit aussi citer les réunions périodiques obligatoires des chefs des services déconcentrés sous la présidence du préfet (comité d'administration régionale, collège des chefs de service), la règle selon laquelle seuls les préfets peuvent recevoir délégation de pouvoirs des ministres, à charge pour eux de consentir des délégations « de signature » aux chefs de service, la possibilité, pour les préfets, de réorganiser les services déconcentrés dans leur région ou dans leur département, la participation des préfets à la procédure de nomination des chefs de services et ensuite à leur évaluation professionnelle, ou encore les pouvoirs des préfets dans l'utilisation des crédits de l'État ... Tous ces procédés et bien d'autres (V. décret du 29 avril 2004) se sont surtout développés à partir de la politique de décentralisation conduite depuis 1982 : l'extension des compétences propres des collectivités territoriales s'est accompagnée d'un renforcement de la déconcentration, étant rappelé en outre que c'est le préfet qui exerce, au nom de l'État, le contrôle administratif des collectivités locales.

4. CONCLUSION:

Deux remarques pour conclure.

La première est que les préfets n'ont pas un monopole absolu de la direction des services déconcentrés des administrations civiles de l'État. Ainsi, depuis un décret de Napoléon de 1808 (17 mars), le ministre chargé de l'enseignement est aussi représenté par les recteurs d'académie compétent en matière de contenu de l'enseignement et de gestion des personnels. En matière financière, le principe de séparation des ordonnateurs et des comptables a conduit à interdire aux préfets de gérer la comptabilité publique (recettes et dépenses), celle-ci étant aujourd'hui confiée à un directeur régional des finances publiques qui relève directement du ministre des finances. Enfin, depuis 2009 (loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009), l'administration sanitaire et sociale déconcentrée est dirigée par les directeurs généraux des agences régionales de santé qui sont des subordonnés directs du ministre chargé de la santé (même si les A.R.S. sont des établissements publics).

La seconde est que, jusqu'à sa consécration par un décret de 1997, a progressivement émergé la notion de « service à compétence nationale ». Il apparaît en effet que la mission de certains services dans les ministères exclut la possibilité de services déconcentrés dans les régions ou les départements. Ils sont alors labellisés « service à compétence nationale » et, quelle que soit leur appellation officielle (direction, service ou même agence), leur création et leur organisation obéissent à des règles particulières. C'est par exemple le cas des Archives nationales, important service du ministère de la culture. Mais on quitte ici le sujet de la déconcentration pour celui, tout aussi important, de l'organisation des administrations centrales.

SAŽETAK:

UPRAVNA DEKONCENTRACIJA

Uspostava moderne države u Europi dovela je do pojave sustava državne intervencije na cijelom njezinom teritoriju. Razlog tome je što se vladine odluke moraju jednako primjenjivati na sve. To se može jamčiti samo ako dužnosnici koje imenuje vlada i koji su odgovorni za provedbu i praćenje vladine politike učinkovito prenesu te odgovornosti s razine središnje vlasti na lokalnu i regionalnu razinu. U pravilu, središnja uprava obavlja zadatke nacionalne prirode, čija se provedba, po zakonu, ne može delegirati na regionalnu razinu. Međutim, država mora imati i dužnosnike na lokalnoj razini koji će vršiti stvarne ovlasti prilikom donošenja odluka (na temelju delegiranja ovlasti), kako bi se uzele u obzir lokalne potrebe i okolnosti. «Decentralizacija» predstavlja upravo to. Stoga se bavimo službama koje uključuju imenovane državne službenike koji su podređeni vlasti središnjeg tijela i koji lokalno predstavljaju vladu i ministarstva. U Francuskoj, i općenito govoreći, razlikujemo tri kategorije uprave: središnju upravu, perifernu (decentraliziranu ili dekoncentriranu) upravu i neovisnu specijaliziranu upravu koja ipak ostaje pridružena jednom od relevantnih ministarstava koja nadziru tijela pod kontrolom vlade. Dekoncentracija francuskog tipa obogaćuje međuministarski aspekt, prisutnu lokalno u prefektu, koji predstavlja predsjednika vlade i ministre i koji je odgovoran za teritorijalno upravljanje, dijalog s lokalnim predstavnicima izvršne vlasti i modernizaciju uprave. S obzirom na administrativnu kartu Francuske, koja se sastoji od trideset tisuća općina, stotinu departmana i dvadesetak regija (13 od 2015.), decentralizacija se temelji na sljedećim elementima: regionalni prefekt provodi nacionalnu politiku i politiku Europske unije, postavlja strateške ciljeve, raspoređuje resurse i procjenjuje aktivnosti države. Departmanski prefekt odgovoran je za operativne aktivnosti i upravljanje javnim politikama. Zamjenik prefekta inicira i surađuje s partnerima u «centrima zajednice» (gradovima i selima) unutar departmana.

Jérôme Michel*

SERVIR L'ÉTAT : LES VALEURS ET L'ÉTHIQUE DU SERVICE PUBLIC - DE LA BONNE CONDUITE À LA BONNE GOUVERNANCE

UDK: 35:174
Primljeno: 1. rujna 2018.
Izvorni znanstveni rad

Au service de l'État: les valeurs et l'éthique de la fonction publique - de la bonne conduite à la bonne administration L'État n'est pas simplement une construction juridique, il ne peut être résumé dans toutes ses procédures ou ses limitations légitimes. L'État est composé d'individus physiques qui, de différentes manières, dirigent son activité. Les façons de servir l'État reposent avant tout sur la considération constante de l'importance de ces devoirs et sur la philosophie de l'État. Par conséquent, cette question se pose constamment: servons-nous l'État comme nous le faisons auparavant? La réponse à cette question n'est certainement pas la même partout. Les fonctionnaires de la République de Croatie ne répondront certainement pas à cette question de la même manière que les fonctionnaires de la République française. Donnons-nous le même sens à ces mots dans: Paris, Bruxelles, Zagreb ou Washington? Sans doute la réponse est non. La réponse à cette question est conditionnée par l'historique de l'état et sa configuration. Cependant, quelles que soient les différences existantes, nous pensons que les défis auxquels nous sommes confrontés aujourd'hui sont les mêmes qu'auparavant, puisqu'une demande reste toujours la même et qu'il s'agit du sentiment d'appartenance à la fonction publique et de l'exemple professionnel. L'évolution est certes toujours en cours et elle est liée aux marques de transformation de l'Etat qui influencent sans aucun doute le service de l'Etat. Cet article aborde donc: le concept classique du service public et le concept moderne du service public.

Mots clés: *service public, valeurs, éthique, France*

L'écrivain et académicien français Jacques de Bourbon-Busset qui avait été à partir de 1948 directeur de cabinet de Robert Schuman, alors ministre des affaires étrangères, puis en 1952 directeur général des relations culturelles avec l'étranger confessait qu'avoir été un haut-fonctionnaire avait été pour lui un extrême honneur et qu'il avait plusieurs fois décliné des propositions alléchantes l'invitant à entrer dans les affaires privées. Interrogé sur ce point par le journaliste Jacques Paugam dans un livre d'entretiens, il répondit que s'il avait cédé aux sirènes du secteur privé, il aurait alors renié sa conviction « *que le bien public, l'intérêt général est autre chose que*

* Conseiller d'État

la sommes des intérêts particuliers, que, dans la lutte entre le roi et les féodaux, le dernier mot doit rester au roi et qu'il n'y a pas de plus grand honneur que de servir le bien public »¹. C'est sous l'égide de cette dernière phrase que je voudrai placer cette intervention sur le service de l'Etat dans laquelle mon propos s'écartera de la seule dimension juridique pour interroger en quelque sorte la philosophie du service, ce qu'elle implique, autrement dit l'*ethos* du fonctionnaire, du serviteur de l'Etat. En effet, l'Etat n'est pas seulement une construction juridique ni ne se résume à ses actions ou à l'exercice de la contrainte légitime. L'Etat est une personne morale mais il n'existe concrètement que par les personnes physiques qui en sont, à des titres divers, les agents. « *Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale* ». Cet aphorisme, attribué à Léon Duguit, auquel le professeur Jean-Claude Soyer répondait : « *moi non plus, mais je l'ai souvent vu payer l'addition* », fait l'impasse sur une réalité intangible : l'Etat s'incarne. De son sommet à sa base, il présente une multitude de visages, il est fait de chairs, celles de ses serviteurs.

Servir l'Etat : que signifie réellement cette formule ? Là commence immédiatement les difficultés. Est-ce un métier comme un autre, avec ses contraintes, ses grandeurs et ses servitudes ? Au contraire, est-ce une vocation ? Un idéal ? Un honneur comme l'affirmait Jacques de Bourbon Busset ?

Servir l'Etat et bien le servir, est-ce seulement maîtriser une technologie juridique et administrative ou cela implique-il chez le fonctionnaire, fut-ce implicitement, une certaine idée de l'Etat, une constitution imaginaire où s'amalgament la mémoire historique et l'intemporalité des valeurs : le bien commun, l'utilité commune, le service public.

Dans une conférence prononcé le 14 mars dernier devant les élèves de la dernière promotion de l'Ecole nationale d'administration et intitulée « *Servir l'Etat aujourd'hui* »², Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat, adjurait les futurs hauts-fonctionnaires à engager, « *une réflexion plus large sur la nature de l'engagement que vous avez pris en faisant le choix de la fonction publique, sur ce que sont l'Etat et les personnes publiques et ce qu'ils représentent. C'est en tout cas ce que pensait André Malraux dont le nom avait été donné, de son vivant, à la promotion de l'ENA dont je suis issu et à qui nous avons rendu visite à Verrières-le-Buisson peu de temps après le début de notre scolarité. A l'énoncé des matières que nous allions étudier, il s'était exclamé : « Mais enfin, vous préparez un diplôme de technicien ! »* ». On ne saurait mieux dire. La manière de servir l'Etat repose peut-être avant tout sur une réflexion permanente sur le sens de cet engagement, sur une philosophie de l'Etat. Cependant sert-on l'Etat aujourd'hui comme on le servait hier encore ? C'est à cette question que je voudrais apporter quelques fragments d'une réponse que certains pourront trouver impressionniste (mais c'est volontaire !), d'autres intempestive (j'en accepte le risque) qui pourrait bien être – et je m'en excuse au préalable – ce

¹ Jacques Paugam questionne Bourbon Busset, *Je n'ai peur de rien quand je suis sûr de toi*, Voies Ouvertes, Gallimard 1978, p. 34.

² Consultable sur le site Internet du Conseil d'Etat – www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Servir-l-Etat-aujourdhui.

que l'on appelle en France une « réponse de normand » : oui et non. Evidemment cette réponse – ou cette tentative de réponse – doit être entendue ici à partir de l'expérience française et d'un vécu d'un haut-fonctionnaire français. Un fonctionnaire croate ne donnera sans doute pas à cette question la même réponse que la mienne ou que celle d'un fonctionnaire belge, suisse, américain ou australien, sans même évoquer les agents publics des Etats des continents non occidentaux, l'Afrique, l'Asie, le monde arabo-musulman. Donne-t-on d'ailleurs le même sens à ces mots à Zagreb, à Varsovie, à Paris, à Bruxelles, à Genève, à Washington ou à Cambera ? Sans doute non. Tout dépend ici notamment de l'histoire et d'abord de l'histoire de l'Etat, de sa configuration, du rôle positif ou néfaste qu'il a pu avoir dans le passé. Ne l'oublions jamais.

Cependant, par-delà les différences dues à ces enracinements divers, je crois que les défis auxquels nous sommes confrontés aujourd'hui appellent aujourd'hui comme hier, non pas certes un seul type de serviteur de l'Etat, un seul type de service de l'Etat mais à tout le moins une même exigence sans cesse présente : le sens du service public et l'exemplarité professionnelle.

Pour ma part je crois que l'évolution en cours, qui épouse les contours de la transformation en cours de l'Etat, affecte la manière de servir l'Etat. D'où les deux temps de réflexion sur le sens du service de l'Etat tant je pense que nous sommes passés d'une conception classique du service de l'Etat qui correspondait à un Etat fort et incontesté à une conception contemporaine qui s'élabore dans le cadre d'un Etat amoindri et contesté mais dont le rôle néanmoins demeure essentiel pour faire face aux périls qui nous menacent.

1. LA CONCEPTION CLASSIQUE DU SERVICE DE L'ETAT

Cette conception, je la qualifierai volontiers de monarcho-républicaine. Je pourrai la qualifier également de conception sacerdotale. Elle reposait sur une mystique du service public. Le fonctionnaire, l'agent public, dans le discours de légitimation républicaine du service public à la française – synthèse de libéralisme et de socialisme- pris en charge par une administration, bras armé de l'Etat. L'administration se pense en surplomb de la société. Elle en est séparée. Elle est transcendante. Cette transcendance, cette verticalité de l'Etat plonge ses racines dans le modèle administratif français forgé tout au long de l'ancien-régime, et pour certains dès le moyen-âge, par les légistes royaux et qui donne déjà ses traits à l'administration moderne : centralité et puissance.

La Révolution puis la profonde refonte napoléonienne en recueillent l'héritage tout en le remodelant. La République y adjoindra sa mystique égalitaire. La grande modernisation de l'Etat entamé à la Libération de l'occupation nazie y apporte sa dernière touche avec notamment la création en 1945 de l'Ecole Nationale d'Administration, école des cadres de l'Etat promis aux prestigieuses carrières et le

premier statut général de la fonction publique de 1946. L'Etat français répond peu ou prou à la conception hégélienne d'un Etat exerçant sa tutelle sur la société civile.

Je prendrai un exemple pour illustrer ce modèle de fonctionnaire, de serviteur de l'Etat, celui de Simon Nora (frère du grand historien Pierre Nora), lequel a incarné avec éclat un modèle de carrière qui occupe une place spécifique dans l'imaginaire français, celle du «grand commis de l'Etat». Résistant dans le Vercors, élève de la toute première promotion de l'ENA (promotion « France Combattante ») en 1946-1947, conseiller à Matignon sous Pierre Mendès France (1954-1955) puis Jacques Chaban-Delmas (1969-1972), directeur de l'ENA de 1982 à 1986, il a laissé le souvenir rayonnant d'«un de ces grands fonctionnaires libres, imaginatifs et courageux grâce auxquels, depuis des siècles, la France tient debout», selon l'expression de Michel Rocard. Simon Nora qui a voué sa vie au service de l'Etat voyait en lui le tueur de la société et le garant des principes communs. Il fit partie d'une génération de hauts-fonctionnaires, issus de la Résistance, qui œuvra dans la discrétion, mais avec une efficacité remarquable pour rebâtir et construire la France de l'après-guerre, qui est encore celle d'aujourd'hui dans bien des domaines.

C'est à lui que je pense - et à bien d'autres s'agissant du service de l'Etat hier - quand je relis le célèbre discours de Bayeux prononcé le 16 juin 1946, dans lequel le général de Gaulle affirmait: « *L'Etat est légitime parce qu'il repose sur l'intérêt et le sentiment de la nation...tant il est vrai que les pouvoirs publics ne valent, en fait et en droit que s'ils s'accordent avec l'intérêt supérieur de la nation et s'ils reposent sur l'adhésion confiante des citoyens* ».

On comprend bien, dès lors, que de Colbert à l'Etat-providence, les fonctionnaires dévoués à l'intérêt général, se sont en quelque sort identifiés dans l'image que leur renvoyait le miroir de l'Etat et que le sort de l'un est indissociable du destin des autres.

Quelles sont les valeurs du service public dans cette conception classique ? Quelle image l'Etat, l'administration, d'une part, et ses serviteurs, d'autre part, renvoient-ils à la société ? Pour le dire en quelques mots, les valeurs traditionnelles du service public français me semblent toutes entières contenues dans les « *lois du service public* » identifiées dans les années trente par le professeur Louis Rolland (on parle d'ailleurs aussi bien des lois de Rolland). La continuité, l'égalité, la neutralité sont les trois piliers de la constitution imaginaire de l'administration, c'est-à-dire des valeurs qui sont autant de légitimation, que cette dernière a élaboré pour justifier son pouvoir, l'existence d'un droit dérogatoire, l'existence d'un juge spécial - le juge administratif - séparé du juge ordinaire.

A cet égard, comme le rappelle le professeur Jacques Chevallier, avec l'avènement du service public, l'Etat « n'est plus perçu seulement comme une autorité distante et majestueuse, une sorte de divinité inaccessible et redoutable, inspirant crainte et révérence: érigé en tuteur de la collectivité et en protecteur de chacun, il est désormais considéré comme exclusivement préoccupé du bien-être, de

l'épanouissement, du bonheur des administrés ; bénéficiant d'un triple postulat de bienveillance, d'omniscience et d'infailibilité ».³

Dans la fonction publique, le cadre axiologique du service de l'intérêt général va permettre de construire une authentique déontologie de la fonction publique, sans cependant que celle-ci ressente le besoin de la modéliser en tant que telle tant elle a semblé, pendant longtemps, aller de soi.

J'ai évoqué déjà cette dimension sacerdotale de la fonction publique si prégnante en France. Etre fonctionnaire, c'est ne pas un être un travailleur comme les autres. Ce n'est pas un métier mais une mission. Les grands principes du droit français de la fonction publique traduisent parfaitement cette image du fonctionnaire au service exclusif de l'intérêt général. Les valeurs classiques du service public sont celles de continuité (l'Etat ne dort jamais), d'égalité (fondement du pacte républicain), de mutabilité (nécessité de s'adapter au réel), de désintéressement et d'honnêteté (garant de légitimité et de la confiance de la société), de loyauté et d'obéissance (l'administration est au service du pouvoir démocratique et non l'inverse), de dignité des fonctions enfin (le fonctionnaire est en quelque sort l'incarnation du service public auprès des administrés) qui renvoie aux piliers de la conduite bonne (comme il y a une vie bonne dans la philosophie grecques) : le désintéressement (on sert l'Etat, on ne s'en sert pas), la neutralité (le serviteur de l'Etat range au vestiaire ses opinions de toutes sortes), le sens du service (ou le sens de l'Etat) qui implique le dévouement, l'engagement permanent, la disponibilité.

Tel fut, tel est encore le « modèle français ». Evidemment, l'idéal n'a pas toujours correspondu à la réalité. L'image que l'administration française, dont la légitimité a fait longtemps l'objet d'un consensus fort dans la société française, n'a pas toujours été à la hauteur des valeurs qu'elle portait. L'opinion publique comme la littérature, la chanson puis plus tard le cinéma s'est souvent moqué de « *l'esprit fonctionnaire* » supposé être casanier, frileux, méfiant et bien souvent irresponsable. Combien de quolibets plus ou moins malveillant sur les « *budgétivores* », les « *bureaucrates* », les mystérieux occupants des « bureaux ». Que l'on songe aux *Mœurs administratives* d'Ymbert (1828), aux fameux *Messieurs les ronds de cuir* de Georges Courteline.

Sur un mode moins humoristique, beaucoup ont dénoncé le culte du secret, l'arbitraire, l'autorité abusive, sinon la corruption parfois une tendance au népotisme, l'insuffisance des contrôles malgré l'édification, à partir de la fin du XIX siècle, de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui s'est montrée très vite soucieuse de protéger les libertés publiques et d'encadrer la puissance publique, notamment en utilisant à merveille cet outil, à la fois extraordinaire dans son principe et simple dans son usage, qu'est le recours pour excès de pouvoir. Il ne faut pas prendre ces critiques (elles existent encore aujourd'hui) pour négligeables. Elles ont un fond de vérité incontestable. Elles soulignent surtout la distance qui peut exister entre la conscience que les agents publics ont de leur charge et celle que la société

³ Jacques Chevallier, *Le service public*, collection Que Sais-je ?, PUF, 1994, 3^e ed. p. 34.

a de ses fonctionnaires, distance que les responsables politiques et administratifs doivent sans cesse s'astreindre à réduire. C'est pourquoi, les valeurs classiques qui viennent d'être exposées doivent continuer d'être des valeurs fondamentales du service public. Sans elles, il n'y a plus de service public. Cependant, depuis les trois dernières décennies du XXe siècle, ce modèle est entré en crise et nous assistons à la naissance d'une nouvelle conception du service de l'Etat et des valeurs du service public que nous allons maintenant essayer d'identifier, celle que j'appelle la conception contemporaine.

2. LA CONCEPTION CONTEMPORAINE DU SERVICE DE L'ETAT

Dans une note de synthèse établie en 2000 par l'OCDE sur la gestion publique, analysant les mesures de 29 pays membres de l'OCDE pour renforcer l'éthique dans le service public, les huit valeurs essentielles du service public les plus fréquemment citées sont l'impartialité, la légalité, l'intégrité, la transparence, l'efficacité, l'égalité, la responsabilité et la justice. Selon le même rapport, *« l'évolution du secteur public exige une formulation claire des valeurs essentielles. Plus d'un tiers des pays de l'OCDE ont reformulé les valeurs fondamentales du service public durant les cinq dernières années, et de nouvelles révisions sont en cours. Lors de ces examens, les pays ont remis l'accent sur les valeurs 'traditionnelles' tout en leur donnant un contenu moderne et en leur ajoutant des valeurs 'nouvelles' qui définissent les exigences d'un service public de plus en plus axé sur les résultats »*.⁴ Dans cette même note, on peut lire que *« Les citoyens attendent des fonctionnaires qu'ils servent l'intérêt général en faisant preuve d'impartialité et en gérant quotidiennement les ressources publiques de manière appropriée. Un service public équitable et fiable inspire confiance au public. Il crée aussi un environnement favorable pour les entreprises, ce qui contribue au bon fonctionnement des marchés et à la croissance économique. L'éthique dans le service public est nécessaire à la confiance du public et la renforce; elle constitue la clé de voûte d'une bonne gouvernance »*.

Voilà, me semble-t-il une bonne prise de vue de ce qui se passe sous nos yeux. Mais quelle signification a cette mutation – si mutation il y a – ou cette révision générale des valeurs (comme l'on a pu parler en France de révision générale des politiques publiques).

La nécessité d'une nouvelle gestion publique dont les impératifs se sont imposés partout, nous en connaissons évidemment les prémisses.

Le triomphe idéologique du néo-libéralisme, la remise en cause de l'Etat-providence et de son interventionnisme dans le secteur économique, la réduction du périmètre du secteur public qui s'en est suivie, le recours de plus en plus important au mode d'action contractuel, à la sous-traitance et à la délégation à des partenaires

⁴ Note de synthèse de l'OCDE sur la gestion publique / Renforcer l'éthique dans le service public : Les mesures des pays de l'OCDE/ Note de synthèse n°7.

privés, la crise économique et la disette budgétaire, la plus grande autonomie, parfois empreinte de méfiance et scepticisme, d'une société civile plus individualiste vis-à-vis des institutions publiques, une plus grande exigence des citoyens en terme d'information, de transparence et de participation à la prise de décision, sans parler de la reconfiguration des souverainetés à l'œuvre dans le cadre de la construction européenne.

Désormais, l'Etat, le service public n'occupe plus cette position de surplomb vis-à-vis de la société que j'ai évoqué plus haut. Son autorité est contestée, son pouvoir concurrencé, son prestige assurément amoindri. L'Etat doit faire ses preuves et désormais rendre des comptes.

Cette nouvelle donne oblige incontestablement l'Etat à se réformer. Ce nouveau contexte oblige certainement à redéfinir l'éthique d'un service public renouvelé. On remarquera, au passage, que la thématique de l'éthique du service public, que la thématique de la déontologie dans la fonction publique, ont prit un essor considérable et donné naissance à une littérature imposante. Il ne faut évidemment pas s'en étonner. La conception classique des valeurs ne suffisait plus dans ce nouveau paysage. Pour certains auteurs, la fonction publique est en crise identitaire. Elle a perdu beaucoup de son attractivité auprès des élites. Des questions nouvelles sont apparues, des dangers inédits ont été identifiés dans un contexte où les frontières entre public et privé, Etat et marché sont de plus en plus poreuses. Les services publics n'ont plus affaire seulement à des administrés, à des usagers mais de plus en plus à des clients, lesquels exigent efficacité et qualité du service rendu.

La France s'est ainsi engagée, comme de nombreux pays, dans un processus de réforme de ses services publics, marquée notamment par la loi du 2 février 2007 dite de modernisation de la fonction publique dont l'ambition est de permettre de rendre plus souple la gestion des ressources humaines, par la loi du 3 août 2009 sur la mobilité et les parcours professionnels ou encore par la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie des fonctionnaires que j'ai évoqué lors des 11^e journées juridiques franco-croates. Désormais, le statut général, sans être remis en cause dans son principe, subit de nombreuses adaptations en termes de GRH et de mobilité des agents. La prise en compte dans la rémunération du mérite personnel des agents, de leur efficience et de leur efficacité, augmente sensiblement. Selon certains auteurs, on assiste, sous l'influence du droit communautaire de l'Union Européenne, à une convergence entre le droit de la fonction publique et le droit du travail. Des rapports importants, en 2003 (rapport Pochard) et en 2008 (Livre blanc) ont ouvert la voie à une réflexion d'ensemble sur une future fonction publique de métier (et non plus de carrière).

L'heure est au décloisonnement, à la simplification, à la fluidité de gestion. La question éthique ne pouvait rester étrangère à cette mutation. Quelles valeurs pour la fonction publique de demain ? Quelles valeurs pour lui permettre, sinon de reconquérir, du moins de préserver la confiance des citoyens qui hier comme aujourd'hui attendent des fonctionnaires impartialité et intégrité ? On le voit, les questions sont nombreuses car les nouvelles valeurs préconisées, telles que

l'efficacité et la performance peuvent, comme les langues, selon Esope, engendrer soit le pire soit le meilleur.

Personne, en effet, ne contestera le fait que l'éthique du service public est essentielle à la bonne marche de l'Etat et à sa bonne gouvernance et fait partie des paramètres à prendre en compte pour apprécier la qualité des prestations fournies. Personne également ne contestera que l'efficacité et la performance soient désormais reconnues comme des valeurs du service public. Mais que signifie la performance (pour se limiter à elle) dans le service public ? Comment mesure-t-on la performance du service public de la justice ? Selon quels indicateurs ? Le nombre de jugements rendus ? Le délai de traitement du dossier ? La clarté des décisions ? D'emblée, on le voit, les questions se multiplient, en suscitent d'autres.

Des réformes importantes ont été entreprises dans les services publics pour les rendre plus performants. Il y a des réussites incontestables. Je ne citerai que l'exemple de la juridiction administrative qui a réussi avec succès l'épreuve de l'informatisation et de la dématérialisation des procédures ou qui s'est convertie avec brio, au début de ce siècle, à la culture de l'urgence en gérant avec maîtrise l'introduction des référés d'urgence dans la procédure contentieuse. Mais il y a aussi, ne le cachons pas, beaucoup d'inquiétude, une forme de mélancolie administrative chez de nombreux fonctionnaires, à tous les étages de la hiérarchie, qui craignent, dans ce climat d'insécurité et d'incertitude sur le sens de l'action publique, qui parfois ignorent comment agir et se déterminer dans un nouvel environnement en mutation permanente.

Malgré ces incertitudes parfois angoissantes du présent, je persiste à penser que l'Etat demeure nécessaire et que nulle autre institution ne saurait se substituer à lui. Mais nécessaire pour quoi faire ? Répondre à cette question est l'objet de ses journées et sans doute n'épuiserons-nous pas le sujet. En quelques mots : moins d'Etat qu'autrefois, à l'époque évoquée dans la première partie de cette intervention mais mieux d'Etat aujourd'hui. S'il est absurde de confier à l'Etat des tâches ou des missions que le marché fait mieux, il n'en serait pas moins absurde de prétendre que le marché peut tout faire. Ainsi que l'exprimait il y a plus de trente ans déjà Simon Nora, encore lui, en des propos qui restent d'une parfaite actualité et que je m'approprie ici : *« A la racine des préférences pour l'Etat telles qu'elles se sont historiquement manifesté, il y a un hommage à la rationalité. Elles procèdent de l'idée qu'entre le marché, mécanisme spontané, et une décision délibérée qui prend en compte l'intérêt public, entre ces deux sortes de régulations, il y en a une qui est infiniment préférable à l'autre parce qu'elle véhicule plus de rationalité. C'est le point essentiel par rapport auquel il faut se situer : c'est à la fois vrai et faux. Il y a indéniablement des éléments qui échappent au marché. Le marché est un système de régulation préférable à chaque fois qu'il remplit les fonctions qu'on en attend. Mais il repose sur une information pauvre et dessine un horizon bref. Il ne véhicule que des intérêts marchands à court et à moyen terme. Ce qui échappe au marchand, ce qui porte du sens, ce qui porte de la culture, ce qui relève du temps long échappe au*

*marché. Quoiqu'il arrive, donc, il y aura un champ qui ne pourra pas ne pas relever de décisions régaliennes, soumises à des mécanismes de régulation politique ».*⁵

C'est bien ce champ évoqué par Simon Nora qui est l'apanage de l'Etat hier comme aujourd'hui et peut-être serions-nous tenté de dire, davantage encore aujourd'hui qu'hier si l'on songe aux défis auxquels doivent faire face les Etats dans un monde multipolaires et des économies ouvertes tels que la sauvegarde de l'environnement, les flux migratoires, l'accès aux ressources vitales, la menace que fait peser sur nos libertés les nouveaux outils de communication, les angoisses sur l'intégrité de l'être générées par les avancées stupéfiantes de la biomédecine. Pour ma part, j'ai la ferme conviction que pour décider, délibérer ou réguler sur ces questions cruciales, il est préférable que ce soit l'Etat qui s'en charge et non le marché symbolisé aujourd'hui par les GAFAs.

C'est pourquoi, plus que jamais, l'éthique du service public, la déontologie des fonctionnaires sont des garde-fous nécessaires. Cependant, plus que jamais les serviteurs de l'Etat doivent avoir une conscience claire de ce qu'est l'Etat. Ils doivent avoir une « idée de l'Etat » et de sa stratégie pour prendre en charge l'intérêt général, savoir ce qu'est aujourd'hui l'intérêt général, identifier clairement les missions de l'Etat dans l'ensemble des domaines qui doivent être soustrait à l'empire des marchés. D'une certaine manière, ne pourrait-on pas dire que le champ qui ne peut pas relever de décisions régaliennes comprend tout ce qui ne relève pas – ou pas seulement d'une appréhension comptable du monde, tout ce qui ne relève pas de la quantification, tout ce qui ne peut s'évaluer à l'aune du seul étalon monétaire : outre les fonctions régaliennes par nature, n'est-ce pas cela la mission régulatrice et pacificatrice de l'Etat ; je pense ici à la lutte contre les changements climatiques, à la protection sociale, à la protection de l'environnement, à la préservation du patrimoine, à la promotion de la culture, et bien d'autres domaines... Servir l'Etat demande d'avoir une idée de l'Etat aujourd'hui et de s'interroger sans cesse sur ce que signifie servir aujourd'hui cet Etat d'aujourd'hui. C'est pourquoi, quelle que soit les modèles de fonction publique propre à chaque pays,- fonction publique de carrière, fonction publique d'emploi, mixte des deux, que l'on recourt au statut ou au contrat- nul ne peut faire l'économie d'une éthique clair du service public et de règles déontologiques affirmées pour les serviteurs de la chose publique. C'est pourquoi également, sans préjugé ni tabous, à l'heure où le service de l'Etat connaît en France comme en Croatie comme dans l'ensemble des pays de l'Union européennes des mutations profondes, il revient en particulier aux cadres de la fonction publique de conduire la modernisation des services en optimisant l'ensemble des moyens mis à leur disposition, la difficulté étant de concilier efficience et respect des valeurs démocratiques.

Nonobstant ces transformations, on attend du fonctionnaire, aujourd'hui comme hier, on exigera encore plus de lui demain, comme l'écrit Marcel Pochard, conseiller d'Etat, ancien DGAFP, « *le sens du service public et l'exemplarité professionnelle*

⁵ SERVIR L'ÉTAT. Entretien avec Marcel Gauchet. Simon Nora. Gallimard « Le Débat ». 1986/3 n° 40, pages 85 à 112.

déontologique » . Plus que jamais aujourd'hui, le serviteur de l'Etat est voué à maîtriser les « Titans » à l'œuvre dans le monde qu'évoque encore Marcel Pochard :

« maîtrise incontrôlé du vivant, manipulations génétiques, arsenaux nucléaires, terrorisme, atteinte à l'environnement, dérèglements financiers, capitalisme sauvage, bouleversements géopolitiques »⁶.

Tout récemment, dans des circonstances dramatiques, un homme, un fonctionnaire, un militaire est venu nous rappeler tout le sens, le sens ultime du service public et de l'exemplarité. Je voulais citer ici bien sûr le nom du colonel Arnaud Beltrame dont je rappelle qu'il a été assassiné, le vendredi 23 mars 2018, par un terroriste islamiste lors de l'attaque d'un supermarché à Trèbes dans le sud de la France en prenant volontairement la place d'une jeune femme retenue en otage.

Mais au-delà de ce sacrifice, plus que jamais servir l'Etat aujourd'hui exige une conscience claire des devoirs du fonctionnaire et servir aujourd'hui l'Etat implique de savoir que ce dernier ne ressemble plus à ce qu'il était hier pour imaginer ce qu'il pourra être demain. Autrement dit, plus que jamais, nous aurons besoin de ces *« grands fonctionnaires libres, imaginatifs et courageux »* qu'évoquait Michel Rocard en parlant de Simon Nora. *Je crois qu'hier comme aujourd'hui servir l'Etat requiert cette liberté dans la recherche des meilleures solutions, cette imagination – parce que l'avenir n'est pas écrit d'avance-, ce courage pour faire tenir l'Etat debout contre toutes les menaces.*

Je conclus avec Hannah Arendt. Cette dernière avait, comme chacun sait, assisté au procès Eichmann. A cette occasion elle avait constaté quelque chose qui ne laissa pas de la surprendre : *« aussi monstrueux qu'aient été les faits, l'agent n'était ni monstrueux ni démoniaques, et la seule caractéristique décelable dans son passé comme dans son comportement durant le procès et l'interrogatoire de police était un fait négatif : ce n'était pas de la stupidité mais une curieuse et authentique inaptitude à penser »⁷.*

Ce constat, terrifiant, qui vaut pour un bureaucrate criminel contre l'humanité vaut, quoiqu'en en veuille, quoiqu'en en pense, dans le cours normal des choses, pour tout fonctionnaire au service de la puissance publique. La déontologie est l'affaire de tous. Elle est aussi, et peut-être avant tout, l'affaire de chacun. Les valeurs démocratiques n'existent que si elles sont incarnées. L'éthique n'a de sens que si elle constitue pour les serviteurs de l'Etat, aujourd'hui comme hier, une invitation permanente et impérieuse à la pensée, à ne jamais s'en remettre à l'habitude, à l'obéissance aveugle et au confort intellectuel.

⁶ Marcel Pochard, *Les 100 mots de la fonction publique*, collection Que sais-je ? PUF, 2011, p. 123.

⁷ *Considérations morales*, Rivages Poche, Mary McCarthy (Préface), Marc Ducassou (Traduction)

SAŽETAK:

SLUŽITI DRŽAVI: VREDNOTE I ETIKA U JAVNOJ SLUŽBI – OD DOBROG PONAŠANJA DO DOBROG UPRAVLJANJA

Država nije samo pravna konstrukcija niti se može sažeti na njene procedure i legitimna ograničenja. Država se sastoji od fizičkih osoba koje na različite načine usmjeravaju njenu djelatnost. Načini opsluživanja države prije svega se temelje na stalnom razmatranju važnosti tih dužnosti i filozofije države. Stoga se stalno javlja ovo pitanje: služimo li državi kao što smo to činili prije? Odgovor na ovo pitanje svakako nije isti svugdje. Dužnosnici u Republici Hrvatskoj sigurno neće odgovoriti na to pitanje kao dužnosnici u Republici Francuskoj. Dajemo li tim riječima isto značenje u: Parizu, Bruxellesu, Zagrebu ili Washingtonu? Bez sumnje odgovor je ne. Odgovor na ovo pitanje uvjetovan je poviješću određenog stanja i njegovom konfiguracijom. Međutim, bez obzira na postojeće razlike, smatramo da su izazovi koji nas danas suočavaju isti kao i oni prije, s obzirom na to da je jedan zahtjev i dalje isti, a to je: osjećaj pripadnosti javnoj službi i profesionalni primjer. Evolucija je svakako još uvijek u tijeku i povezana je s transformacijskim oznakama države koje nedvojbeno utječu na služenje državi. Stoga se u ovom članku raspravlja o klasičnom i suvremenom konceptu javne službe.

Laurent Cabrera*

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.

* Conseiller d'État, rapporteur à la section de l'administration et à la section du contentieux

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'usager 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 règlement 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 référent 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 référent déontologue par l'administration est juridiquement obligatoire. Le référent 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 référent 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 référent 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 financier) 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...

SAŽETAK:

DEONTOLOGIJA JAVNIH SLUŽBENIKA

Deontologija javnih službenika predstavlja skup etičkih pravila, dužnosti i profesionalnih načela kojima se uređuje ponašanje zaposlenih u javnoj upravi. U Francuskoj je posljednjih desetljeća doneseno više propisa kojima se jača transparentnost, integritet i povjerenje građana u javne institucije. Deontologija se temelji ne samo na poštivanju pravnih pravila, nego i na razvijanju etičke svijesti i odgovornosti. Obveze javnih službenika dijele se na dvije skupine. Prva skupina odnosi se na opća moralna načela koja proizlaze iz statusa „poštene osobe“. Službenici moraju pokazivati dostojanstveno i profesionalno ponašanje prema građanima i kolegama, poštivati načelo nepristranosti te izbjegavati sukobe interesa i svako djelovanje motivirano osobnom koristi. Posebno se naglašava važnost probitka javnog interesa iznad privatnih interesa. Druga skupina obveza proizlazi iz same prirode javne službe. Službenici su dužni poštivati obvezu suzdržanosti u javnom izražavanju stavova, načelo političke i vjerske neutralnosti te obvezu povjerljivosti podataka i profesionalne tajne. Također su obvezni izvršavati naloge nadređenih, osim kada je riječ o očitoj nezakonitosti koja bi mogla ozbiljno ugroziti javni interes. Rad također opisuje mehanizme prevencije povreda deontoloških pravila. Posebnu ulogu imaju edukacija, etički kodeksi i referenti za deontologiju koji savjetuju službenike. Uvedene su i obveze prijavljivanja interesa i imovine za određene funkcije te nadzor prelaska zaposlenika iz javnog u privatni sektor. Značajna je i zaštita zviždača koji prijavljuju nezakonitosti ili nepravilnosti. U slučaju kršenja deontoloških obveza predviđene su disciplinske i kaznene sankcije. Povrede poput korupcije, pogodovanja, zlouporabe ovlasti ili sukoba interesa mogu dovesti do kaznenog progona i gubitka prava na obavljanje javne službe. Načela javne etike nisu novina, budući da su još u srednjem vijeku postojala određena pravila o nepristranosti i zabrani primanja darova. Današnji propisi predstavljaju nastavak dugotrajne borbe za očuvanje integriteta javne vlasti i povjerenja građana.

Carine Soulay*

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 entrainée 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.

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

¹ Ordonnance n° 2021-1574 du 24 novembre 2021 portant partie législative du code général de la fonction publique

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.

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

² Loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires

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 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

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

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 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.

⁷ Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique

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.

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 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.

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.

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

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.

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.

SAŽETAK:

PRAVNA POVEZNICA (VEZA) IZMEĐU ZAPOSLENIKA I JAVNIH SLUŽBENIKA: STATUT I UGOVOR, SUPROTNI ILI KOMPLEMENTARNI?

Rad analizira razvoj francuskog sustava javne službe od 1946. godine do danas, s posebnim naglaskom na odnos između zapošljavanja službenika na temelju statuta i zapošljavanja putem ugovora. Francuski model javne uprave tradicionalno se temelji na statusu državnih službenika („fonctionnaires“), koji imaju poseban pravni položaj, sigurnost zaposlenja i karijerni sustav napredovanja. Temelj tog sustava postavljen je Zakonom iz 1946., a dodatno potvrđen zakonima iz razdoblja 1983.–1986., koji i danas čine osnovu francuskog javno-službenog sustava. Iako je statutarni model dugo bio dominantan, od početka 21. stoljeća značajno raste broj ugovornih zaposlenika u javnom sektoru. Razlozi za to uključuju ograničenja javne potrošnje, potrebu za većom fleksibilnošću uprave te potrebu za stručnjacima u novim područjima, posebno u digitalnim zanimanjima. Reforma iz 2019. dodatno je proširila mogućnosti zapošljavanja ugovornih službenika, uključujući i rukovodeće pozicije. Danas ugovorni zaposlenici čine oko 22 % svih zaposlenih u

francuskoj javnoj upravi. Međutim, statut i ugovor nisu suprotstavljeni modeli, nego komplementarni oblici javnog zapošljavanja. Statutarni sustav ostaje važan zbog stabilnosti, profesionalne neovisnosti i privlačnosti javne službe, dok ugovorni odnosi omogućuju veću prilagodljivost potrebama uprave. Istodobno se pravni položaj ugovornih zaposlenika sve više približava položaju državnih službenika, osobito u području zapošljavanja, prava i mogućnosti profesionalnog razvoja. Glavni izazov za javne poslodavce danas jest osigurati kvalitetne kadrove, učinkovite javne usluge i privlačne uvjete rada za sve zaposlene u javnom sektoru.

Prof. dr. sc. Bosiljka Britvić Vetma*

Prof. dr. sc. Frane Staničić**

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

* 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&documentId=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.)

odluke Ustavnog suda izazivalo veliko zanimanje i nevjericu, kao i pregledom 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 oslova 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, proizlazi 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 zahtijeva 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 zaštite.²³ Međutim, ocjena je Ustavnog suda da se time ne poštuje čl. 44. Ustava.

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.

²³ „Provedba javnog natječaja obavezan 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 sudskopravne 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.

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 (primatka) 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 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

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.“

²⁵ Đerđa, D., *Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj*, Inženjerski biro, Zagreb, 2010., str. 345. Đerđa kao primjer uzima situaciju u kojoj osoba smatra da je javnopravno tijelo neopravdano ocijenio 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.

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

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

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 povrijedeno 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.

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 osvrtnima 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.

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 ostaloga, 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 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

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.

³⁵ *Ibid.*, str. 526.

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 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.

³⁶ *Ibid.*, str. 527.

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

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.

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

⁴⁰ Tako vidi, primjerice, rješenje VUS Usž-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 prvostupanjskog 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: Usž-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 prvostupanjskog rješenja stranka ima pravo izjaviti žalbu drugostupanjskom 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 prvostupanjskom sudu na ponovni postupak da meritorno odluči o tužbenom zahtjevu tužiteljice odgovarajućom primjenom odredbe članka 156. ZUP-a.“.

Vrlo slično stajalište VUS iznosi u rješenju Usž-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 prvostupanjskog 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 prijemom u javne službe. Naime, postavljaju se pitanja na koja je

⁴¹ Vidi rješenje VUS Usž-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 najboljega 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 najboljega 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) odluči 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

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

⁴⁸ *Ibid.*

ako bi tužitelj od suda zatražio izvršenje presude temeljem članka 81. stavka 3. 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.

RÈSUMÉ:

L'ACCÈS À LA FONCTION PUBLIQUE EN DROIT CROATE

Cet article analyse le droit d'accès à la fonction publique dans le système juridique croate, en mettant l'accent sur la protection juridique des candidats lors des procédures de recrutement. La Constitution croate garantit à chaque citoyen le droit d'être admis dans les services publics dans des conditions d'égalité. Cependant, pendant de nombreuses années, les candidats non retenus ne disposaient d'aucun moyen efficace pour contester la sélection d'un autre candidat. Cette situation résultait de l'application des règles du droit du travail, qui ne prévoyaient pas de protection juridictionnelle spécifique pour les personnes non sélectionnées. Un changement majeur est intervenu à la suite d'une décision de la Cour constitutionnelle rendue en 2019. Celle-ci a affirmé que le droit d'accès égal aux emplois publics implique non seulement l'égalité formelle entre les candidats, mais également la possibilité de faire contrôler la légalité de la procédure de sélection par une juridiction. Les procédures de recrutement dans les établissements publics ont ainsi été qualifiées d'« autres actions des autorités publiques », ouvrant la voie à des mécanismes de recours prévus par le droit administratif. Désormais, un candidat non retenu peut introduire une réclamation auprès de l'autorité compétente puis, si nécessaire, saisir le tribunal administratif. L'article examine les conséquences de cette évolution jurisprudentielle, les modalités de la nouvelle protection juridique ainsi que les difficultés pratiques rencontrées dans son application. Il conclut que cette réforme a considérablement renforcé la protection du droit constitutionnel à l'égalité d'accès aux emplois publics, tout en soulignant que certaines questions demeurent encore insuffisamment clarifiées par la législation et la pratique judiciaire.

Charlotte Denizeau*

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*

* Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas, Paris 2

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, *Delle 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 aigue 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 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 d'apporter tout conseil utile au respect du principe de laïcité à tout fonctionnaire ou chef de service qui le consulte.

¹³ Voir les exemples *infra*.

¹⁴ n° 2021-1109

¹⁵ <https://www.gouvernement.fr/le-comite-interministeriel-de-la-laicite>

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'utilisateur 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'écarter 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 candidat des questions sur son origine et ses pratiques confessionnelles, ainsi que sur celles de son épouse²¹.

¹⁶ CE, 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre*, n°46.027, Rec. p. 561

¹⁷ CE, 8 déc. 1948, *Delle 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, *Delle Jamet*, Lebon 247

²¹ CE, 10 avril 2009, *M. E. H.*, Req. n° 3119888

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 cette raison constituent des mesures purement gracieuses mais sont dépourvues de tout caractère impératif²⁸.

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.

²⁸ CE 19 nov. 2004, n° 265064, *Marty*, *AJDA* 2005. 226

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

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.

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 ».

Application pratique : une barbe trop longue ?

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 enfant* »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

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

en compte la jurisprudence de la Cour de cassation. Il est désormais prévu à l'article 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 ».

SAŽETAK:

NAČELO NEUTRALNOSTI U FRANCUSKOJ JAVNOJ SLUŽBI

Načelo neutralnosti predstavlja temeljno načelo francuske javne službe. Ono je posebno povezano s načelom laičnosti (laïcité). Njegovi korijeni nalaze se u Zakonu od 9. prosinca 1905. o odvajanju Crkve i države, kojim je ukinut konkordat između države i Crkve te čime je uspostavljena neutralnost odnosa između države i religije. Francuska ne priznaje, ne financira te ne favorizira ni jednu religiju. Istodobno jamči slobodu savjesti i vjeroispovijedi. Ustav iz 1946., a potom i Ustav iz 1958., dodatno potvrđuju da Francuska predstavlja „laičku republiku“ koja poštuje sva uvjerenja te osigurava jednakost građana bez obzira na njihovo vjerska opredjeljenja. Načelo neutralnosti posebno se primjenjuje na javne službenike jer oni predstavljaju javnu službu, odnosno državu. Prema francuskom upravnom pravu, javni službenici moraju jednako postupati prema svim građanima te tijekom rada ne smiju izražavati politička, vjerska ili filozofska uvjerenja. Ta je obveza danas propisana u Općem kodeksu javne službe, koji nalaže poštovanje „načela laičnosti“ i zabranu manifestiranja religijskih uvjerenja tijekom službe. Istodobno, javnim službenicima zajamčena je sloboda mišljenja i vjeroispovijesti izvan službe te zaštita od diskriminacije zbog njihovih uvjerenja. Zabranjeno je donositi odluke o zapošljavanju, napredovanju ili sankcioniranju zaposlenika na temelju religije ili političkih stavova. Sudska praksa pokazuje da se neutralnost najčešće odnosi na religijske simbole i ponašanja u službi koje može dovesti u pitanje nepristranost javne službe.

Francuski sudovi i Europski sud za ljudska prava priznaju da država može ograničiti javno iskazivanje religije u javnoj službi radi zaštite neutralnosti i jednakog postupanja prema korisnicima javnih usluga. Posljednjih godina Francuska dodatno jača ovo načelo kroz zakone usmjerene protiv separatizma i kroz uvođenje „referenata za laičnost“ koji educiraju službenike i nadziru primjenu načela neutralnosti.

Jacques Caillosse*

RÉFLEXIONS SUR L'ÉVOLUTION DU DROIT FRANÇAIS DU SERVICE PUBLIC

UDK: 342: 53 (44)

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: 10. 12. 2016.

Un Etat n'est pas un empilement de fonctions, ni une armée d'employés, ni une association d'intérêts en conflit. Pour accomplir ses missions, parvenir aux perfectionnements administratifs, il doit être investi par des croyances.

Pierre Legendre,

Fantômes de l'Etat en France. Parcelles d'histoire,

Fayard, 2015, p.198

1.- Ovo izlaganje sadrži (kratki) prikaz ažuriranog stanja klasičnog pitanja: razvoja francuskog prava javne službe. Kroz ovu temu ćemo propitivati promjene koje su utjecale i nastavljaju utjecati na upravno pravo. Ne samo da se upravno pravo može svesti na pravo javne službe, već i, kao što iskustvo pokazuje, promjene koje doživljava javna služba – njezin koncept i pravni režim – imaju veliki utjecaj na sveobuhvatni sustav odnosa koje uprava ima sa „svojim“ pravom. U prilog toj tezi, ponudit ćemo dvostruku demonstraciju. 2.- Prva predstavlja razmišljanje (nužno kratko) o mjestu koje zauzima javna služba u povijesnom razvoju onoga što se u Francuskoj zove „upravno pravo“. Javna služba se, zapravo, uvijek uzimala u samom kretanju tog upravnog prava (Prvi dio). U toj priči, možemo razlikovati tri velike faze (vrlo neujednačene važnosti). Nakon što je javna služba odlučno pridonijela izgradnji upravnog prava kao posebnog pravnog područja, tj. izvan područja općeg prava (1.-A), doživjet će dugo turbulentno razdoblje koje odgovara onome što doktrina uglavnom zove „krizom“ upravnog prava (1.-B). No, možda smo u posljednje vrijeme svjedoci određene stabilizacije javne službe i prava javnog djelovanja. (1.-3). 3.- Nakon izlaganja promjena u javnoj službi u dugoj upravnoj povijesti, posvetit ćemo se uočavanju preobrazbi francuskog koncepta javne službe koje su u tijeku (Drugi dio). Pravni identitet francuskog koncepta javne službe doživljava značajne preobrazbe pod naročitim utjecajem tri velike pojave: prvo, susret između prava javne službe i prava tržišnog natjecanja (2.-A), drugo, nastanak novih interakcija između javne službe/ javnih službi i teritorija (2.-B) i konačno, uključivanje prava javne službe u suvremene rasprave o sekularnosti (2.-C).

Ključne riječi: *Francuska, javno pravo, upravno pravo, pravo u javnim službama*

* CERSA/CNRS professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Observations préalables. Avant de décrire, dans leurs très grandes lignes, les évolutions qu'a connues et *continue* de connaître le droit français du service public, il convient de préciser par avance le périmètre et le contenu de l'objet à décrire. Cette opération appelle deux séries de remarques.

1.- La toute première des précautions à prendre est d'ordre méthodologique. Il y a, pour le moins, deux grandes manières de poser la question du service public. L'une relève de la science administrative, pour ne pas dire de la science politique. Ce que l'on retient alors du service public c'est, pour le dire vite, son identité institutionnelle. On l'analyse comme on le ferait de toute autre entreprise engagée dans la vie économique et sociale, productrice ou gestionnaire de biens matériels ou de prestations abstraites. Regardés ainsi, les services publics existent partout, quelque soit le nom qu'ils reçoivent. Toutes les sociétés ordonnées par un Etat connaissent, par delà sa très grande diversité, cette commune expérience du service public. L'approche proprement juridique a une tout autre visée. Ce qui est alors en jeu n'est plus la réalité matérielle du service public, indissociable de son insertion dans la vie collective, mais sa notion. Il s'agit ici d'appréhender une catégorie intellectuelle dont l'usage permet d'identifier et de classer certaines des activités constitutives d'une société déterminée.

Entre ces deux attitudes, il est bien entendu possible d'établir des rapports plus ou moins étroits. On ne saurait pour autant les confondre. Le service public existe indépendamment de son concept juridique et celui-ci peut être construit hors de l'expérience pratique des services publics. Une chose est d'examiner, en situation, des institutions appelées services publics, localisées dans des immeubles spécifiques, employant des personnels propres et agissant par des moyens singuliers. Une autre est de se demander s'il existe une notion juridique de service public dont la reconnaissance génère des effets originaux dans l'ordre du droit. En l'occurrence, pour la présente rencontre de Split, c'est cette seconde approche qu'il s'agit de développer. Il est important d'en marquer d'emblée toutes les limites : les seules interrogations qu'elle rend possibles portent sur le *concept juridique* de service public et non sur les réalités socio-économiques que l'on range par ailleurs derrière les mots de service public.

2.- Le sujet ainsi circonscrit prend place dans la partie du colloque intitulée par ses organisateurs : *Les fondamentaux du droit administratif*. Prendre l'exemple du droit du service public pour illustration de ces «fondamentaux» n'a évidemment rien de très original. Pour un juriste français, il fait même partie des thématiques obligées. Il est parfaitement habilité à affirmer, sans riquer de contestation, que l'histoire du droit administratif est indissociable de celle du service public. Certes ces deux histoires ne se confondent pas, même si au début du XX^e siècle toute une école de pensée s'était constituée dans la croyance en cette confusion¹. Mais il n'est certainement pas abusif, aujourd'hui encore, d'avancer que la théorie juridique du service public fait partie des bases intellectuelles – bref, des fondamentaux – de notre droit administratif. Il lui reste très largement redevable, même s'il s'en est éloigné.

¹ C'est de cela que Léon Duguit fit la théorie. V. son fameux Traité de droit constitutionnel en 5 volumes, éd. de Boccard, Paris, 1928

Il y a là, on ne l'ignore pas, une situation propre à la France, et il serait déraisonnable d'extrapoler à partir de cette expérience historique. Mais dès lors que l'on prétend accéder aux *fondamentaux* du droit administratif, force est de reconnaître au droit du service public un statut déterminant. C'est donc de cette *spécificité française* qu'il me faut parler. Car s'il existe partout des services publics (au sens matériel évoqué plus haut), il en va différemment de la notion de service public telle qu'elle a pu prospérer dans l'histoire du droit français de l'administration et de l'action publique.

Problématique et plan. Une fois ces préalables posés, la définition d'une problématique est envisageable. La principale difficulté de cette tâche a pour cause l'affirmation initiale selon laquelle toute confusion doit être évitée entre l'analyse de la matérialité du service public et celle du droit qui lui est applicable. Les problèmes sous-jacents à cette affirmation n'ayant pas la moindre chance de trouver une solution dans les limites du présent exercice, il faudra accepter l'usage de «raccourcis» et autres chemins de traverse !

Revenons brièvement sur les deux propositions faites plus haut : a) la juridicité est une chose, la réalité sensible en est une autre ; b) le droit du service public ne résume sûrement pas à lui seul le tout du droit administratif français. Aussi fondées soient-elles, ces deux propositions n'invalident pas pour autant le raisonnement suivant : le droit du service public «fonctionne» comme une sorte de *plaque sensible* du droit administratif dans son ensemble. Les évolutions qui traversent le premier entraînent des répercussions sur toute l'économie du second. Quant au droit administratif en général, tout invite à y voir une sorte de programme dans lequel l'Etat se définit et se *représente*. Si, comme on l'a dit, le droit administratif ne saurait être confondu avec la réalité institutionnelle et fonctionnelle de l'administration, cette dernière reste malgré tout difficilement concevable hors du droit administratif. Tel est le raisonnement qui justifie à mes yeux que l'on puisse évoquer ici, pour illustrer ce que sont les *fondamentaux* du droit administratif, l'évolution du droit du service public. L'étude de cette dernière me semble nécessiter une double démonstration.

La première porte sur la place qui revient à la notion de service public dans la constitution historique de cette discipline qu'il est convenu d'appeler, en France, le «droit administratif». Cette place ou, si l'on préfère, cette fonction n'est pas fixée une fois pour toutes. Trois grandes périodes de durée très inégale sont, de ce point de vue, susceptibles d'être distinguées : après avoir fortement contribué à la construction même du droit administratif, alors défini comme une région juridique «à part», reconnue comme devant être *exorbitante du droit commun* – celui de «tout le monde» pour parler à la manière de G. Vedel², le service public (du moins son expression juridique) va traverser une longue période de turbulences. Elles ont constitué la matière d'un véritable récit doctrinal, celui de la *crise du droit administratif*³. Cette crise serait-elle désormais derrière nous ? En s'employant

² V. G. Vedel, Préface de la septième édition à son ouvrage Droit administratif, PUF, Paris, 1980, p.20-38

³ Pour une lecture sans concession de ce «récit», v. C. Eisenmann, Cours de droit administratif, LGDJ, Paris, 1982, tome 1, p.529 et s.

dernièrement à stabiliser la notion et le régime juridique du service, la jurisprudence du Conseil d'Etat va-t-elle parvenir à stabiliser du même coup le droit de l'action publique ?

Après avoir ainsi exposé les évolutions du service public dans le temps long de l'histoire administrative française, on tâchera de saisir les transformations qui affectent aujourd'hui la matière juridique du service public dit «à la française». L'identité de ce dernier connaît d'importantes métamorphoses, *notamment* sous l'effet de trois phénomènes majeurs. Il y a eu tout d'abord sa rencontre obligée avec le droit européen de la concurrence. Il a fallu ensuite compter avec de nouvelles interactions entre le service public et le(s) territoire(s). Enfin le système juridique propre au service public n'a pu demeurer indifférent à certains débats de société, en particulier ceux relatifs au statut de la laïcité dans l'Etat.

*

1. LES FONCTIONS DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC EN DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS

On suppose pour cette première lecture du sujet que le droit du service public fournit une sorte d'*archive* de notre droit administratif. La consultation de cette archive est une ressource précieuse pour qui veut reconstituer le parcours, sinon la généalogie du système juridique propre à l'administration. Quels grands enseignements retenir de ce examen ? Nous en avons certes fini, et depuis bien longtemps, avec cette période au cours de laquelle la doctrine croyait pouvoir faire du service public le «tout» du droit administratif, comme si ces deux phénomènes juridiques étaient en quelque sorte interchangeables. La notion de service public est pourtant loin d'avoir disparu de l'horizon d'un droit administratif qu'il faut entendre dans sa double acception de droit applicable à l'action publique et de discipline scientifique. Si les usages du service public, tant dans la vie sociale que dans la théorie juridique, se sont fortement banalisés, la notion n'a pas moins survécu aux menaces qui ont pesé sur son identité. Bref, entre son «âge d'or» supposé des débuts du XX^e siècle, et sa survivance actuelle, le droit du service public a connu bien des vicissitudes. Admettons donc cette très globale reconstitution des développements du droit administratif, entre la fin du XIX^e siècle et les débuts du XXI^e siècle, autour de ces trois grandes périodes.

1.1. Service public et construction du droit administratif

Si en France comme ailleurs un corpus de règles juridiques spécifiquement conçues pour les activités de l'administration s'est constitué en appui au développement des fonctions sociales de l'Etat, ce droit a dû attendre la fin du XIX^e siècle pour se constituer en objet d'une véritable discipline scientifique, enseignée sous le nom

de «droit administratif»⁴. C'est à la faveur de ce processus - la construction d'une théorie du droit administratif -, que le service public s'est imposé comme l'une des notions emblématiques et structurantes de cette nouvelle branche du droit.

Il est impossible dans les limites de la présente étude de revenir sur la compétition qui existait à l'époque entre des écoles de pensée qui prétendaient chacune *dire le vrai* en matière de droit administratif⁵. Le sujet me conduit à l'évocation de l'une d'entre elles, l'école dite du service public, dont Léon Duguit fut en son temps le grand inspirateur⁶. Même démenties assez rapidement par l'évolution d'un droit positif alors en pleine croissance, les thèses professées par cette école ont continué de marquer durablement l'enseignement du droit administratif et les représentations les plus courantes de cette discipline. On lui doit notamment cette idée, toujours dominante aujourd'hui, que la notion même de droit administratif ne prend sens qu'au regard des seules règles de droit spécial, c'est à dire d'un droit qualifié d'*exorbitant du droit commun*, applicables à l'organisation, au fonctionnement et au contrôle de l'administration.

Si l'école du service public n'est plus aujourd'hui qu'un assez lointain souvenir, elle alimente toujours une certaine mythologie du droit administratif. D'où sans doute cette référence récurrente à son âge d'or. Période mythique au cours de laquelle cette entité juridique aurait été tout entière tributaire d'une notion unique qui lui aurait donné tout à la fois ses fondements et ses finalités. Temps heureux s'il en fut ! En ce temps-là, en effet, le droit administratif pouvait être décrit comme un système organisé et unifié autour d'un *paradigme* unique, le service public, qui informe et sous-tend toute son économie. Cet âge d'or a-t-il jamais existé ?⁷ Toujours est-il que cette fiction doctrinale a pu se constituer, laissant entendre que le droit positif avait bel et bien consacré la thèse du service public comme principe de base du système administratif français. C'est dire qu'on disposait alors – du moins – était-on censé le faire - avec ce service public d'une notion cardinale permettant la résolution de tous les grands problèmes auxquels se trouvait confronté le droit administratif entendu comme un droit exorbitant du droit commun.

Il faut prendre la mesure de ce que signifie en pratique cette proposition. Sa portée est considérable. Comme l'a montré Charles Eisenmann⁸, elle investit la notion de service public d'un triple pouvoir : a) elle aurait vocation à devenir *le* critère de solution aux problèmes de détermination du droit applicable à l'administration : pour toute question qui, d'une manière ou d'une autre, se rapporte au service public, le règlement serait à rechercher hors du droit commun. Le service public appelle en cette qualité même mise en œuvre d'un droit spécial ; b) la notion de service public

⁴ Au soutien de cette proposition, v. P. Gonod, Edouard Laferrière, un juriste au service de la République, LGDJ, Paris, 1997

⁵ Pour une présentation particulièrement éclairante de ce grand débat théorique, v. M. Hauriou, La puissance publique et le service public, préface de son Précis de droit administratif et de droit public, Sirey, Paris, 11ème édition, 1927

⁶ v. supra, les notes 1 et 3

⁷ La lecture des travaux précités de C. Eisenmann en fait sérieusement douter !

⁸ Op. cit.

serait au principe même de toutes les règles constitutives du régime administratif, c'est à dire d'un système organisé de règles originales, inapplicables aux relations entre particuliers, et spécialement conçues pour répondre aux exigences d'une administration moderne – tant en termes de ressources que de contraintes juridiques ; c) c'est encore et toujours cette même notion de service public qui, dans le domaine du contentieux administratif, servirait de justification à la compétence exclusive d'un juge spécial, le juge administratif, chargé lui-même de faire application d'un droit spécial dont il serait l'artisan principal.

Ces systématisations théorisées par l'école du service public ne seront pas confirmées par l'évolution du droit positif. On verra dès le début des années 1920 les juridictions administratives reconnaître la possibilité d'une gestion privée de services publics qui, de ce fait même, se verront largement soumis à l'application du droit commun et aux contrôles du juge judiciaire⁹. Traversé et travaillé par cette logique d'hybridation croissante des normes régissant les activités de service public, le droit administratif entre dans une phase nouvelle et troublée de son histoire

1.2. Service public et «crise» du droit administratif

Le choix du terme de «crise» mériterait à lui seul un long commentaire. Si son usage m'a paru s'imposer, c'est parce que la doctrine l'utilise largement pour caractériser la situation du droit administratif. A bien des égards, il est possible d'affirmer que ce droit est très tôt entré en crise. Le mythe de son âge d'or en est une sorte de preuve a contrario : depuis cet épisode originaire, la crise est/serait devenue son mode d'être normal¹⁰. Encore convient-il de s'accorder sur la signification de ce *récit*. Cette crise n'a rien d'une catastrophe¹¹. Le recours à ce mot trouve son sens en situation : il ne vise nullement l'incapacité du droit de l'administration à remplir les fonctions qui lui reviennent dans un Etat de droit. La crise dont parle la doctrine désigne tout autre chose : les difficultés qu'elle-même éprouve à ordonner et formaliser un droit administratif dont la complexité croissante se fait déroutante.

L'approche jurisprudentielle de la notion de service public n'a pas peu contribué à entretenir cette inquiétude doctrinale.

C'est au moment où certains auteurs s'employaient eux aussi à penser l'unité du droit administratif, mais autour de la notion de puissance publique¹², que s'imposa la théorie duguiste. Elle fit prévaloir une tout autre représentation unifiante de ce droit public spécial, en le voyant indexé sur les exigences de *solidarité sociale*

⁹ Jurisprudence à laquelle les conclusions prononcées par le commissaire du gouvernement P. Matter dans l'affaire dite du «bac d'Eloka» (TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest Africain, S.1923, 3, p.34 et s.) donnèrent une base théorique

¹⁰ Répétons que l'on doit principalement à C. Eisenmann, op. cit., la déconstruction de cette notion de crise

¹¹ V. sur ce thème J.-J. Bienvenu, Le droit administratif : une crise sans catastrophe, Droits, n°4/1986, p.93-98

¹² C'est ainsi qu'est traditionnellement décrit le système de pensée de M. Hauriou. V. son manuel précédemment évoqué

portées par la notion de service public. Cette image idéalisée de l'ordre juridique ne put s'imposer bien longtemps. Dès le début des années 1920 la jurisprudence administrative allait admettre, sur le mode d'une évidente nécessité, qu'une activité de service – il s'agissait en l'occurrence de transport – pouvait fort bien se voir reconnaître la qualité de service public, alors même que ses conditions d'exploitation étaient celles d'une entreprise ordinaire. De ce fait, les conséquences dommageables d'une pareille activité ne pouvaient être appréciées, sauf texte contraire, que dans le cadre du droit commun par le seul juge judiciaire¹³. Dès le moment où la juridiction administrative elle-même procédait à un raisonnement de ce type, c'en était fini de l'équation simple par laquelle la pensée duigiste avait entendu identifier le droit administratif : impossible désormais de le définir autour de l'idée d'un service public qui exigerait la mise en œuvre d'un droit autonome exorbitant du droit commun et commanderait de dessiner les contours d'un contentieux proprement administratif soustrait à la compétence du juge ordinaire.

En même temps qu'il perd sa propre unité juridique, celle qu'une certaine doctrine avait voulu lui reconnaître, le service public perd son pouvoir d'unification d'un droit spécialement conçu pour les besoins de l'administration, à côté du droit commun. Dorénavant la notion de service public va permettre de désigner indifféremment deux formes juridiques d'expérience administrative. L'une qui se déploie tout entière dans la sphère publique, est régie, du moins pour l'essentiel, par le droit public. Telles sont les marques distinctives du service public administratif. L'autre, tout en demeurant d'initiative publique, s'accomplit principalement dans la sphère marchande. Dépendante pour cette raison, du moins pour l'essentiel, du droit commun, elle reçoit l'appellation de service public industriel et commercial. Ce dédoublement du service public ne pouvait que brouiller la ligne de partage juridique entre ce qui appartient au monde de l'entreprise et ce qui relève de l'administration, entre ce qui dépend de la régulation marchande et ce qui est du domaine de la gestion publique. Après avoir servi de critère à la distribution des rôles entre le droit commun et celui qui lui fait exception, la même notion de service public est maintenant susceptible d'être indifféremment associée à la mise en œuvre du droit privé ou à celle du droit public, comme à l'application mêlée de ces deux droits.

L'espace manque ici qui permettrait d'entrer plus avant dans l'histoire de notre notion tout au long du XX^e siècle. Force est donc de l'évoquer à partir de certains de ses traits les plus saillants. Son cheminement n'a rien de linéaire. Il est bien au contraire la résultante de mouvements contrastés. Ainsi voit-on se dessiner dans la jurisprudence du conseil d'Etat, en fonction des périodes, certaines tentatives de revalorisation juridique du service public. Ce fut notamment le cas dans le milieu des années 50¹⁴. Mais le cours de la jurisprudence n'est pas celui d'un long fleuve tranquille. Il arrive qu'il soit agité par des courants contraires, laissant la doctrine en pleine perplexité. Je pense plus spécialement ici à des interrogations relatives

¹³ V. la décision précitée du Tribunal des conflits en date du 22 janvier 1921

¹⁴ V. J-F. Lachaume, Le président Marceau Long et la revalorisation du service public, in *Le service public*, Mélanges en l'honneur de Marceau Long, Dalloz, Paris, 2016, p.315-328

aux méthodes d'identification du service public mises en œuvre par la juridiction administrative¹⁵.

On s'est longtemps tourné en cette matière vers une décision «Narcy» rendue par le conseil d'Etat le 28 juin 1963¹⁶. Ce n'est pas que cette affaire revête une importance juridique particulière. Mais le juge y fait preuve d'une vertu pédagogique qui n'est pas toujours sa préoccupation première. Il y expose clairement les critères dont il se sert pour reconnaître un service public : une mission d'intérêt général, un droit de regard de l'administration sur les modes d'accomplissement de cette mission, la possible mise en œuvre de prérogatives de puissance publique et, enfin, un contrôle de tutelle sur l'organisme en charge de l'activité. Il importe de préciser que c'est l'ensemble organisé de ces critères et non l'un ou l'autre d'entre eux qui est déterminant. L'existence d'un service public se découvre donc grâce au jeu combiné de ces indices. Mais la jurisprudence s'est elle-même chargée de jeter le doute sur la fiabilité juridique de cette problématique. Il résulte d'un ensemble de décisions rendues par le tribunal des conflits et le conseil d'Etat à partir de la fin des années 70 qu'il est parfaitement envisageable de concevoir une activité de service public qui ne confère à son responsable aucune prérogative de puissance publique¹⁷. La relation de principe que l'on pouvait croire instituée entre les notions de service public et de puissance publique se trouve ainsi sérieusement ébranlée. Même si ces décisions ne représentent qu'un courant de la jurisprudence, elles ont de quoi déconcerter, en rendant tout à fait incertaines les conséquences juridiques (qu'il s'agisse du droit applicable comme de la compétence juridictionnelle) qui s'attachent à la reconnaissance d'une activité de service public.

Telle qu'elle vient d'être ici déclinée, la thématique de la «crise» cherche ses raisons dans le jeu brouillé et même dérégulé des catégories juridiques. Ainsi située la «crise» s'entend donc des troubles du langage du droit appliqué à l'administration. Les usages jurisprudentiels du service public en sont l'un des signes les plus manifestes. Ils montrent une notion instable et sans rigueur, génératrice de perturbations juridiques ; une notion d'une fiabilité plus que douteuse lorsqu'il s'agit d'identifier le tracé de la frontière entre les territoires du public et ceux du privé.

Le droit du service public n'est-il pas lui-même tributaire des caprices présidant à la distribution des rôles sociaux sur ces deux scènes juridiques ? Mais lorsque, de façon beaucoup plus générale, il est question dans le débat social de «crise du service public», ce ne sont plus les incertitudes de la notion juridique qui constituent la matière première des discours en compétition. Les discussions se saisissent de l'institution elle-même : elles visent une forme particulière d'organisation des échanges sociaux – le fameux service public à *la française* – dont la compatibilité avec les principes et les valeurs promus par droit de l'Europe communautaire puis de l'Union européenne

¹⁵ Sur cette question, v. J. Caillousse, La méthode juridique d'identification du service public, in D. Guerraoui, N. El Aoufi, J. Barreau, Le devenir du service public. Comparaison France-Maroc, éd. Toubkal et L'Harmattan, Rabat/Paris, 1999, p.59-87

¹⁶ V. CE, Section, 28 juin 1963, Narcy, note M. Waline, RDP, 1963, p.1186 et s.

¹⁷ V. à titre d'exemples, CE, Section, 13 octobre 1978, A.D.A.S.E.A, Dalloz, 1979, J., p.249, note P. Amselek et J.Waline, et TC, 6 novembre 1978, Bernardi, Rec., p.652

va apparaître des plus problématiques¹⁸. Un Rapport public produit en 1995 par la Section du rapport et des études du conseil d'Etat, écrit sur un ton d'une rare gravité, fait prendre la mesure de ce conflit entre deux rationalités juridiques¹⁹. Revenir sur cette affaire me conduirait hors des limites de mon sujet. Son évocation n'est pourtant pas fortuite : elle s'inscrit dans une tentative plus vaste de recomposition de la notion de service public, dans une configuration nouvelle, celle créée par la globalisation et la montée en puissance du droit de l'Europe.

1.3. Service public et stabilisation du droit administratif ?

Sommes-nous vraiment entrés dans une troisième période de l'histoire juridique des rapports service public/droit administratif ? Il faudrait faire preuve de beaucoup d'audace pour donner une réponse catégorique à cette question. Une série d'arrêts rendus par le conseil d'Etat à partir de 2007 invite toutefois à risquer cette hypothèse²⁰. Cette démarche ne peut être entreprise qu'avec beaucoup de prudence, sur le mode de la *suggestion*. D'autant que, si la jurisprudence concernée a beaucoup stimulé la doctrine, celle-ci ne lui a accordé au total qu'un accueil plutôt réservé ! Cette réception mitigée du changement qu'opère alors le juge administratif dans ses méthodes d'identification du service public n'a rien d'étonnant : la doctrine est en attente d'une définition du service public capable de mettre fin aux aléas juridiques résultant de son absence. Ce que le juge accomplit de réellement nouveau à partir de 2007 – ce par quoi se trouve réactivée la réflexion doctrinale – n'est pas la réponse définitive attendue aux problèmes de cohérence du droit administratif. «La question demeure de savoir, a-t-on pu écrire, si le service public n'échappe pas, en dépit des efforts de systématisation du conseil d'Etat, à toute définition précise»²¹. On évitera donc, pour cette raison, de surestimer le cours nouveau donné à la jurisprudence par le conseil d'Etat à partir de 2007 : rien ici ne procède d'un quelconque bouleversement des données juridiques traditionnellement mobilisées par la juridiction administrative.

¹⁸ C'est l'objet d'une littérature considérable qu'il est impossible de convoquer ici. V. pour illustration, B. Stirn, La conception française du service public, Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz, juin 1993, p.299 et s. ; J. Chevallier, La réforme de l'Etat et la conception française du service public, RFAP, n°77/1996, p.189 et s. ; F. Moderne, Le concept de service public à l'épreuve du marché unique européen, in Mélanges Jean Mas, Economica, 1996, p.239-252 ; Y. Gaudemet, Le service public à l'épreuve de l'Europe : vrais et faux procès, in Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Dalloz, Paris, 2002, p.473-485.

¹⁹ V. Rapport public du Conseil d'Etat, 1994, Considérations générales : Service public, services publics : déclin ou renouveau, Etudes et documents du CE, n°46/1995

²⁰ V. en particulier, CE, Section, 22 février 2007, Association du personnel des établissements pour handicapés, AJDA, 2007, p.793 et s., chronique Lenica et Boucher, et, RFDA, 2007, p.804-810, note C. Boiteau ; CE, Section, 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, conclusions Seners, RFDA, 2007, p.1020-1025 Droit administratif, juin 2007, note M. Bazex et Blazy, p.36-37, et, RFDA 2007, p.821 et s., note J-C. Douence ; CE, 5 octobre 2007, Société UGC-Ciné Cité, AJDA, 2007, p.2260, note J-D. Dreyfus. Sur l'ensemble de ce courant jurisprudentiel, v. L. Janicot, L'identification du service public géré par une personne privée, RFDA, 2008, p.67-79

²¹ V. l'étude précitée de L. Janicot, p.78

Mais ce constat ne saurait justifier la banalisation (et encore moins la dévalorisation) du travail méthodique qu'accomplit le juge, tout spécialement à compter de sa décision de Section en date du 22 février 2007, pour reconnaître un service public, lorsque l'activité à qualifier est prise en charge par une personne privée. Encore faut-il s'entendre sur ce qu'il en est du *changement*, lorsqu'il implique une matière aussi codifiée que la jurisprudence. Il n'est guère concevable de le réduire à la figure exceptionnelle et extrême qu'en donne le *revirement* jurisprudentiel. Il est d'autres manières pour le juge de faire réellement «bouger» ses catégories de jugement, lorsqu'il entend non pas contredire son discours antérieur – hypothèse du revirement – mais le faire évoluer, pour mieux l'accorder à l'état présent des modes de pensée et des pratiques administratives.

Sur le sujet qui nous retient tout au long de ces lignes, il y a bien eu, ces dernières années, de la part de la juridiction administrative, une volonté clairement assumée de réinvestir la vieille question du service public. Il s'agit bien pour elle d'en repenser les bases juridiques pour exposer les éléments d'une définition *contemporaine*. A défaut de produire expressément cette définition, la jurisprudence nouvelle vaut pour le moins clarification et stabilisation d'une notion, le service public, éprouvée par une longue période de turbulences et de menaces. Nous disposons, à partir de 2007, d'une série d'arrêts où le juge décrit avec un soin particulier, et sans que rien ne l'y oblige (des commentateurs particulièrement autorisés puisqu'appartenant eux-mêmes au conseil d'Etat ont parlé de «pédagogie superfétatoire»²² la démarche intellectuelle qui est désormais la sienne, lorsqu'il lui faut se prononcer sur la nature éventuelle de service public d'une activité assurée par une personne privée, et non qualifiée juridiquement. Il construit ainsi un outil intellectuel, une notion, qui lui donne les moyens de procéder, en cas d'incertitude, à une qualification résultant d'une *méthode* éprouvée. Il entend ainsi soustraire sa jurisprudence aux critiques habituelles qu'encourt une démarche que l'on dit facilement aléatoire, sinon arbitraire.

Si cette méthode gagne à être distinguée, c'est pour deux raisons majeures : a) elle vise à garder intacte la *centralité* juridique d'une notion vivement décriée par la doxa libérale et sérieusement ébranlée du fait d'une confrontation difficile avec le droit communautaire ; b) elle intègre les évolutions qui depuis une quarantaine d'années ont marqué aussi bien les systèmes de pensée que l'organisation des rapports sociaux. Le partage entre les sphères publique et privée n'est plus ce qu'il était, ni dans l'ordre des choses, ni dans celui des idées, et la démarche du conseil d'Etat réfléchit cette nouvelle donne. Il est donc permis d'avancer la thèse suivante : la jurisprudence issue des décisions rendues à partir de l'année 2007 vaut *modélisation* – que cette forme puisse être jugée inaboutie ou inachevée est encore un autre problème – de la nouvelle économie du service public dans la France des années 2000, c'est à dire d'un pays dont l'expérience juridique est désormais volontairement dépendante de la force des idées libérales auxquelles le droit de l'Europe assure une portée normative. De cette configuration nouvelle, notre

²² V. la chronique Lenica et Boucher, précitée, p.796

jurisprudence tire une double leçon, transformant en certitudes ce qui n'existait jusqu'alors qu'à l'état d'éventualités. D'abord, elle porte cette idée que l'on a raison de dire peu banale, qu'un service public peut parfaitement provenir d'une initiative privée²³. S'ajoute à cette reconnaissance explicite, la possible rupture des liens – affirmée ici sans l'ombre d'un doute – traditionnellement voulus entre le service public et les prérogatives de puissance publique. On se doit d'insister sur le caractère parfaitement logique d'un tel cheminement intellectuel : la relativisation de la notion de prérogatives de puissance publique appliquée à la qualification de service public est un effet induit de la prévalence du droit de l'Europe. En donnant du service public une lecture fondamentalement économique, en l'inscrivant – sauf exception – dans la logique de la concurrence, au même titre que les autres opérateurs économiques, il est conduit à n'admettre l'usage de prérogatives de puissance publique que dans la seule mesure où leur défaut condamnerait l'entreprise en charge du service public à manquer à ses obligations d'intérêt général. La vieille liaison organique construite par le droit français entre service public et puissance publique n'a plus guère de sens là où le système juridique lui-même fait du marché l'instance *normale* de régulation des échanges économiques : ici l'intérêt général est réputé satisfait par le seul jeu du marché, sans qu'il soit besoin d'en venir à des procédés juridiques exorbitants du droit commun.

S'il est parfaitement juste d'affirmer que les décisions dont il vient d'être ici question ne révolutionnent pas la matière, elles en clarifient l'organisation interne en même temps qu'elles la stabilisent. Et ce n'est pas leur moindre intérêt : elles laissent espérer la fin d'une jurisprudence aussi floue qu'hésitante²⁴. Pour le dire autrement, elles tendent à faire voir dans le service public, moins un *label* attribué sur le mode subjectif, qu'une *notion* dont l'application dépend de la mise en œuvre de critères préalablement définis.

Considéré dans l'épaisseur du temps long, le droit du service public présente donc, par delà les mouvements qui l'ont affecté, perturbé sinon menacé, une forte résistance structurelle. On a même pu dire²⁵, au regard des derniers développements marquants de la jurisprudence, que celle-ci retrouvait finalement les marques du guist du service public. Tel est le constat qui s'impose lorsque l'on s'interroge sur la place qui revient à notre notion dans la détermination des contours du droit administratif lui-même. Cette résilience du service public, ou plus justement de sa notion, son aptitude à perdurer dans ses fonctions, n'est probablement pas étrangère à ses capacités d'évolution, en fonction du contexte dans lequel il agit. Après avoir suivi le service public dans la *continuité* de son histoire, il nous faut maintenant le saisir dans son *actualité* : son identité juridique s'y voit soumise à d'importantes variations.

²³ V. J.-C. Douence, op. cit., RFDA, 2007, p.821

²⁴ V. en ce sens la chronique de jurisprudence déjà citée de l'AJDA, 2007, p.794 et 795

²⁵ C'est le cas de C. Boiteau, analyse précitée

2. LES TRANSFORMATIONS EN COURS DU DROIT DU SERVICE DU PUBLIC

S'il s'est agi dans les développements précédents de regarder le droit du service public à la manière d'une archive où notre droit administratif serait en dépôt, c'est à un autre mode d'observation qu'il faut passer maintenant, en considérant notre objet, le service public du droit, comme une sorte d'écran où viennent se réfléchir les grandes évolutions du temps présent. Disons-le tout de suite, il n'y a aucune *théorie* du changement dans les remarques à venir. Le propos se veut descriptif plus que théorique. Il vise à répondre à une question naïve : aujourd'hui, le droit applicable au service public connaît, au delà des techniques qui lui sont propres, jusque dans les idées et les valeurs qui le constituent, de profondes transformations : d'où viennent-elles ? A cette question, il n'existe certainement aucune réponse obligée. Celles qui sont esquissées ici ne sont que de simples propositions parmi d'autres. Mon choix s'est porté sur trois facteurs de changement : la systématisation de l'économie concurrentielle de marché, la montée en puissance des territoires, et, parce que le service public ne saurait être soustrait à la dynamique de l'espace public : les débats de société autour de la question de la laïcité. Ces trois phénomènes sont, a priori, sans rapports entre eux mais, chacun à sa manière, ils déplacent d'anciens équilibres juridiques dont dépendait la conception française du service public.

2.1. Service public et économie concurrentielle de marché²⁶

C'est une réalité – fait institutionnel en même temps que donnée juridique – peu contestable : le service public a résisté aux secousses qu'a provoquées son ouverture au droit de la concurrence, qu'il s'agisse de son expression nationale ou de sa dimension européenne²⁷. Mais, ainsi énoncé, ce constat a quelque chose de trompeur. Il incite à croire que le droit du service public serait ainsi resté dans la *continuité* de sa propre histoire. Or, il n'en est rien. On peut affirmer, même si c'est au prix d'une certaine simplification, qu'il y a eu le service public d'avant les développements du droit de la concurrence, et qu'il y a le service public d'après sa banalisation. Cette transformation ne s'est pas faite en un jour. Elle n'a pas pris la forme d'un évènement inaugural, mais d'une construction tâtonnante, à travers discussions et contestations impliquant institutions européennes et étatiques, aussi bien que la société civile à travers ses représentants politiques et syndicaux.

Ce processus est suffisamment documenté pour que l'on puisse en faire la reconstitution. Mais cette tâche n'est pas envisageable dans les limites de mon propos. Il reste possible de prendre la mesure du changement accompli en utilisant

²⁶ A bien des égards, ce sujet se présente comme une variation parmi d'autres sur un thème plus général : personnes publiques et concurrence. Je prends la liberté de renvoyer à une récente contribution sur cette question (J. Caillousse, Personnes publiques et concurrence : quels enjeux théoriques ?, AJDA, 2016, p.761-768)

²⁷ V. J. Fournier, Réflexions générales sur le service public en France et en Europe, revue «Après-demain», juin-août 1996, p.10-16

pour pièces à conviction principales les analyses produites par le Conseil d'Etat, tant dans son activité proprement doctrinale que dans ses fonctions de juge de la juridicité de l'action publique. La raison de ce choix est on ne peut plus évidente : le «discours» du Conseil d'Etat est par excellence, en France, le révélateur de l'état du droit administratif. Et sans doute l'est-il un plus encore quand il a le service public pour objet ! Voici, parmi bien d'autres, trois repères qui sont autant de signes de la mutation intellectuelle qu'a connue la notion de service public - ainsi que toute la matière juridique qu'elle «irrigue», dans le cours de la période 1980-2000.

- a) Le premier repère se situe en mai 1980, au moment où se tenait à Rouen un grand colloque international intitulé *Le service public industriel et commercial dans la société française aujourd'hui*. Les organisateurs de cette manifestation avaient sollicité le Conseil d'Etat pour qu'y soit présentée *L'approche juridique* du service public. En raison de l'indisponibilité du vice-président d'alors de l'Institution, M. Chavanon, c'est à M. Combarneau, futur président de la Section du contentieux, que revint cette tâche. Dans un exposé très élaboré mais aussi fort critique sur l'évolution du droit du service public, l'auteur proposa de ce dernier, en prenant appui sur la jurisprudence administrative, la définition suivante : «Aujourd'hui, est service public une activité qui est considérée par la puissance publique comme présentant un intérêt général suffisant pour que cette activité soit assumée directement ou indirectement par la collectivité publique et soustraite à l'initiative privée et aux lois du marché»²⁸. Un juriste français reconnaîtra sans peine derrière ces mots une approche éprouvée du service public, telle qu'elle avait été théorisée par L. Duguit, au début du XX^e siècle. On y retrouve sans détour cette affirmation fondamentale qu'avec le service public, on en vient - c'est à dire l'Etat en vient - et c'était là, bien entendu, l'expression d'un véritable choix de société - à penser et à placer certaines activités à l'écart de l'initiative privée et des lois du marché. Nous étions alors en 1980, et c'était l'état du droit qui prévalait lorsque, via la jurisprudence de la CJCE, la construction juridique d'une économie européenne de marché allait sérieusement se mettre en place. Il y avait là manifestement, face à face, deux rationalités juridiques dont la conciliation n'avait rien d'évident²⁹.
- b) Telle est la signification du second repère. Il date de cette année 1995 qui voit le Conseil d'Etat publier un fameux Rapport public sous le titre *Service public, services publics : déclin ou renouveau*³⁰. Ce document est essentiel. Ses auteurs y développent une longue réflexion, très solidement étayée, en défense du «service public à la française». Cette défense n'a rien d'inconditionnel, bien au contraire. Elle se prête même à la définition d'un programme complet

²⁸ V. M. Combarneau, *L'approche juridique*, in *Le service public industriel et commercial dans la société française aujourd'hui*, Actes du colloque de Rouen, 21-23 mai 1980, supplément aux «Dossiers et Documents du Monde», octobre 1980, p.10-13

²⁹ En ce sens, v. L. Dubouis, *Droit administratif et droit communautaire : deux cultures juridiques ?*, in *Mélanges Philippe Ardant*, LGDJ, Paris, 1999, p.443-452

³⁰ Rapport précité

de réforme. Mais ce dernier n'est proposé qu'après une dénonciation très vive des présuppositions néolibérales dont le droit communautaire serait le dépositaire et le véhicule. Le Rapport se présente ainsi comme une sorte de texte-manifeste : le Conseil d'Etat y expose les craintes d'une Institution qui voit dans l'Europe à venir une menace pour la notion même de service public. On en retiendra, parmi bien d'autres illustrations de cette thèse, les quelques éléments d'analyse suivants. Ainsi, ces remarques de la p.17, «Plus s'affirme l'évidence que le droit français, comme les droits nationaux des autres pays membres de l'Union, est désormais voué à s'élaborer, dans une très large proportion, sous influence communautaire, et à être appliqué dans les mêmes conditions, plus il est clair que l'avenir de la notion de service public est menacé». Un peu plus loin, p.38, le Conseil d'Etat dévoile les raisons de ses craintes : «L'Europe n'instruit pas le procès du ou des services publics ; elle fait pire ; elle ignore largement la notion de service public, et l'existence de services publics, ayant tendance à n'identifier aucune zone intermédiaire entre les services régaliens ou sociaux (...) et les entreprises privées». Il arrive que dans la suite du texte le propos monte encore en généralité. C'est le cas avec cette remarque de la page 47 : «Si elles n'instruisent pas le procès du ou des services publics, les institutions communautaires manifestent en revanche, et ce en dépit du principe de neutralité quant au régime de propriété énoncé par l'article 222 du traité de Rome, une incontestable suspicion à l'égard des structures sous statut public». Difficile d'imaginer qu'un tel conflit de rationalités puisse s'installer dans la durée, sauf à ce qu'il dégénère en crise de nature politique ! Si on a pu prévenir le coût d'une telle crise, c'est en raison de mouvements juridiques symétriques : ils ont permis le rapprochement entre la conception française du service public et les exigences que le droit communautaire tire de son modèle d'économie concurrentielle de marché³¹. Regardons, côté français, comment la situation juridique s'est transformée.

- c) La réponse est donnée par une série de décisions du conseil d'Etat rendues en novembre 1997 et éclairées par les conclusions du commissaire du gouvernement J-H. Stahl³². Ce matériau juridique nous offre un troisième repère. Pourquoi considérer cette jurisprudence comme édifiante ? Pourquoi en faire un repère dans l'évolution contemporaine du droit du service public ? Avec elle – c'est du moins la thèse que je crois logique de soutenir – le conseil d'Etat prend congé du mode de raisonnement qu'exposait M. Combarrous en 1980, en en faisant même la marque de la jurisprudence administrative française. Les arrêts de novembre 1997, par delà leur apparente banalité, sont porteurs d'une vraie «charge théorique». Ils rendent manifeste le choix que

³¹ Ce thème est au centre d'une énorme littérature. V. notamment, R. Kovar, Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée, Revue trimestrielle de droit européen, avril-juin 1996, et, juillet-septembre 1996 ; P. Cassia, Service public français et droit communautaire, Les Petites Affiches, 4 juillet 2002, p.4-23

³² V. notamment trois décisions du CE, Section, 3 novembre 1997, Société Yonne Funéraire, Société Million et Marais, et, Société Intermarbres, conclusions J-H. Stahl, RFDA, 1997, p.1228 et s. V. encore CE, 26 mars 1999, Société EDA, conclusions J-H. Stahl, AJDA, 1999, p.427 et s.

fait alors le juge de regarder différemment le service public. A leur manière, plutôt discrète, ils accomplissent un véritable revirement de jurisprudence : pour écrire ses arrêts, il a fallu au Conseil d'Etat adopter, au sens propre de l'expression, un nouveau *point de vue*. En même temps qu'il procède à son propre déplacement, le juge opère un autre «déplacement» : celui du droit administratif. La mutation s'accomplit par la modification d'une ancienne ligne de partage symbolique – celle que supposaient les propos de M. Combarrous - entre le monde de l'administration et celui de l'entreprise. En décidant de faire application du droit de la concurrence à des décisions publiques - en l'occurrence la décision d'attribution de concessions de service public – dont la légalité était jusqu'alors appréciée dans l'ignorance de leurs implications économiques, le juge accepte de considérer les personnes publiques *comme* des entreprises agissant sur un marché. Aussi bien pourrait-il alors apprécier la validité de leurs décisions à partir de considérations économiques devenues normes juridiques. En cela la Haute Juridiction administrative reprend à son compte la démonstration de son commissaire du gouvernement : «Les mutations technologiques et économiques, l'ouverture des économies de marché, le droit communautaire de la concurrence conduisent de toute façon, croyons-nous, à repenser les relations du service public et de son environnement concurrentiel. Le débat est d'ores et déjà ouvert et nous croyons qu'il importe que vous puissiez y mêler votre voix. Pour cela encore faut-il que vous acceptiez d'ajouter à votre conception traditionnelle du service public, centrée sur l'usager, celle des rapports avec l'environnement économique et le droit de la concurrence. . Dans notre esprit une telle évolution ne revient pas à perdre de vue que l'intérêt premier demeure celui du public (...) Mais elle augure un débat et un contrôle juridictionnel renouvelé sur les modalités d'organisation du service public, conciliant ou arbitrant entre l'intérêt des usagers et les intérêts des opérateurs économiques».

En cette affaire, ces quelques phrases me semblent avoir dit l'essentiel. Le commissaire du gouvernement ne faisait-il pas valoir à l'adresse de la Section du contentieux : «Si vous acceptez d'entrer dans notre logique, vous devrez découvrir les voies d'une prise en compte du droit de la concurrence dans le droit des services publics *et plus généralement dans le droit administratif français*»³³ ? L'attente qu'il exprimait ainsi n'a pas été déçue. Dès son Rapport public de 2002³⁴, le conseil d'Etat pouvait écrire, loin de son autre Rapport, celui de 1995 : «Ainsi, aujourd'hui, il est possible d'affirmer que l'ensemble des actes administratifs de la puissance publique sont susceptibles d'examen au regard du droit de la concurrence». Bref, une autre histoire du droit administratif commence...

³³ C'est moi, J. Caillousse, qui souligne

³⁴ V. Rapport public du Conseil d'Etat 2002, Considérations générales : collectivités publiques et concurrence, EDCE, n°53/2002

2.2. Service public et territorialisation de l'action publique³⁵

La description du processus de transformation que connaît le droit français du service public depuis une quarantaine d'années ne peut en ignorer la composante territoriale. Relevons ainsi, sans plus attendre, que tel qu'il résulte désormais d'une révision en date du 28 mars 2003³⁶, le texte de la Constitution proclame que l'organisation de la République est *décentralisée*. Cette consécration constitutionnelle, récente, de la décentralisation administrative ne peut être sans incidence sur le système juridique des services publics. Se trouve ainsi posé que le législateur n'est pas habilité à confier au seul Etat central un monopole de création des services publics sur l'ensemble du territoire national. La disposition constitutionnelle signifie en effet que ce pouvoir de création appartient *aussi* aux collectivités territoriales. «Aussi», car les marges de manœuvre ouvertes au bénéfice des autorités décentralisées par la Constitution ne vident pas d'un seul coup, loin s'en faut, le pouvoir qu'a l'Etat de décider, autant que de besoin, de l'institution de services publics visant à la satisfaction des besoins locaux. Mais ce même Etat ne peut agir que dans les limites d'une *libre administration* des collectivités territoriales, confortée – c'est à dire élargie et approfondie – par les politiques de décentralisation et leur expression constitutionnelle.

Cette nouvelle donne, pour importante qu'elle soit, est loin de répondre à la question de savoir en quoi consiste ici le *changement juridique*. L'histoire française ne démontre-t-elle pas que les relations entre service public et territoire(s) n'ont pas attendu la récente réécriture du texte constitutionnel pour exister pleinement, c'est à dire en fait comme en droit ? Il existe en France, surtout depuis les débuts du XX^e siècle, une forte tradition de prise en charge par les collectivités locales de services de proximité susceptibles de prendre la forme de véritables activités économiques. C'est ce dont porte témoignage tout un courant de jurisprudence que l'on connaît sous la désignation parlante de jurisprudence du «socialisme municipal». Ce phénomène peut laisser croire qu'au fond, dans le rapport service public/territoire(s), rien n'aurait véritablement changé. Ce serait ignorer que sous la apparence d'une banale continuité, il y a place pour des transformations réelles.

On ne prétend pas ici que les politiques dites de modernisation du service public trouveraient une explication unique dans la dialectique territorialisation/déterritorialisation dont la réforme de l'action publique est elle-même tributaire. Posons plutôt cette hypothèse qu'elles prennent elles aussi des appuis sérieux sur des territoires en plein réagencement administratif et qui se «projetent» d'ailleurs eux-mêmes sur le service public. Il faut avouer qu'il y a là une équation d'une assez grande complexité. La mise en rapport des services publics avec le(s) territoire(s) n'est pas une opération dont on vient à bout par une lecture au premier degré.

³⁵ On trouvera un examen plus élaboré de la question dans J. Caillousse, Du service public dans ses rapports avec le(s) territoire(s), in *Mélanges en l'honneur de M. Long*, op. cit., p.89-109

³⁶ V. la loi constitutionnelle n°2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, JO du 29 mars 2003, p.5568. Pour une présentation des principaux apports juridiques de ce texte, v. Y. Gaudemet et O. Gohin (dir.), *La République décentralisée*, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2004

Elle est indissociable des grandes mutations que subissent formes et activités administratives. Elle s'inscrit donc dans la dynamique institutionnelle qui est imaginée pour servir un projet global de *rentabilisation* des territoires d'action publique³⁷. Tout l'espace matériel que structure l'administration est en effet travaillé par l'ouverture au marché, telle qu'elle résulte du programme européen et, plus largement encore, de la globalisation. Voilà dans quelle configuration mouvante doivent être replacées les relations qui s'établissent désormais entre territoires et services publics³⁸.

Le rappel de ces quelques éléments de problématique générale n'a pas d'autre fonction : il vise à donner sens à l'affirmation initiale relative à la forte composante territoriale des actions de modernisation du service public. Quelles données juridiques et factuelles la politique administrative contemporaine livre-t-elle à l'appui de cette assertion ? Regardons par exemple du côté de cette expérience appelée «révision générale des politiques publiques» (RGPP)³⁹. Elle se traduit tout de suite par une importante réforme des services *déconcentrés* de l'Etat. Il s'agit tout à la fois d'en réduire le coût de fonctionnement et d'en améliorer l'efficacité sociale⁴⁰. De la même manière, la loi de réforme des collectivités territoriales du 16 décembre 2010, loi dite de *décentralisation* celle-là, est redoublée par un discours de légitimation prenant pour cible une population d'élus tenue pour responsable de l'aggravation des coûts de l'action publique locale⁴¹. Les tout derniers textes, qu'il s'agisse de la loi du 27 janvier 2014 dite de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles⁴², ou de la loi de 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République⁴³, poursuivent cette orientation : la redistribution territoriale en cours des services publics locaux obéit à une volonté réaffirmée de faire pénétrer la logique du *rendement* dans la structuration des espaces administratifs. Il faut dire qu'à l'exception du cadre régional dont le découpage a pu être conçu à partir de préoccupations économiques, les entités infra-étatiques françaises porteuses de l'idée de décentralisation n'ont jamais été pensées pour répondre aux exigences d'une économie concurrentielle de marché, organisée à l'échelle de l'Europe ! Mais il n'est pas si simple d'en finir avec la vieille topographie. C'est qu'elle continue de servir d'assise matérielle à l'ensemble des services publics de proximité, qu'ils relèvent du centre étatique, dans le cadre de la déconcentration, ou de la périphérie dans celui de la décentralisation. C'est bien pourquoi, depuis les grandes lois décentralisatrices du début des années 80, tous les textes qui leur font suite

³⁷ A propos de cette dernière notion, v. J-M. Offner, *Les territoires de l'action publique locale. Fausses pertinences et jeux d'écart*, Revue française de science politique, février 2006, p.27-47

³⁸ V. H. Groud (dir.), *Mutations du service public et territoires*, L'Harmattan, Paris, 2000

³⁹ V. sur ce sujet le n°136/2010 de la Revue française d'administration publique

⁴⁰ v. M-J. Tulard, *Les services déconcentrés : le besoin d'un Etat territorial plus cohérent et plus efficace*, in *La réforme de l'Etat*, Les Cahiers français, n°346/2008, p.54-58

⁴¹ V. G. Gilbert, *Décentralisation et RGPP : la décentralisation et la contrainte financière*, dans *Les collectivités territoriales, trente ans de décentralisation*, Les Cahiers français, n°362/2011, p.54-58

⁴² V. le «dossier» consacré à ce texte (loi n°3014-58 du 27 janvier 2014) par la RFDA n°3/2014, avec les articles de M. Verpeaux, B. Faure, L. Janicot et M. Degoffe

⁴³ La loi n°2015-991 du 7 août 2015 est amplement commentée dans la RFDA, n°3 et 4 de 2016

prétendent parvenir au découpage optimal d'un territoire qui serait enfin restructuré pour servir mieux et au moindre coût les usagers des services publics⁴⁴⁴. Ces textes peuvent se lire comme autant de variations sur un thème majeur : celui d'une double distribution des rôles et des compétences : entre administrations centrales d'Etat et administrations de collectivités territoriales d'une part, entre ces dernières d'autre part.

La nouvelle donne juridique, celle qui compose un nouveau droit de la décentralisation, ouvre le champ des possibles au bénéfice d'entités locales dont la capacité d'initiative se trouve *juridiquement* libérée. Les conditions se prêtent ainsi à un éventuel élargissement de la *notion* de service public local, enrichi par le pouvoir des élus. Le juriste ne manquera d'observer que le changement opéré dans l'agencement des rapports institutionnels territoire/services publics en implique un autre : un changement dans le traitement juridique des services publics. C'est là une tout autre affaire : en se faisant «local», le service public acquiert une singularité juridique certaine⁴⁵.

Service public et neutralité (religieuse)

J'aborde délibérément, pour clore cet exercice, un tout autre registre de l'évolution du droit du service public. Il va être à présent question de sa sensibilité à l'expression des croyances et convictions religieuses. Le sujet est, on le sait, fortement disputé : avec lui, se pose en effet le problème de ce que peut/doit être le fonctionnement des services publics dans une société qui s'affirme démocratique et pluraliste et garantit la liberté de conscience de chacun de ses membres. Allons tout de suite à l'essentiel : ce thème fait l'objet depuis une vingtaine d'années de discussions exacerbées par la crainte de l'intégrisme et du radicalisme musulmans.

La problématique de la neutralité du service public ne se réduit pas, j'en conviens, à ce que je vais ici en retenir, à partir du seul exemple français, en l'indexant sur l'expression des croyances et convictions religieuses. Mais il n'y a rien d'innocent dans le choix de ce prisme de lecture : il met en situation d'observer comment l'évolution des conceptions et des pratiques de la laïcité transforme l'expression juridique de la neutralité. Peut-être me fera-t-on valoir que cette question n'a rien de nouveau et qu'elle a toujours été plus ou moins conflictuelle. C'est d'ailleurs dans la recherche des modes de traitement de ces conflits que se vérifie la fonction régulatrice du droit. On pourrait par exemple, pour illustrer cette idée, revenir sur la période d'élaboration de la fameuse loi du 9 décembre 1905 qui, en France, reste le socle du régime juridique de la laïcité. Cette époque fut particulièrement riche en oppositions entre l'Etat et l'Eglise catholique, notamment à propos de l'école et de l'enseignement. Depuis, la conflictualité s'est déplacée, impliquant principalement

⁴⁴ Tel est le mythe de l' «optimum dimensionnel» réactivé à chaque grande réforme de l'administration territoriale. V. Y. Mény, L'optimum dimensionnel : rêve technocratique ou absurdité politique ?, Pouvoirs locaux, n°42/1999, p.119-125

⁴⁵ V. J-C. Douence, Les incidences du caractère national ou local du service public, AJDA, juin 1997, n° spécial Le service public, p.113-122

cette autre communauté et institution religieuse qu'est l'Islam. Ce sont surtout les conditions d'exercice et le mode d'affirmation publique du culte musulman qui ont réactivé les controverses sur la laïcité en général et la neutralité dans le service public en particulier. Le sujet n'a certes rien de spécifiquement juridique, mais il laisse des empreintes bien visibles dans l'univers du droit. Il faut dire qu'à lui seul il suscite un très abondant travail normatif, impliquant tous les acteurs de la juridicité : le constituant, le législateur mais aussi le juge, car nous sommes ici face à une matière hautement contentieuse⁴⁶.

L'intervention grandissante d'un nouvel acteur dans le champ offert à la libre confrontation des opinions et des croyances – ce qu'on a pris l'habitude d'appeler après J. Habermas l'*espace public* – est en train de bouleverser l'équilibre sur lequel reposait la représentation d'une République «apaisée». Obtenu au prix de mouvements incessants, cet équilibre supposait la reconnaissance de trois «sphères» – désignons les ainsi, par commodité et faute de mieux - qui recevait chacune sinon un statut du moins une expression juridique singulière. Cette topographie fait ainsi place à la *sphère privée*. C'est celle dont chacun peut se prévaloir pour y construire, en toute liberté, son intimité. Chacun peut adhérer ici aux croyances de son choix et élaborer un point de vue personnel. On pourrait encore pour désigner ce «lieu» parler de *for intérieur*. Le droit politique fait encore - on s'en doute, puisque telle est sa fonction – toute sa place à la *sphère publique*, qui est celle de l'Etat dans son acception large. Le principe de neutralité est sa règle. Il vaut évidemment pour tous les services publics et tous ceux qui en sont les agents. Appliqué dans l'ordre des religions, il prend une identité juridique d'autant plus forte que notre Constitution fait de la laïcité l'une des caractéristiques de la République. Cette laïcité signifie en effet, pour le moins, que les autorités publiques se comportent et agissent en garantes de la libre expression des opinions et des croyances⁴⁷. C'est entre ces deux sphères qu'est apparue dans le cours du XVIII^e siècle et que s'est ensuite imposée une troisième sphère : cet *espace public* dont J. Habermas a produit la théorie. Il n'est ni une expression de la sphère publique, ni une quelconque addition des espaces privés, mais un territoire à part entière, une construction pleinement autonome. Cet espace intermédiaire dédié aux échanges, à la confrontation des points de vue, comme à la parole critique, ne saurait être l'affaire de l'Etat. Ce n'est pas qu'il l'ignore, mais s'il doit y intervenir c'est en sa qualité de gardien et de garant de l'ordre public. Il lui appartient en effet de créer les conditions de possibilité d'un espace public véritable où les individus s'expriment en leur qualité

⁴⁶ Ce que montrent, s'il en était besoin, les derniers développements du dossier, en liaison avec ce qu'il est désormais convenu d'appeler «l'affaire du burkini». Intervenu alors que la question suscitait dans la presse de vives controverses, la décision rendue le 26 août 2016 par le Conseil d'Etat, et qui suspend l'arrêté du maire de Villeneuve-Loubet interdisant le port du «burkini» sur la plage, n'a pas manqué de devenir à son tour objet de débat. V. notamment G. Dupont, Le Conseil d'Etat recadre les anti-burkini, *Le Monde*, 28-29 août 2016, p.6. V. encore les articles de B. Mathieu (Le Conseil d'Etat s'en est tenu à la loi) et de S. Sur (L'ordonnance du 26 août sur le burkini ne règle rien) dans *Le Monde* du 28-29 août 2016, p.26

⁴⁷ V. P. Portier, *L'Etat et les religions en France. Une sociologie historique de la laïcité*, Presses universitaires de Rennes, 2016

de sujets libres, dotés d'un pouvoir de jugement et de critique et disposés à recevoir la critique.

Il y a là toute une *architecture symbolique* dont le droit rend compte avec ses notions et ses techniques⁴⁸. Peut-être faudrait-il mieux écrire : il y *avait* là... Avec l'irruption de nouvelles revendications religieuses, cette architecture semble aujourd'hui bien ébranlée. Cette situation résulte de deux mouvements portés par la loi.

Le premier texte concerne plus spécialement l'école, c'est à dire une composante de ce qui a été désigné plus haut comme appartenant à la sphère publique ou étatique. Il a été conçu pour répondre à des revendications qui ont alimenté en France la chronique dite du «foulard islamique». Le législateur vise l'attitude d'élèves manifestant leurs croyances religieuses par le port de différents insignes. Une loi du 15 mars 2004 entend concilier ces pratiques devenues courantes avec un principe de neutralité qui est ici indissociable de l'exigence de laïcité du service public⁴⁹. Notons que ce texte n'intervient pas subitement et isolément. Il fait suite à un avis fort médiatisé du Conseil d'Etat sur le sujet et à de nombreuses décisions des juridictions administratives⁵⁰. Pourquoi mérite-t-il une attention particulière ? Parce qu'il étend l'espace juridique de la neutralité nécessaire. Elle était hier une exigence pour l'Etat et ses agents, les personnels des services publics. Elle s'impose désormais aux usagers du service public, ici ceux de l'école, de la maternelle au lycée. On sait qu'aujourd'hui, des responsables politiques nationaux réclament l'extension du principe et souhaitent son application aux étudiants des Universités.

Le second texte invite à revenir sur la notion même d'espace public, car, c'est elle en l'occurrence que saisit la loi du 10 octobre 2010⁵¹. Cette fois le législateur fait entrer la notion d'espace public dans l'ordre du droit. Elle acquiert une identité juridique, après avoir prospéré dans le seul ordre des faits. Il a été avancé plus haut que l'espace public devait être considéré à la manière d'un territoire symbolique dans lequel l'Etat s'abstenait d'intervenir. Sans du tout le méconnaître, l'Etat se bornait à agir à sa périphérie, pour lui assurer des conditions optimales de fonctionnement. C'est avec cette attitude discrète, faite de tact et de mesure, que rompt la loi de 2010, en interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. Il s'agit ainsi de ne plus tolérer le port de la «burka», non seulement dans la sphère publique, mais jusque dans l'espace public, entendu comme l'ensemble juridiquement constitué par les voies publiques, les lieux affectés à un service public et plus largement encore au

⁴⁸ V. O. Bui-Xuan, Espace public et libertés religieuses, in O. Bui-Xuan (dir.), Droit et espace(s) public(s), Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2012, p.123-134. V. encore, C. Chambrad, La bataille de l'espace public, Le Monde, 27 février 2016, p.7

⁴⁹ V. la loi n°2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, an application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, JO du 17 mars 2004, p.5190

⁵⁰ Avis rendu à l'invitation du Premier ministre par lettre de mission du 29 janvier 2010. Sur cet document, v. D. de Béchillon, Voile intégral : éloge du Conseil d'Etat en théoricien des droits fondamentaux, RFDA, 2010, p.467-471

⁵¹ V. la loi n°2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, JO du 12 octobre 2010, p.18344

public, sachant que ces lieux sont indifféremment propriété de personnes publiques ou de personnes privées. Ainsi, en une dizaine d'années, nous sommes passés de la notion de neutralité du service public et de la sphère publique à une situation d'une tout autre nature : la *neutralisation de la rue*. La rue n'a jamais été il est vrai un espace de liberté totale. Elle est elle-même soumise à de multiples réglementations de police. Mais elle ne restait pas moins considérée comme un *espace commun* voué à la plus grande diversité. On voit bien qu'ici un choix politique a prévalu, qui consiste à changer les référentiels de la laïcité⁵² : l'entrée de l'espace public dans le droit fonctionne comme un possible réducteur de liberté, dès lors qu'il s'agit de la manifestation des libertés religieuses.

Conclusion générale. L'analyse des transformations incessantes du droit du service public permet de mieux comprendre ce que sont les fonctions politiques du droit applicable à l'administration et à l'action publique en général. Voilà un droit que l'on aurait tort de réduire à ses seules techniques, aussi fortes et originales soient-elles. Une chose est sûre, la technicité, la grande technicité du droit administratif ne parvient pas à faire oublier qu'il est aussi une manière de penser l'Etat, jusque dans ses rapports avec la société tout entière, autrement dit qu'il est une manière de penser le lien social lui-même⁵³. De cela, le droit du service public forme une sorte de «condensé». Ses métamorphoses nous donnent à *voir* les évolutions de l'imaginaire politique de la société dans laquelle il agit.

SAŽETAK:

OSVRT NA RAZVOJ FRANCUSKOG ZAKONA O JAVNIM SLUŽBAMA

1.- Ovo izlaganje sadrži (kratki) prikaz ažuriranog stanja klasičnog pitanja: razvoja francuskog prava javne službe. Kroz ovu temu ćemo propitivati promjene koje su utjecale i nastavljaju utjecati na upravno pravo. Ne samo da se upravno pravo može svesti na pravo javne službe, već i, kao što iskustvo pokazuje, promjene koje doživljava javna služba – njezin koncept i pravni režim – imaju veliki utjecaj na sveobuhvatni sustav odnosa koje uprava ima sa „svojim“ pravom. U prilog toj tezi, ponudit ćemo dvostruku demonstraciju. 2.- Prva predstavlja razmišljanje (nužno kratko) o mjestu koje zauzima javna služba u povijesnom razvoju onoga što se u Francuskoj zove „upravno pravo“. Javna služba se, zapravo, uvijek uzimala u samom kretanju tog upravnog prava (Prvi dio). U toj priči, možemo razlikovati tri velike faze (vrlo neujednačene važnosti). Nakon što je javna služba odlučno pridonijela izgradnji upravnog prava kao posebnog pravnog područja, tj. izvan područja općeg prava (1.-A), doživjet će dugo turbulentno razdoblje koje odgovara onome što doktrina uglavnom zove „krizom“ upravnog prava (1.-B). No, možda smo u posljednje vrijeme svjedoci određene stabilizacije javne službe i prava javnog djelovanja. (1.-3). 3.- Nakon izlaganja promjena u javnoj

⁵² V. en ce sens l'article précité d'O. Bui-Xuan

⁵³ V. là-dessus, J. Caillousse, L'Etat du droit administratif, LGDJ, col. «Droit et Société», Paris, 2015

službi u dugoj upravnoj povijesti, posvetit ćemo se uočavanju preobrazbi francuskog koncepta javne službe koje su u tijeku (Drugi dio). Pravni identitet francuskog koncepta javne službe doživljava značajne preobrazbe pod naročitim utjecajem tri velike pojave: prvo, susret između prava javne službe i prava tržišnog natjecanja (2.-A), drugo, nastanak novih interakcija između javne službe/ javnih službi i teritorija (2.-B) i konačno, uključivanje prava javne službe u suvremene rasprave o sekularnosti (2.-C).

Quentin Epron*

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

* Maître de conférences, Vice-président de l’Université Panthéon-Assas, Paris 2

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 clientèle¹.

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^e 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

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.

: comme la nomination, la révocation implique l'accord des deux. 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

³ M. Michaut, op. cit., p. 634-635.

⁴ MM, p.630.

complet sur l'ensemble des agents chargés de fonctions d'application de la loi. En 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 Président⁵⁵.

L'étape suivante, dans l'histoire de ce grand débat américain, c'est le développement de la théorie dite de l'« Exécutif unitaire »⁶⁶. 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 présidentiel⁷⁷. 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. À 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 mérite⁸⁸. 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.

SAŽETAK:

KOMPARATIVNA PERSPEKTIVA POLOŽAJA I STATUSA JAVNIH SLUŽBENIKA: OVLAST PREDSEDNIKA DA RAZRIJEŠI SAVEZNE SLUŽBENIKE U PRAVNOM SUSTAVU SJEDINJENIH AMERIČKIH DRŽAVA

Rad analizira razvoj i ustavnopravne prijemore oko ovlasti predsjednika Sjedinjenih Američkih Država da razrješava savezne službenike. Američki Ustav izričito uređuje imenovanje saveznih dužnosnika, ali ne propisuje način njihova razrješavanja, zbog čega je pitanje predsjednikove ovlasti za opoziv službenika, od samih početaka, izazivalo rasprave među američkim pravnicima i političarima. Ovlast razrješavanja povezana je s predsjednikovom ulogom u upravljanju izvršnom vlašću te osiguravanju lojalnosti državne uprave. Posebno važna bila je rasprava iz 1789. godine, poznata kao „Decision of 1789“, tijekom koje su se pojavila različita tumačenja ustava: od stava da samo opoziv (impeachment) omogućuje smjenu dužnosnika, do tvrdnje da predsjednik raspolaže samostalnim pravom razrješavanja. Iako tadašnji Kongres nije dao potpuno jasan odgovor, postupno se razvila praksa koja je jačala predsjednički utjecaj nad izvršnom granom vlasti. Ključne odluke Vrhovnog suda dodatno su oblikovale ovu problematiku. U predmetu *Myers v. United States* (1926.)

⁸⁸ Cf sur ce point les belles analyses de Francis Fukuyama dans son ouvrage *Political Order and Political Decay*.

Sud je priznao široku predsjednikovu ovlast razrješenja saveznih službenika. Međutim, u odluci *Humphrey's Executor v. United States* (1935.) dopuštena su zakonska ograničenja predsjednikove ovlasti kada je riječ o neovisnim regulatornim tijelima, čime je potvrđena mogućnost postojanja upravnih agencija zaštićenih od izravne predsjedničke kontrole. Rad također prikazuje razvoj teorije „unitarnog izvršitelja“ iz 1980-ih godina, prema kojoj predsjednik mora imati potpunu kontrolu nad izvršnom vlašću. Ta teorija kritizira neovisne agencije i zagovara snažniju hijerarhijsku organizaciju izvršne vlasti. Ovlasti predsjednika da razriješi savezne službenike prikazane su kao ogledni primjer promjena američke države, uprave i ustavnih shvaćanja.

Yves Gounin*

L'INDIVIDU FACE À L'ÉTAT : STATUT ET RÔLE DU LANCEUR D'ALERTE

UDK: 323.2

Priljeno: 1. rujna 2018.

Izvorni znanstveni rad

L'institut des dénonciateurs a pour but de mettre publiquement en garde contre les actes illégaux commis par certaines personnes dans le secteur public. Le terme «dénoncateur» désigne une personne ou un individu assez courageux, par conviction morale et malgré les risques auxquels elle s'expose, pour son intégrité personnelle qui décide de parler ouvertement et publiquement d'un comportement illégal ou contraire à l'éthique de la part de leurs supérieurs. Historiquement, les pays anglo-saxons ont davantage tendance à protéger et à reconnaître les lanceurs d'alerte que les pays continentaux. Par exemple, aux États-Unis, en 1863, la False Claim Act a été adoptée dans le but de protéger contre la corruption de fournisseurs publics. Les droits des lanceurs d'alerte aux États-Unis d'Amérique sont spécifiques. Ils soulignent l'importance de récompenser, notamment en matière de fraude fiscale et financière. L'auteur décrit des exemples du Royaume-Uni, du Canada, d'Italie, d'Allemagne, de Bosnie-Herzégovine. En République française, le lanceur d'alerte a un statut, une cohérence et une efficacité particuliers, acquis grâce aux réformes législatives de 2016. Depuis des années, les organisations internationales mettent en avant l'importance des cadres institutionnels et normatifs régissant la réglementation des lanceurs d'alerte. L'affirmation de l'institut des lanceurs d'alerte a été particulièrement soulignée dans la recommandation du Conseil de l'Europe de 2014 sur la protection des lanceurs d'alerte. Cela suggère que les États membres mettent en place un cadre global pour la protection de ceux qui signalent des irrégularités dans le cadre de relations de travail. Des principes tels que des directives pour aider à la formulation sont également énoncés. Le 14 février 2017, dans le cadre de l'Union européenne, le Parlement européen a adopté la résolution sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, faisant référence au programme européen global pour la protection des lanceurs d'alerte.

Mots clés: individu, contrôle de l'État, dénonciateur en tant que gardien de l'intérêt public

Le lanceur d'alerte est celui qui choisit de révéler des faits dont il a personnellement connaissance parce qu'ils menacent le bien commun¹. Généralement, il doit cette connaissance à son appartenance à la collectivité ou à l'institution à l'origine des faits en cause ou aux étroites relations qu'il entretient avec elle. La dénonciation suppose donc, de sa part, à tout le moins, la méconnaissance d'une « obligation informelle de loyauté et de solidarité »². Donner l'alerte est donc un choix courageux et difficile ; c'est celui « que fait l'individu pris à l'intérieur d'un conflit de devoirs et

* Chargé des relations internationales du Conseil d'État

¹ F. Chateaurayraud, « Lanceur d'alerte » in *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*, Paris, GIS Démocratie et Participation, 2013, disponible en ligne, définissant le lanceur d'alerte comme la personne ou le groupe qui rompt le silence pour signaler des faits de nature à violer un cadre légal ou réglementaire ou entrant en conflit avec le bien commun ou l'intérêt général.

² D. Lochak, « L'alerte éthique, entre dénonciation et désobéissance », *AJDA* 2014 p. 2236.

soumis à des injonctions contradictoires »³ de faire « *prévaloir sa conscience sur le devoir d'obéissance parce qu'il considère qu'il a le devoir éthique de dire la vérité sur ce qu'il a eu à connaître* »⁴.

Traditionnellement, une connotation négative s'attache à l'idée même de dénonciation. Elle est particulièrement marquée dans les pays qui ont connu des dictatures⁵ : un tel passé peut expliquer que la dénonciation soit assimilée à une forme de collaboration avec un pouvoir illégitime. Mais précisément, ne faut-il pas revoir cette conception lorsque le pouvoir en question est d'origine démocratique et qu'il s'inscrit dans le cadre de l'État de droit ? Cet idéal ne doit-il pas l'emporter sur les intérêts particuliers de quelque collectivité, de quelque institution que ce soit ? Car il en va du bon fonctionnement de notre démocratie, qui suppose que « *chaque citoyen [prenne] sa part dans la défense de l'intérêt général* », en exerçant sa « *vigilance* » et en faisant preuve de courage civique⁶. En effet, la démocratie ne se résume pas à l'élection régulière des représentants ; elle s'étend au contrôle continu des gouvernés sur les gouvernants. Le philosophe Alain disait qu'elle « *réserve au peuple un pouvoir de regard et de jugement. Il n'en faut pas plus. Tous les abus sont secrets* »⁷. D'autant que le lanceur d'alerte est tout sauf un dissident, un « *opposant radical à la collectivité ou à l'institution dont il fait partie* »⁸ : il se borne à en signaler les dérives pour les faire cesser, contribuant ainsi à améliorer le fonctionnement collectif⁹.

L'émergence récente du concept de lanceur d'alerte témoigne d'une évolution des mentalités, liée à celle du rapport à l'autorité. Longtemps, le respect de l'autorité ne se discutait pas. Mais, de nos jours, il ne va plus de soi. Il est conditionné par le respect de principes, de valeurs supérieures. C'est la dialectique toujours recommencée de Créon et Antigone : respect de la loi positive d'un côté, de la loi naturelle de l'autre. « *Un trop grand silence me paraît aussi lourd de menace qu'un explosions de cris* »¹⁰, s'alarme le messager dans la pièce de Sophocle. L'utilité de l'alerte s'inscrit en faux contre le principe de loyauté.

Mais l'alerte comporte des risques d'atteinte aux intérêts des personnes qu'elle vise, voire de déstabilisation des institutions et de la démocratie elle-même¹¹, car une dénonciation publique non fondée peut s'avérer dévastatrice¹². Ces risques sont accrus par l'évolution des techniques de communication, qui augmentent

³ D. Lochak, précité.

⁴ « Contribution du professeur Henri Oberdorff sur la notion d'alerte éthique », in Conseil d'Etat, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, Paris, La Documentation française, p. 111.

⁵ *A contrario*, les pays anglo-saxons, qui n'ont pas un tel passé, disposent d'une tradition ancienne de protection des lanceurs d'alerte, comme le montre F. Chaltiel Terral dans *Les lanceurs d'alerte*, Paris, Dalloz, 2018.

⁶ H. Oberdorff, précité, pp. 112-113.

⁷ Alain, *Propos de politique*, Rieder, Paris, 1934, p. 324.

⁸ Conseil d'Etat, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, précité, pp. 11-12.

⁹ D. Lochak, précité.

¹⁰ Sophocle, *Antigone*, Paris, G-F, 1999, p. 97.

¹¹ F. Chaltiel Terral, précité, p. 10.

¹² F. Chaltiel Terral, précité, p. 25.

considérablement les possibilités d'expression du lanceur d'alerte¹³ ainsi que leur impact. Il est donc indispensable d'encadrer l'alerte pour ménager un équilibre entre la liberté d'expression au nom de l'intérêt général et la protection des autres intérêts en jeu.

Les pays anglo-saxons apparaissent historiquement plus favorables à la protection et à la reconnaissance des lanceurs d'alerte que les pays continentaux. Aux États-Unis, le premier texte législatif en la matière est ancien. Il s'agit du *False Claim Act*, voté en 1863, afin de combattre les fraudes des fournisseurs du gouvernement pendant la guerre de Sécession. Néanmoins, le droit des lanceurs d'alerte aux États-Unis est très spécifique. Il donne une importance centrale à l'idée de récompense, et s'applique surtout aux cas de fraude fiscale ou financière. Le Royaume-Uni s'est doté d'un mécanisme relativement équilibré et complet, avec l'adoption en 1998 du *Public Interest Disclosure Act*. Sont ainsi mis en place des dispositifs de prévention et de réparation, sans pour autant accorder de récompense. Le lanceur d'alerte y est protégé en amont, avec un référé conservatoire d'emploi, et en aval, avec le dédommagement des frais exposés, de la perte de revenus, et du préjudice moral. Le *Public Interest Disclosure Act* concerne le secteur public et le secteur privé, contrairement au Canada, par exemple, qui ne protège que les fonctionnaires (hors militaires)¹⁴

Les pays européens continentaux ne partagent pas nécessairement la culture du lanceur d'alerte comme elle existe dans les pays anglo-saxons, et leur protection s'avère plus sectorielle. L'Italie protège notamment les agents publics divulguant des éléments pouvant servir à la lutte contre la corruption (loi du 6 novembre 2012). L'Allemagne a longtemps été réticente à la possibilité d'un droit des lanceurs d'alerte. La décision *Heinisch* de la Cour européenne des droits de l'Homme du 21 juillet 2011, remet d'ailleurs en cause une décision de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe ayant privilégié la notion de loyauté professionnelle à celle de protection du lanceur d'alerte. Malgré tout, les lanceurs d'alerte y sont protégés dans le secteur financier. En Bosnie, le législateur, conscient d'un contexte de corruption amenant une application effective très aléatoire d'une loi de protection des lanceurs d'alerte (intimidations, dissimulations de preuves...), a prévu l'octroi d'un statut pour le lanceur d'alerte, qui bénéficie par la suite d'une protection du ministère de la Justice contre certaines mesures de rétorsions, et choisit le canal de diffusion de ses révélations.

En droit français, des garanties ont d'abord été accordées en ordre dispersé (I) avant de faire place à une construction d'ensemble (II).

¹³ Conseil d'Etat, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, précité, pp. 11-12.

¹⁴ Loi du 15 avril 2007 sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles.

1. DES GARANTIES ACCORDÉES AU LANCEUR D'ALERTE EN ORDRE DISPERSÉ

Les garanties accordées au lanceur d'alerte ont d'abord été sectorielles. Des mécanismes traduisant le souci de protection du lanceur d'alerte existent de longue date (A). Dans la période récente, ils se sont rapidement multipliés (B). Il en est résulté une faible cohérence d'ensemble (C).

1.1. Des mécanismes sectoriels anciens de protection du lanceur d'alerte

La France ne connaît pas de véritable tradition de protection du lanceur d'alerte comparable à celle de pays anglo-saxons¹⁵ comme par exemple les Etats-Unis¹⁶ ou le Royaume-Uni¹⁷. On peut néanmoins en trouver des racines dans le droit de résistance à l'oppression consacré par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 ; mais les contours de ce droit sont, par nature, difficiles à cerner¹⁸.

Quelques mécanismes sectoriels anciens ne sont toutefois pas sans lien avec la protection du lanceur d'alerte. Aux termes de l'article 40 alinéa 2 du Code de procédure pénale : « *Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs* ».

Des dispositions du droit du travail et de la fonction publique instaurent un droit d'alerte en vue de préserver la santé et la sécurité au travail¹⁹. Depuis la loi du 23 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), le représentant du personnel au sein dudit comité dans l'entreprise, lorsqu'il « *constate qu'il existe une cause de danger grave et imminent, notamment par l'intermédiaire d'un travailleur, en alerte immédiatement l'employeur* ». Ce dispositif s'applique aussi à la fonction publique²⁰. Depuis la loi du 31 décembre

¹⁵ F. Chaltiel Terral, précité, pp. 3-4 et 40.

¹⁶ N. Lenoir, « Les lanceurs d'alerte – Une innovation française venue d'outre-Atlantique », *La Semaine juridique Entreprise et Affaires*, n° 42, 15 octobre 2015, p. 1492.

¹⁷ Le *Public Interest Disclosure Act (PIDA)* du 29 juin 1998 est une législation globale instaurant un signalement gradué par paliers et un double mécanisme de protection, à la fois de prévention (référé conservatoire d'emploi) et de réparation (du dommage subi) et modifiant la loi relative aux droits fondamentaux des salariés (*The Employment Rights Act (ERA)* de 1996. Sa révision du 25 juin 2013 recentre la définition du signalement sur la notion d'intérêt général en remplaçant l'exigence de bonne foi par celle que l'alerte soit faite dans l'intérêt du public et introduisant des sanctions pénales contre les auteurs de représailles.

¹⁸ H. Oberdorff, précité, p. 112.

¹⁹ F. Chaltiel Terral, précité, pp. 17-22.

²⁰ Par le décret du 28 mai 1982 pour la fonction publique d'Etat et par celui du 9 mai 1995 pour la fonction publique territoriale et par l'article L. 4111-1 du Code du travail pour la fonction publique hospitalière.

1992, le délégué du personnel, lorsqu'il « *constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique ou mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, en saisit immédiatement l'employeur* ».

1.2. Une multiplication rapide des régimes de protection du lanceur d'alerte

L'adoption de tels mécanismes s'est brusquement accélérée par l'adoption de dispositions visant à lutter contre les discriminations dans le monde du travail en protégeant ceux qui les signalent en matière :

- de harcèlement sexuel (loi du 2 novembre 1992)
- de discriminations (loi du 2 novembre 2001)
- de harcèlement moral (loi du 17 janvier 2002).

Le droit d'alerte du délégué du personnel, précédemment mentionné (voir *supra* I.A.) a été élargi par la loi du 6 août 2012 relative au harcèlement moral, aux faits de harcèlement moral et de discriminations, pour inclure « toute mesure discriminatoire en matière d'embauche, de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de classification, de promotion professionnelle, de mutation, de renouvellement de contrat, de sanction ou de licenciement ». S'agissant des fonctionnaires, la loi du 26 juillet 2005 a inclus les faits d'agissement contraires au principe de non-discrimination y compris à l'égard du sexe, celle du 9 mai 2001 a inclus ceux constitutifs de harcèlement sexuel, celle du 17 janvier 2002 ceux de harcèlement moral.

La loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale a mis en place un dispositif de protection des personnes procédant au signalement de faits de maltraitances dont sont victimes les enfants et les adultes vulnérables accueillis dans les institutions sociales ou médico-sociales. D'autres dispositifs ont été adoptés en matière de signalement :

- de faits de corruption dans le secteur privé (loi du 13 novembre 2007)
- de faits relatifs à la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé (loi du 29 décembre 2011)
- de risques graves pour la santé publique et l'environnement (loi du 16 avril 2013)
- des conflits d'intérêts dans la vie publique (loi du 11 octobre 2013)

La loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement a prévu une protection spécifique pour les agents des services de renseignement signalant des faits susceptibles de constituer une violation manifeste de la loi, auprès de l'autorité de régulation de cette activité, la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR).

1.3. Une faible cohérence d'ensemble

Le Premier ministre a demandé au Conseil d'Etat, en 2016, de réaliser une étude dressant un bilan critique de ces divers mécanismes et formulant des propositions pour en améliorer l'efficacité²¹.

Dans son étude adoptée le 25 février 2016 *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, le Conseil d'Etat a constaté qu'en se multipliant, les mécanismes de protection des lanceurs d'alerte en étaient venus à former un ensemble disparate présentant une « faible cohérence d'ensemble ». Il a estimé qu'une approche globale était préférable aux démarches sectorielles qui avaient été adoptées jusque là, du point de vue de sa lisibilité et de sa sécurité juridique notamment²².

Il a donc recommandé de définir un « socle de dispositions communes » applicables à tout lanceur d'alerte, consistant non seulement dans la définition de ce dernier mais encore dans celle des procédures qu'il doit suivre pour lancer l'alerte, des protections dont il bénéficie et des modalités selon lesquelles le destinataire de l'alerte doit traiter celle-ci²³.

Ce faisant, le Conseil d'Etat a jeté les fondations d'un véritable statut du lanceur d'alerte. La loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi « Sapin²⁴ II », s'est largement inspirée de ses recommandations.

2. LA CONSTRUCTION D'ENSEMBLE D'UN STATUT DU LANCEUR D'ALERTE

La loi « Sapin II » adopte la démarche globale préconisée par le Conseil d'Etat en définissant le « socle commun » d'un statut du lanceur d'alerte (A). Elle instaure une procédure visant à ménager un équilibre entre les divers intérêts en jeu (B) dont le respect conditionne les garanties qu'elle accorde à tout lanceur d'alerte (C).

2.1. La définition du « socle commun » d'un statut du lanceur d'alerte

La loi définit le lanceur d'alerte comme une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves dont elle a eu personnellement connaissance²⁵.

²¹ Conseil d'Etat, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, précité, p. 12.

²² Conseil d'Etat, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, précité, p. 46.

²³ Conseil d'Etat, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, précité, proposition 1.

²⁴ Du nom de Michel Sapin, ministre de l'économie et des finances du gouvernement dirigé par Manuel Valls, à l'origine de ce projet.

²⁵ Article 6 de la loi.

Elle couvre un champ d'application large dont sont seuls exclus les domaines couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical et le secret professionnel des avocats. En ces matières, le Conseil d'Etat a appelé à préciser, par des dispositions *sectorielles*, les modalités de la conciliation à opérer entre les dispositions relatives au droit d'alerte et chacun des secrets pénalement protégés, en déterminant les conditions dans lesquelles il est possible d'y déroger pour lancer une alerte²⁶.

La question du respect du secret de la défense nationale s'est notamment posée à plusieurs reprises ces dernières années aux Etats-Unis. Il s'agissait alors de déterminer si la menace terroriste justifiait une surveillance de masse, parfois à la limite de la légalité, et souvent au seuil de l'immoralité. Lorsqu'Edward Snowden, par exemple, dévoile des informations hautement confidentielles sur les systèmes d'écoutes à grande échelle de la NSA de citoyens américains et du monde entier, il révèle manifestement des secrets n'ayant pas vocation à être diffusés. Et malgré le fait que les pratiques qu'il dénonce soient tout à fait illégales d'un point de vue du droit américain, il se voit dans l'obligation de trouver l'asile politique en Russie, mettant au jour le dilemme du lanceur d'alerte, entre loyauté patriotique et dénonciation d'une injustice. La précarité de sa situation – la Russie lui a octroyé en 2013 l'asile temporaire puis, en 2014, un permis de résidence de trois ans prolongé en 2017 pour la même durée – illustre l'insuffisance d'un socle commun international « désétatisé » de protection des lanceurs d'alerte.

En matière médicale, le décret du 27 avril 2016 relatif à la création de l'Agence nationale de santé publique prévoit que le comité d'éthique et de déontologie de ce nouvel organisme peut être saisi dans son champ de compétence notamment par tout agent de l'agence. Il organise ainsi un droit d'alerte dans un domaine qui peut être couvert par le secret médical.

2.2. L'instauration d'une procédure visant à ménager les intérêts en jeu

De par la procédure qu'elle instaure, la loi met en œuvre la « gradation des canaux »²⁷ préconisée par le Conseil d'Etat²⁸ en prévoyant que le lanceur d'alerte doit d'abord s'adresser, selon son statut, à son supérieur hiérarchique ou à son employeur et que c'est seulement faute de diligences effectuées par les premiers destinataires de l'alerte qu'il peut se tourner, selon le cas, vers l'autorité administrative, judiciaire ou l'ordre professionnel compétent, la divulgation de l'information au public n'intervenant qu'en dernier ressort. La loi garantit également la confidentialité du traitement des signalements en ce qui concerne les personnes visées et les informations en cause²⁹, conformément aux préconisations de l'étude³⁰.

²⁶ Proposition 8 de l'étude.

²⁷ Article 8 de la loi.

²⁸ Proposition 2 de l'étude.

²⁹ Article 9 de la loi.

³⁰ Proposition 5 de l'étude.

Pour assurer la mise en œuvre de ce principe, la loi a posé que « *des procédures appropriées de recueil des signalements émis par les membres de leur personnel ou par des collaborateurs extérieurs et occasionnels sont établies par les personnes morales de droit public ou de droit privé d'au moins cinquante salariés, les administrations de l'Etat, les communes de plus de 10 000 habitants ainsi que les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre dont elles sont membres, les départements et les régions, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* »³¹.

Le décret d'application relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'Etat a été pris le 19 avril 2017. Il définit les modalités selon lesquelles ces procédures de recueil de signalements doivent être établies. Il dispose³² que ces dernières précisent les dispositions prises pour informer l'auteur du signalement de la réception de ce dernier, du délai nécessaire à son examen et des modalités selon lesquelles il sera informé des suites qui lui seront données, conformément à la préconisation du Conseil d'Etat d' « instituer (...) l'obligation pour le responsable saisi d'accuser réception de l'alerte, puis de tenir informé le lanceur d'alerte des suites données à sa démarche »³³. En effet, la perspective que l'alerte sera effectivement prise en compte est une motivation essentielle du lanceur d'alerte. Elle est donc importante pour inciter le lanceur d'alerte à respecter la procédure et, partant, pour assurer l'effectivité de celle-ci.

Le décret du 19 avril 2017 prévoit également l'obligation pour tout organisme de diffuser la procédure de recueil des signalements qu'il a établie, de manière à la rendre accessible non seulement aux membres de son personnel mais également à ses collaborateurs extérieurs ou occasionnels³⁴, mettant ainsi en œuvre une préconisation de l'étude³⁵. Par ailleurs, la loi organique du 9 décembre 2016 relative à la compétence du Défenseur des droits³⁶ – une autorité constitutionnelle – a confié à ce dernier deux missions nouvelles : celle d'aider tous les lanceurs d'alerte à s'orienter et celle de protéger leurs droits et libertés. La première mission

procède de la mise en place d'un portail pour les personnes ne sachant à quelle autorité s'adresser³⁷. La seconde mission met en œuvre la préconisation d'étendre les compétences du Défenseur des droits à la protection des lanceurs d'alerte contre toute mesure de représailles³⁸. En juillet 2017, le Défenseur des droits a publié sur son site un guide relatif à ces deux nouvelles missions, « Orientation et protection des lanceurs d'alerte », exposant la procédure devant être suivie pour procéder à

³¹ Article 8 III de la loi.

³² Article 5 du décret.

³³ Proposition 10 de l'étude.

³⁴ Article 6 du décret.

³⁵ Proposition 3 de l'étude.

³⁶ Le Défenseur des Droits est une autorité constitutionnelle créée par la révision du 23 juillet 2008 chargée de veiller au respect des droits et libertés par les pouvoirs publics.

³⁷ Proposition 9 de l'étude.

³⁸ Proposition 15 de l'étude.

un signalement et celle suivie par le Défenseur des droits lorsqu'il est saisi par un lanceur d'alerte s'estimant victime de mesures de rétorsions ou de représailles.

Il est en effet indispensable de protéger le lanceur d'alerte en lui accordant des garanties. Leur bénéfice est subordonné au respect de la procédure de signalement instaurée, comme préconisé par le Conseil d'Etat³⁹.

2.3. Des garanties accordées au lanceur d'alerte

Une première garantie consiste à protéger les lanceurs d'alerte contre les poursuites pénales dont ils pourraient faire l'objet en raison des informations qu'ils auraient divulguées dans le respect de la loi. La loi Sapin II du 9 décembre 2016⁴⁰ a ajouté un article 122-9 au code pénal à cette fin, aux termes duquel : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique* ».

Une seconde garantie consiste dans la protection des lanceurs d'alerte contre toute mesure de rétorsion qu'un employeur, qu'il soit public ou privé, pourrait prendre à leur encontre pour les mêmes motifs. La loi ajoute à cette fin une nouvelle disposition dans le code du travail⁴¹, aux termes de laquelle : « *aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation professionnelle, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat, pour avoir signalé une alerte dans le respect des articles 6 à 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique* ». Des dispositions similaires concernant les personnels civils et militaires sont ajoutées au Code de la défense⁴² et aux statuts de la fonction publique⁴³.

Le droit américain prévoit de nombreux mécanismes afin de récompenser les lanceurs d'alerte. Les dispositifs compensatoires prennent principalement deux formes :

³⁹ Proposition 12 de l'étude.

⁴⁰ Par l'article 7 de la loi.

⁴¹ Il s'agit d'un nouvel alinéa à l'article L. 1132-3-3 du Code du travail.

⁴² Il s'agit d'un nouvel alinéa de l'article L. 4122-4 du Code de la défense.

⁴³ Il s'agit d'un nouvel alinéa de l'article 6 ter A de loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

- les lois *qui tam*, qui permettent au lanceur d'alerte d'agir en justice au nom du gouvernement américain et d'obtenir en récompense une partie des fonds qu'il aide à recouvrer (lorsqu'en 2009, Pfizer est condamné à payer 2,3 milliards de dollars de pénalités au gouvernement américain, une centaine de millions de dollars de cette pénalité est octroyée aux lanceurs d'alerte)
- les lois compensatoires classiques qui récompensent toute information utile transmise par un lanceur d'alerte aux autorités publiques (dans le cadre, notamment, du *Dodd-Frank Act* de 2010).

Au contraire, le législateur français n'a pas prévu de mesures de ce type. Il s'est rangé à l'avis du Conseil d'Etat⁴⁴, pour lequel les incitations financières auraient risqué de favoriser les alertes malveillantes, en violation de la raison d'être de l'alerte lancée dans l'intérêt général, et non afin d'obtenir une rémunération. Cette position s'appuie sur la motivation de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme *Guja c. Moldova* du 12 février 2008, selon lequel « *un acte motivé par un grief ou une animosité personnels ou encore par la perspective d'un avantage personnel, notamment un gain pécuniaire, ne justifie pas un niveau de protection élevé* ».

S'agissant des agents publics, la loi du 9 décembre 2016 étend, comme le Conseil d'Etat l'avait préconisé⁴⁵, le pouvoir d'injonction du juge administratif en prévoyant que celui-ci peut ordonner la réintégration effective de l'agent évincé à raison de l'alerte qu'il a lancée dans le respect de la loi.

La confidentialité du traitement des signalements en ce qui concerne l'identité des lanceurs d'alerte, prévue par la loi⁴⁶ conformément aux préconisations de l'étude⁴⁷, est également une garantie pour ces derniers.

3. CONCLUSION : DES RÈGLES COMMUNES À ÉTABLIR

Le lanceur d'alerte est aujourd'hui doté d'un statut en droit français qui a beaucoup gagné en cohérence et en effectivité grâce à la réforme législative de 2016.

Il conviendra, dans quelques années, de dresser un bilan de son application ; car en la matière, c'est surtout au regard de l'utilisation qui en est faite qu'il conviendra de l'apprécier.

La protection du lanceur d'alerte s'inscrit aussi dans un environnement juridique international qui se saisit de plus en plus de la question. La protection internationale du lanceur d'alerte procède pour l'heure surtout du droit souple. Le Conseil de l'Europe s'est saisi de la question dès 2000⁴⁸. Le G20 a émis des principes directeurs en 2010.

⁴⁴ Conseil d'Etat, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, précité, p. 76.

⁴⁵ Proposition 13 de l'étude.

⁴⁶ Article 9 de la loi.

⁴⁷ Proposition 5 de l'étude.

⁴⁸ Conseil d'Etat, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, précité, p. 6

L'OCDE a rendu en 2016 un rapport *S'engager pour une protection efficace des lanceurs d'alerte*⁴⁹.

Toutefois, un standard européen de protection minimale sur le fondement de la liberté d'expression garantie par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales émerge de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg⁵⁰. Une partie de la doctrine propose d'aller plus loin en consacrant un nouveau droit dans la Convention par voie de protocole additionnel⁵¹.

De plus, dans le cadre de l'Union européenne, le Parlement européen a adopté le 14 février 2017 une résolution *Sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, appelant à un programme européen complet de protection des lanceurs d'alerte et invitant la Commission à émettre des propositions. Il a adopté un rapport sur les mesures légitimes visant à protéger les lanceurs d'alerte qui divulguent, au nom de l'intérêt public, des informations confidentielles d'entreprises et d'organismes publics le 10 octobre 2017. L'adoption d'une législation européenne en la matière ne serait pas dénuée d'intérêt dès lors que « les risques dépassent souvent les frontières nationales et le lanceur d'alerte peut, par son action, se trouver face à des acteurs non seulement dans son État d'origine et lieu du lancement de l'alerte, mais aussi face à des acteurs se situant dans d'autres États »⁵².

SAŽETAK:

POJEDINAC SPRAM DRŽAVE: STATUS I ULOGA ZAŠTITINIK JAVNOG INTERESA (ZVIŽDAČA)

Institut zviždača predstavlja važan mehanizam zaštite javnog interesa u demokratskim društvima. Zviždač je osoba koja, vođena moralnim uvjerenjima i osjećajem odgovornosti, prijavljuje nezakonite, neetične ili štetne radnje za koje je saznala unutar organizacije ili institucije. Takav čin često podrazumijeva osobne i profesionalne rizike jer zviždači mogu biti izloženi pritiscima, diskriminaciji ili drugim oblicima odmazde. Iako je prijavljivanje nepravilnosti u prošlosti često bilo povezivano s negativnim značenjem, suvremene demokracije sve više prepoznaju važnost zviždača kao čuvara javnog interesa. Oni pridonose transparentnosti, zakonitosti i odgovornosti institucija te omogućuju građanima učinkovitiji nadzor nad djelovanjem vlasti i drugih organizacija. Istodobno, potrebno je spriječiti zlorabe jer neutemeljene prijave mogu narušiti ugled pojedinaca i destabilizirati institucije. Različite države razvile su različite modele zaštite zviždača. Angloameričke zemlje, posebno Sjedinjene Američke Države i Ujedinjeno Kraljevstvo, među prvim su uspostavile sustave koji štite osobe koje prijavljuju nepravilnosti. U kontinentalnoj Europi zaštita se razvijala

⁴⁹ Résumé du rapport disponible en ligne sur le site de l'OCDE.

⁵⁰ Voir par exemple l'arrêt précité du 12 janvier 2008 Guja contre Moldova n° 14277/04 et l'arrêt Heinisch c. Allemagne n° 28274/08.

⁵¹ F. Chaltiel Terral, précité, pp. 129-130.

⁵² F. Chaltiel Terral, précité, p. 124.

sporije i uglavnom je bila ograničena na pojedina područja poput borbe protiv korupcije, zaštite zdravlja ili sigurnosti na radu. Važan korak predstavlja francuska reforma iz 2016. godine, kojom je uspostavljen jedinstven pravni okvir za zaštitu zviždača. Zakon definira tko može imati status zviždača, propisuje postupak prijavljivanja nepravilnosti te osigurava zaštitu od kaznenog progona, otkaza i drugih oblika odmazde. Poseban naglasak stavljen je na povjerljivost identiteta zviždača i postupno prijavljivanje nepravilnosti nadležnim tijelima. Na međunarodnoj razini sve je veći interes za uspostavljanje zajedničkih standarda zaštite zviždača. Organizacije poput Vijeća Europe, OECD-a i Europske unije ističu važnost stvaranja učinkovitih mehanizama koji će pojedincima omogućiti sigurno prijavljivanje nepravilnosti. Time se potvrđuje sve veća uloga zviždača u zaštiti demokracije, vladavine prava i javnog interesa.

Yves Doutriaux*

L'ADMINISTRATION FRANÇAISE ET L'UE-LE RÔLE DE LA REPRÉSENTATION PERMANENTE DE LA FRANCE AUPRÈS DES INSTITUTIONS EUROPÉENNES

UDK: 327.82 (44:4-6 EU)
321:061.1 EU
DOI: 10.31141/zrpfs.2020.57.135.23
Prethodno znanstveno priopćenje
Primljeno: 1. prosinca 2019.

Les ambassades multilatérales sont particulières puisque, à la différence des ambassades bilatérales, en général pour un Etat beaucoup plus nombreuses- à l'exception de micro-Etats qui parfois se bornent à une ambassade auprès de l'ONU-, elles ne sont pas seulement accréditées auprès d'une entité extérieure- en l'occurrence une organisation internationale ou régionale- mais encore participent aux décisions de cette entité. En effet, le représentant permanent et ses collaborateurs représentent leur gouvernement au sein des institutions ou des organes de cette organisation internationale (le conseil de sécurité de l'ONU, le conseil atlantique ou le conseil de l'UE...). En général, les postes diplomatiques multilatéraux sont assez primés dans la carrière notamment les postes auprès des organisations internationales les plus importantes, c'est-à-dire, pour la France, l'ONU- compte-tenu du siège permanent au sein du Conseil de sécurité-, l'UE- ce qui est le cas pour tous les Etats membres de l'UE compte-tenu du caractère très particulier de l'UE, organisation régionale sui generis ayant atteint un degré d'intégration inédit, voire l'OTAN, même si cette dernière organisation s'interroge sur son avenir depuis la chute du mur de Berlin puis l'avènement de Donald Trump...

En ce qui concerne la représentation permanente(RP) de la France auprès de l'UE, elle est confiée à un diplomate de haut niveau, expert des questions européennes lesquelles ont toujours été particulières notamment par leur degré de complexité et de diversité dans les matières traitées. Les experts en questions européennes forment une sorte d'aristocratie parmi les diplomates français de carrière ; ils appartiennent à un « réseau » d'experts spécialistes des affaires européennes. Le représentant permanent a toujours été un diplomate de carrière, à la différence de certains Etats membres qui y ont parfois nommés des anciens ministres. En revanche, dans le cas français comme dans le cas de la plupart des RP, l'ambassadeur diplomate de carrière et le représentant permanent adjoint sont accompagnés de conseillers issus non seulement de la carrière diplomatique mais aussi de la plupart des autres ministères, leur nombre

* *Chargé des relations internationales du Conseil d'État*

et leur diversité d'origine s'accroissant au fur et à mesure du développement des domaines d'intervention de la CEE, puis de la CE et enfin de l'UE.

Quelques mots d'histoire : les traités CEE et CEEA signés en mars 1957 disposaient (articles 151 et 121) que le règlement intérieur des Conseils pouvait prévoir la constitution d'un comité formé de représentants des Etats membres dont les Conseils détermineraient la mission et les compétences. Une semaine après l'entrée en vigueur des 2 traités, les 7 et 8 janvier 1958, les six ministres des affaires étrangères reconnurent l'opportunité de nommer aussitôt que possible des représentants permanents- évidemment nommés par chaque Etat membre- auprès des Communautés. Le 25 janvier 1958, le Conseil décidait également la création d'un COPEPER –comité des représentants permanents - qui serait intégré de facto au sein des institutions des Communautés européennes , au sein du Conseil. L'ambivalence de la RP éclatée entre le national, en tant que représentant d'un Etat membre, et le communautaire, en tant que participant à l'élaboration et la négociation de textes européens au sein du COPEPER, apparaissait posée dès l'origine.

Une croissance régulière des effectifs : la Représentation permanente française est une structure interministérielle, comprenant aujourd'hui une centaine de conseillers sur un total de 200 agents- soit 5 fois plus qu'en 1965- dont un tiers est issu du corps diplomatique(ces derniers suivent les relations extérieures de l'UE, les élargissements quand il y des négociations d'élargissement, les relations avec le Parlement et la presse, la PESC ainsi que certains dossiers plus techniques) - personnellement j'avais été chargé un temps de la politique régionale- aujourd'hui appelée politique de cohésion- et de la politique de la pêche avant de devenir « Antici », c'est-à-dire chargé notamment de la préparation de l'ordre du jour du Coreper (2^{ème} partie) et de rendre compte des travaux du Conseil européen ; un diplomate ayant rang d'ambassadeur représente la France au sein du comité pour la politique de sécurité commune (COPS aujourd'hui présidé par un fonctionnaire désigné par le haut représentant pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, Mme Mogherini et bientôt M. Borrell) . Les deux autres tiers des conseillers de la RP sont issus d'un nombre croissant de ministères, dont l'économie et les finances, l'agriculture, l'intérieur, les affaires sociales, la défense... Souvent un membre du Conseil d'Etat y est détaché en tant que conseiller juridique de la RP. L'AN et le Sénat disposent aussi d'un représentant auprès de l'UE hébergés au sein de la RP.

Interface entre la capitale et les institutions de l'Union européenne, la Représentation permanente joue un rôle central dans les communications entre Paris et Bruxelles, la conduite des négociations au sein des instances du Conseil de l'Union européenne et les relations avec les autres institutions, en particulier le Parlement européen et la Commission européenne.

Sa mission est d'une part de promouvoir et défendre les positions nationales auprès des institutions européennes(1) et d'autre part d'informer au mieux la capitale sur l'état des questions européennes (2):

1. - défendre et promouvoir les positions françaises :

- la Représentation permanente participe à Bruxelles à l'élaboration et à la conduite de l'ensemble des politiques de l'Union européenne : marché intérieur, agriculture, pêche, consommation, tourisme, transports, télécommunications, emploi, industrie, santé, recherche, environnement, éducation, relations extérieures, questions budgétaires et financières, justice et affaires intérieures....

Dans ce cadre, les conseillers de la Représentation permanente expriment les positions de la France dans les instances (multiples groupes de travail du Conseil) préparant les réunions du Conseil des Ministres. La Représentation permanente assiste les membres du gouvernement lors des réunions du Conseil des ministres de l'Union européenne ainsi que le Président de la République et son équipe lors des Conseils européens.

Les travaux du Conseil sont préparés par le *Comité des Représentants permanents* (Coreper) dans ses deux formations : d'une part, le Coreper 2, celui des ambassadeurs représentants permanents, qui prépare les travaux du Conseil dans ses formations affaires étrangères, affaires économiques et financières, affaires générales et justice et affaires intérieures et, d'autre part, le Coreper 1 où les Etats sont représentés par leur représentant permanent adjoint – pour la France c'est aussi un diplomate, contrairement à d'autres Etats membres qui confient ce poste à un fonctionnaire issu d'un « ministère technique », c'est le cas de l'Allemagne et du Royaume-Uni, qui prépare les autres formations du Conseil : agriculture et pêche, compétitivité, éducation, jeunesse, culture et sport, emploi, politique sociale et consommateurs, environnement et transports, télécommunications et énergie. Chacun de ces deux se réunissent chaque semaine. Le Coreper surveille et coordonne également les travaux des comités- comité de coordination pour l'espace de liberté, de sécurité et de justice, comité économique et financier et des sous-gouverneurs de banque centrale composé des directeurs du trésor et des sous-gouverneurs de banque centrale - traditionnellement très autonome-, COPS précité- et groupes de travail composés de fonctionnaires des Etats membres, diplomates des RP ou fonctionnaires venus des capitales, qui préparent au niveau technique les dossiers qui sont soumis au Coreper puis au Conseil, voire au Conseil européen pour les questions les plus sensibles sur lesquelles les ministres n'auraient pu se mettre d'accord.

La Représentation permanente est en relation avec tous les acteurs impliqués dans les processus de décision ; elle présente et explique les positions françaises aux membres de la Commission (cabinets des commissaires, DG) et du Parlement européen.

Elle travaille étroitement, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en 2009, avec le Service européen pour l'action extérieure que dirige le haut Représentant (Mme Federica Mogherini puis M.Josep Borrell avec la nouvelle Commission) et appuie la lente montée en puissance de ce service qui est supposée conjuguer et intégrer la culture de la Commission, du Secrétariat général du Conseil et des Etats membres pour tenter de faire une synthèse des différentes politiques européennes dans leur dimension externe qui complétera l'action des diplomaties nationales. On sait combien cette genèse est complexe dans la mesure où les intérêts et priorités de

politique extérieure des 27/28 diffèrent souvent, y compris parfois entre la France et l'Allemagne ou entre l'Europe du nord et l'Europe méditerranéenne.

2. - informer la capitale sur l'état des discussions à Bruxelles :

En sens inverse, la Représentation permanente informe quotidiennement de façon précise la capitale sur l'état des discussions européennes sur les questions en cours et , le cas échéant, sollicite les instructions nécessaires. Pour la France, ces instructions parviennent du *Secrétariat général des Affaires européennes (SGAE)*, placé auprès du Premier ministre, dont Y. Gounin et Mme Lahore viennent de vous entretenir. La RP peut participer par vidéoconférence aux réunions interministérielles présidées par le SGAE. La RP assiste le SGAE dans son rôle de garant de l'unité et de la cohérence de la position française au sein de l'Union européenne dans l'ensemble des enceintes européennes, les ministères tendant à défendre des intérêts parfois catégoriels qu'il faut parfois arbitrer dans un cadre plus général (exemple du ministère de l'agriculture s'agissant de telle réforme de la PAC susceptible d'affecter les intérêts de telle catégorie d'agriculteurs ou du ministère du budget s'agissant du budget européen qu'il convient absolument de ne pas accroître). C'est ici que la RP, à même de mieux connaître l'état des positions des institutions (Commission, Parlement) et des principaux Etats membres concernés, peut contribuer à la formalisation de positions réalistes et équilibrées tenant compte des priorités essentielles.

Le RP participe aux réunions de préparation du Conseil affaires étrangères présidée à Paris par le ministre avant chaque Conseil.

3. - La Représentation permanente est également en contact avec tous les autres intervenants intéressés par les questions européennes :

- parlementaires nationaux, collectivités locales (la plupart des régions disposent de bureaux à Bruxelles) ;
- représentants des entreprises (pôle « entreprises et coopération »). Dans le respect des règles de concurrence, ce pôle informe les entreprises françaises sur les dossiers européens et les opportunités offertes par les programmes communautaires. Il propose des informations en ligne permettant d'accéder à des fiches sur l'aide extérieure de l'UE et de préparer les appels d'offres et les appels à propositions de la Commission. Le Pôle apporte des conseils individuels sur demande (messagerie, téléphone, entretien à la RP), participe à des actions collectives (séminaires d'information en France et à Bruxelles, rencontres avec des délégations d'entreprises, ateliers), oriente les opérateurs vers les interlocuteurs de la Commission, fournit de l'information opérationnelle aux organismes relais vers les entreprises. Le Pôle suit le Comité Consultatif Accès au marché (MAAC) et les groupes de travail sectoriels (MAWG) aux côtés des fédérations professionnelles et des grandes entreprises concernées. Il exerce une veille active sur l'évolution des obstacles à l'accès aux marchés tiers (barrières non tarifaires), en liaison avec le réseau diplomatique français ainsi que sur la mise en œuvre des accords commerciaux. L'action du Pôle porte sur la défense des intérêts des entreprises françaises dans des domaines variés : marchés publics sur financements européens (fonds structurels) ou même sur

financements nationaux (question des aides d'Etat) ; propriété intellectuelle ; licences et homologations ; concurrence ; etc... Le Pôle agit en étroite concertation avec les conseillers spécialisés de la Représentation permanente et avec les interlocuteurs concernés à la Commission.

- organisations syndicales, associations et ONG, chercheurs, think tanks et le public au sens large (étudiants notamment).

La RP participe au débat public en étant en contact étroit avec les journalistes, en s'ouvrant au public en général sur place et par son site internet (<http://www.rpfrance.eu>) et en suivant les principaux débats d'idées sur les questions européennes.

Elle veille à la place des Français et de la langue française dans les institutions européennes (38% des documents de la Commission en 1996 étaient rédigés en français et seulement 5% en 2011, respectivement pour l'anglais 45% et 80%) .

La RP en période de présidence semestrielle : La dernière présidence française remonte au second semestre 2008 mais c'était avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne si bien que le Président de la République présidait alors le Conseil européen et le ministre des affaires étrangères le conseil des affaires étrangères ce qui n'est plus le cas depuis 2009 avec la création de la fonction de président permanent du CE, M.Tusk puis Charles Michel à compter d'octobre 2019 et le renforcement du rôle du haut représentant pour la politique étrangère. En période de présidence , la RP doit veiller à faire avancer les dossiers retenus prioritaires par la capitale tout en recherchant activement les compromis avec les autres Etats pour les faire aboutir. Selon le secrétariat du Conseil([site consilium.europa](http://site.consilium.europa)) , « pour y parvenir, la présidence doit jouer le rôle d'un intermédiaire intègre et neutre ».

Concrètement, l'exercice de la présidence implique des renforts en conseillers et des communications accrues avec les ministères parisiens et la coordination interministérielle (SGAE) ainsi que la présidence de la République (Conseil européen) et avec les autres représentations permanentes, la Commission et le Parlement (trilogue) et le président du Conseil européen. Il faut sans cesse s'informer sur les priorités de chacun des autres Etats membres, et du PE et de la Commission afin de les rallier aux compromis nécessaires pour faire avancer les priorités de la présidence.

Les traités ne reconnaissent que peu de responsabilité à la présidence semestrielle : elle convoque le Conseil (art 237 TFUE) par son initiative ou celle d'un autre Etat membre ou de la Commission, elle établit l'ordre du jour provisoire du Conseil, fait procéder au vote et signe les règlements, directives et décisions du Conseil au même titre que le président du PE lorsqu'il s'agit d'actes législatifs adoptés selon la procédure législative ordinaire(codécision).Mais dans la pratique , la présidence peut jouer un rôle plus significatif. Si dans le passé chaque présidence devait en début de semestre établir son programme et le présenter devant le Parlement européen, désormais un programme des activités du Conseil pour 18 mois est proposé par les 3 pays amenés à présider successivement le Conseil- « le trio »- , en consultation avec le haut représentant, le président du Conseil européen et le président de la

Commission européenne. Des arrangements sont possibles entre les ministres de ces 3 pays qui permettraient par exemple à l'un des 3 pays de présider les travaux relatifs à tel dossier pendant une période plus longue que six mois. Dans le dialogue avec la Commission et le Parlement, la présidence joue souvent un rôle d'intermédiaire et cherche des compromis permettant au « triangle interinstitutionnel » de fonctionner sans à-coups. L'exercice de certaines présidences ayant peu d'appétence européenne (Tchéquie en 2009, Hongrie en 2011) a pu être problématique. Si lors des révisions successives des traités, le principe de la présidence tournante chaque semestre a parfois été discuté, les Etats restent attachés aux présidences semestrielles, même si les inconvénients sont connus : brièveté des six mois ce qui a notamment justifié la création de la fonction pérenne de président du Conseil européen. La présidence semestrielle traduit le principe d'égalité des Etats quelle que soit la taille de leur population et le poids de leur vote au conseil.

Ainsi la Finlande préside le conseil de l'UE de juillet à décembre 2019, la Croatie de janvier à juin 2020 puis l'Allemagne de juillet à décembre 2020. Ce « trio » a mis au point un programme détaillé (cf 30 novembre 2018 14518/18) qui couvre une période complexe puisqu'une nouvelle législature vient de commencer ses travaux et une nouvelle commission se met en place à l'automne et qu'un nouveau cadre financier pluriannuel pour la période 2021-2027 doit être adopté à l'unanimité. Les suites du feuilleton du Brexit ou de la crise migratoire ne manqueront pas de compliquer davantage encore l'exercice présidentiel.

La France a présidé depuis 1995 trois fois l'Union européenne (en 1995, 2000 et juillet-décembre 2008). La prochaine présidence française est prévue pour le premier semestre 2022. Je me souviens que, si la présidence française avait préparé longtemps à l'avance son programme, en réalité le déclenchement de la crise des sub-prime en 2008 puis la guerre russo-géorgienne en août avaient en partie bouleversé le plan prévu. L'exercice d'une présidence implique donc une complète préparation incluant des objectifs stratégiques mais aussi un plan de travail imposé par le calendrier ainsi qu'une capacité d'adaptation aux circonstances imprévues qui ne manqueront pas de surgir.

SAŽETAK:

FRANCUSKA UPRAVA I EU - ULOGA STALNOG PREDSTAVNIŠTVA FRANCUSKE PRI EUROPSKIM INSTITUCIJAMA

Stalna predstavništva država pri organizacijama poput Ujedinjenih naroda, Europske unije ili NATO-a imaju važnu političku i diplomatsku ulogu. U slučaju Francuske, stalno predstavništvo pri EU-u posebno je cijenjeno zbog složenosti europskih pitanja i velikog utjecaja Europske unije na nacionalne politike. Francusko stalno predstavništvo pri EU vodi iskusni diplomat, a uz njega rade

stručnjaci iz različitih ministarstava poput ministarstva financija, poljoprivrede, obrane ili unutarnjih poslova. Predstavništvo djeluje kao poveznica između Francuske i institucija EU. Osim toga, sudjeluje u pripremi i vođenju pregovora u Vijeću Europske unije. Posebnu ulogu imaju *COREPER I* i *COREPER II*, odbori stalnih predstavnika koji pripremaju rad ministarskih vijeća i koordiniraju tehničke pregovore među državama članicama. Glavne zadaće predstavništva su obrana francuskih interesa u europskim institucijama i informiranje francuske vlade o tijeku pregovora u Bruxellesu. Predstavništvo surađuje s Europskom komisijom, Europskim parlamentom i Europskom službom za vanjsko djelovanje. Također održava kontakte s poduzećima, regionalnim vlastima, sindikatima, nevladinim organizacijama i medijima te promiče uporabu francuskog jezika u institucijama EU. Tijekom predsjedanja Vijećem EU uloga stalnog predstavništva dodatno raste. Predsjedavajuća država mora organizirati sastanke, tražiti kompromise među članicama i koordinirati rad s Komisijom i Parlamentom. Iako predsjedanje traje samo šest mjeseci, ono predstavlja važan instrument političkog utjecaja i potvrđuje načelo ravnopravnosti država članica unutar Europske unije.

Prof. dr. sc. Marko Šikić*

O NEKIM TERMINOLOŠKIM PITANJIMA U UREĐENJU ŽALBE U ZAKONU O OPĆEM UPRAVNOM POSTUPKU (ODGODA PRAVNIH UČINAKA ILI IZVRŠENJA RJEŠENJA, ZAMJENA I/ILI IZMJENA RJEŠENJA)

UDK: 342.9 (497.5)
342.92 (094.5)
DOI: 10.31141/zrpf.s.2023.60.148.309
Izvorni znanstveni rad
Primljeno: 19. 2. 2023.

U našem ćemo radu analizirati određene terminološke probleme i nejasnoće u uređenju žalbe kao redovitog pravnog lijeka u Zakonu o općem upravnom postupku. Radi se o značenju i upotrebi izraza (sintagmi) odgoda pravnih učinaka rješenja i odgoda izvršenja rješenja te zamjena rješenja i izmjena rješenja. Promotrit ćemo, tako, najprije pitanje upotrebe i značenja izraza odgoda pravnih učinaka rješenja i odgoda izvršenja rješenja te ćemo obrazložiti naše stajalište da je u čitavom zakonskom tekstu potrebno dosljedno koristiti izraz odgoda izvršenja rješenja. Što se tiče izraza zamjena rješenja i izmjena rješenja, ukazat ćemo na činjenicu da je (unatoč tome što se radi o vrlo sličnim riječima) riječ o izrazima koji se u tekstu Zakona o općem upravnom postupku ne koriste kao sinonimi. U zaključku rada iznijet ćemo osnovne teze navedene u radu, te još jednom istaknuti potrebu terminoloških usklađivanja u Zakonu o općem upravnom postupku.

Ključne riječi: žalba, pravni učinci, izvršenje, zamjena, izmjena

1. UVOD

Žalba u upravnom postupku redoviti je pravni lijek kojim se građanima daje mogućnost da pred drugostupanjskim javnopravnim tijelima osporavaju zakonitost, ali i svrhovitost prvostupanjskih rješenja.¹ Pravo na žalbu jamči i čl. 18. Ustava Republike Hrvatske.² Zakon o općem upravnom postupku³ (u nastavku rada: ZUP) kao jedno od načela upravnog postupka predviđa i načelo prava stranke na pravni

* prof. dr. sc. Marko Šikić, redoviti profesor na Katedri za upravno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, e-mail: marko.sikic@pravo.unizg.hr, ORCID: 0000-0002-0146-9391.

¹ V. Borković, I., *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2002., str. 458.

² Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/1990., 135/1997., 113/2000., 28/2001., 76/2010, 5/2014.

Čl. 18. Ustava Republike Hrvatske propisuje:

Jamči se pravo na žalbu protiv pojedinačnih pravnih akata donesenih u postupku prvog stupnja pred sudom ili drugim ovlaštenim tijelom.

Pravo na žalbu može biti iznimno isključeno u slučajevima određenima zakonom ako je osigurana druga pravna zaštita.

³ Zakon o općem upravnom postupku, Narodne novine, br. 47/2009, 110/2021.

lijeak, u kojem načelu utemeljuje pravo na žalbu i protiv prvostupanijskih rješenja i protiv propuštanja rješavanja u propisanim rokovima (šutnja uprave).⁴

Važno je naglasiti da se svrha žalbe ne iscrpljuje zaštitom prava i pravnih interesa žalitelja, već se njome postiže i zaštita objektivne zakonitosti.⁵ Naime, postupajući po žalbama, drugostupanijska javnopravna tijela dolaze do saznanja o najčešćim pogreškama u primjeni prava i radu prvostupanijskih tijela, ali i do spoznaje o mogućim nedostacima u pravnoj normi. Drugostupanijska tijela morala bi uočene pogreške ispravljati ukazivanjem prvostupanijskim tijelima na njih te uputama i edukacijom javnih službenika. Također, prepoznati nedostaci u pravnoj normi trebali bi potaknuti drugostupanijska tijela na iniciranje postupaka koji će dovesti do poboljšanja kvalitete zakona i podzakonskih akata.

Žalba je devolutivan (izjavljivanjem žalbe rješenje prvostupanijskog tijela podvrgava se nadzoru hijerarhijski višeg drugostupanijskog tijela), i suspenzivan pravni lijek. Međutim, pravilo o suspenzivnosti nije bezuvjetno jer i sam ZUP predviđa odstupanje od takvog pravila u čl. 112. st. 3.,⁶ a odstupanje od suspenzivnosti žalbe propisuje i čitav niz posebnih upravnih zakona.

U uređenju žalbe ZUP propisuje: izjavljivanje žalbe (čl. 105.), mogućnost odricanja i odustanka od žalbe (čl. 106.), predmet žalbenog postupka (čl. 107.), sadržaj žalbe (čl. 108.), rok za izjavljivanje žalbe (čl. 109.), predaju žalbe (čl. 110.), odgovorni učinak žalbe (čl. 112.), postupak i ovlasti prvostupanijskog i drugostupanijskog tijela u povodu žalbe (čl. 113. – 119.) te drugostupanijsko rješenje o žalbi i rok za donošenje tog rješenja (čl. 120. i 121.).

ZUP je, u cjelini gledajući, institut žalbe kvalitetno uredio te omogućio da prvostupanijska i drugostupanijska tijela postupajući po žalbama uspješno i u praksi realiziraju sve potencijale žalbe kao najjačeg pravnog sredstva u upravnom postupku.

Međutim, i u normiranju žalbe primjetni su određeni nedostaci i nedorečenosti. U našem radu fokusirat ćemo se na problem pravne terminologije (nazivlja), odnosno nejasnoća i nedosljednosti koje su prisutne kod uporabe pojedinih pravnih izraza (sintagmi) u propisivanju instituta žalbe u ZUP-u.

Tako smo, najprije, našu analizu usmjeriti na izraze *odgoda pravnih učinaka rješenja* i *odgoda izvršenja rješenja* zbog njihove velike važnosti za cjelokupno uređenje i pravilno provođenje upravnog postupka. Naime, zakonodavac jedino u

⁴ Čl. 12. ZUP-a pod naslovom *Pravo stranke na pravni lijek* određuje:

(1) Protiv prvostupanijske odluke, odnosno ako javnopravno tijelo nije o upravnoj stvari riješilo u propisanom roku, stranka ima pravo žalbe, ako zakonom nije drukčije propisano.

(2) Protiv drugostupanijske odluke, odnosno protiv prvostupanijske odluke protiv koje nije dopuštena žalba može se pokrenuti upravni spor.

(3) Protiv upravnog ugovora ili drugog postupanja javnopravnog tijela ili pružatelja javnih usluga stranka ima pravo na prigovor.

⁵ V. Borković, *op. cit.* u bilj. 1, str. 458.

⁶ Čl. 112. st. 3. ZUP-a određuje:

Javnopravno tijelo može iznimno, radi zaštite javnog interesa ili radi poduzimanja hitnih mjera, odnosno radi otklanjanja štete koja se ne bi mogla otkloniti, odlučiti da žalba nema odgovorni učinak. Rješenje mora sadržavati detaljno obrazloženje zašto žalba nema odgovorni učinak.

propisivanju žalbe (i to samo u jednom članku) upotrebljava izraz *odgoda pravnih učinaka rješenja* te tako odstupa od korištenja izraza *odgoda izvršenja rješenja* (i općenitijeg izraza *odgodni učinak*) koji je prisutan u ostatku zakonskog teksta.

Također, u radu ćemo pozornost posvetiti i značenjima kao i razlici između izraza *zamjena* i *izmjena* rješenja koji se koriste u normiranju rada prvostupanjskog tijela povodom žalbe (*zamjena* rješenja), odnosno u normiranju rada drugostupanjskog tijela povodom istog pravnog lijeka (*izmjena* rješenja). U pravnoj praksi, ali i u zakonodavstvu, prisutno je nerazumijevanje ovih izraza koji se (iako se radi o vrlo sličnim riječima) ipak ne mogu koristiti kao sinonimi.

2. ODGAĐA LI ŽALBA PRAVNE UČINKE ILI IZVRŠENJE RJEŠENJA?

Potreba razmatranja, razlikovanja i usklađivanja izraza *odgoda pravnih učinaka rješenja* i *odgoda izvršenja rješenja* proizlazi, zapravo, samo iz čl. 112. ZUP-a koji je naslovljen *Odgodni učinak* žalbe tj., zapravo, samo iz njegova st. 1. koji propisuje sljedeće:

Žalba odgađa pravne učinke rješenja dok se stranci ne dostavi rješenje o žalbi, ako zakonom nije drukčije propisano.

Naime, spomenuti je stavak jedino mjesto u tekstu ZUP-a u kojem se zakonodavac odlučio koristiti izrazom *odgoda pravnih učinaka rješenja*. U ostatku zakonskog teksta upotrebljava se uglavnom izraz *odgoda izvršenja rješenja* (ili rjeđe samo općenito *odgodni učinak*) – pa tako već i u st. 2. čl. 112. ZUP-a koji propisuje:

Kad se rješenje odnosi na dvije stranke ili više njih koje sudjeluju u postupku s istovjetnim zahtjevima, žalba bilo koje od stranaka odgađa izvršenje prema svim strankama.

U nastavku rada pokušat ćemo odgovoriti na pitanje je li zakonodavac imao posebne razloge i izričitu namjeru koristiti se u čl. 112. st. 1. ZUP-a izrazom *odgoda pravnih učinaka rješenja*, ili je to učinio nepažnjom i nehotice.

Kako bismo mogli odgovoriti na navedeno pitanje u nastavku našeg izlaganja najprije ćemo u kraćim crtama opisati institut izvršenja tj. izvršnosti u upravnom postupku.

Ivančević izvršnost upravnog akta ističe kao jednu od njegovih karakteristika, no sekundarne tj. akcesorne prirode.⁷ Također, teorija jasno razlikuje izvršnost od pravnog djelovanja upravnog akta zbog činjenice da se kod izvršnosti upravnog

⁷ V. Ivančević, V., *Institucije upravnog prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 1983., str. 234. O navedenom v. i u: Šikić, M., *Pravomoćnost, konačnost i izvršnost u upravnom postupku*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 33, br. 1, 2012., str. 213.

akta zapravo radi o mogućnosti njegova prinudnog izvršenja.⁸ U teoriji, međutim, postoji i stanovište da izvršnost rješenja označava onu fazu u postupku u kojoj izreka rješenja može biti dobrovoljno ili prinudno provedena u život.⁹

ZUP, pitanju izvršenja posvećuje svoj peti dio u kojem najprije utvrđuje trenutak kada rješenje postaje izvršno (čl. 133.) te određuje osobu izvršenika (čl. 134.). Nadalje, propisuje kako se izvršenje provodi i po službenoj dužnosti i na prijedlog stranke (čl. 135.) te, nakon što je utvrdio kako se izvršenje provodi radi ostvarivanja novčanih ili nenovčanih obveza (čl. 136.), detaljnije normira samo izvršenje novčanih (čl. 137.) i nenovčanih obveza (čl. 138.). ZUP, nastavljajući normirati postupak izvršenja, određuje kako se, u situaciji kada izvršenik ne postupi po izvršnom rješenju, donosi rješenje o izvršenju u pisanom obliku te podrobnije utvrđuje sadržaj navedenog rješenja i mogućnost žalbe protiv njega (čl. 139.). ZUP, također, propisuje i odgodu izvršenja (čl. 140.), vrijeme izvršenja (čl. 141.), te prisilno izvršenje nenovčanih obveza novčanom kaznom (čl. 142.), izvršenje nenovčanih obveza putem trećih osoba (čl. 143.) i izvršenje nenovčanih obveza neposrednom prisilom (čl. 144.). Razrađujući načelo razmjernosti u zaštiti prava stranaka i javnog interesa, ZUP čl. 145. propisuje kako se izvršenje provodi na način i primjenom sredstava koja su najblaža za izvršenika, a dovode do cilja izvršenja (razmjernost u izvršenju). Naposljetku, ZUP uređuje obustavu izvršenja (čl. 146.), otklanjanje posljedica poništavanja ili izmjene izvršenog rješenja (čl. 147.), izvršenje radi osiguranja (čl. 148.) te hitno izvršenje (čl. 149.).

Trenutak nastupa izvršnosti rješenja vezan je uz mogućnost korištenja žalbe, ali i upravno-sudske tužbe. Prvostupanjsko rješenje, tako, može postati izvršno čim je dostavljeno stranci ako žalba nije dopuštena ili ako žalba nema odgodni učinak. Ako je žalba dopuštena i ima odgodni učinak, prvostupanjsko rješenje može postati izvršno istekom roka za žalbu ako žalba nije izjavljena. Ako stranka žalbu izjavi, rješenje će postati izvršno dostavom rješenja kojom se žalba odbacuje ili odbija. Također, prvostupanjsko rješenje može postati izvršno i danom odricanja stranke od prava na žalbu, te dostavom stranci rješenja o obustavi postupka u povodu žalbe ako je stranka od žalbe odustala.

Budući da se protiv drugostupanjskog rješenja ne može izjaviti žalba, takvo rješenje kojim se rješava upravna stvar postaje izvršno dostavom stranci.

Zakon o upravnim sporovima¹⁰ određuje da tužba upravnom sudu u pravilu nema odgodni učinak. Međutim, s obzirom na to da upravni sud iznimno može odlučiti, tužba može odgoditi izvršenje rješenja i moguće je da do izvršnosti rješenja dođe tek nakon pravomoćnosti, tj. tek nakon dostavljanja stranci presude kojom se tužba

⁸ V. Ivančević, *op. cit.* u bilj. 7, str. 266. Također v. i: Krbek, I., *Pravo jugoslavenske javne uprave, III. knjiga*, Biro tehnički izdavački zavod, Zagreb 1962., str. 29, i 30., Đerđa, D., *Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj*, Inženjerski biro, Zagreb 2010., str. 305. i Šikić, *op cit.* u bilj. 7., str. 213.

⁹ V. Borković, *op. cit.* u bilj. 1, str. 476. i 477.

¹⁰ Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 20/2010, 143/2012, 152/2014, 94/2016, 29/2017, 110/21.

odbija.¹¹ Također, ako je u rješenju određeno da se radnja koja je predmet izvršenja može izvršiti u za to ostavljenom roku (rok za dobrovoljno izvršenje činidbe), rješenje će postati izvršno tek istekom toga roka.

Smatramo da ZUP nedvojbeno izvršnost rješenja promatra kao svojstvo na temelju kojega se obvezana stranka može prisiliti da izvrši *obvezu* kad je ona u zakonskom ili rješanjem određenom roku nije dobrovoljno izvršila.

Mislimo da je, s obzirom na zakonski utvrđene koncepcije i smisao instituta žalbe i izvršnosti odnosno izvršenja rješenja, a u pogledu upotrebe izraza *odgoda pravnih učinaka rješenja* u čl. 112. st. 1. ZUP-a odnosno *odgoda izvršenja rješenja* u gotovo cjelokupnom ostalom tekstu ZUP-a, a polazeći i od promatranja navedenih izraza i iz aspekta same stranke (žalitelja), ali i iz aspekta pravnog poretka, moguće doći do sljedećih zaključaka.

Nesporno je, tako, da stranka žalbom može osporavati i konstitutivne i deklaratorne upravne akte, ali da je pitanje *odgode pravnih učinaka izvršenja rješenja* po prirodi stvari vezano uz one akte koji dovode do nastupa određenih pravnih posljedica.

Stranka, izjavljujući žalbu i iznoseći žalbeni zahtjev, nedvojbeno to čini jer je djelomično ili u cijelosti nezadovoljna rješanjem. U slučaju konstitutivnih upravnih akata kojima je stranka stekla određena prava (ovlašćujućih akata) žalbe će se u pravilu izjavljivati zbog nezadovoljstva stranke opsegom prava koja je stekla. Ako bismo doslovno i izolirano promatrali odredbu čl. 112. st. 1. ZUP-a, žalba stranke dovela bi i do odgode nastupa pravnog učinka i onoga dijela izreke upravnog akta koji stranka nije osporavala. Dakako, brana ovakvom razmišljanju jest opseg žalbe tj. činjenica da stranka žalbom nije osporavala prava koja je stekla. Moglo bi se, u nastavku ovoga razmišljanja, pomisliti da je zakonodavac možda pretpostavljao da je kretanje u opsegu žalbe samo po sebi razumljivo (što i jest). Međutim, praksa je pokazala da, nažalost, ponekad primjenjivačima ZUP-a navedena samorazumljivost i nije tako (samo)razumljiva.

U slučaju, pak, konstitutivnih upravnih akata kojima su stranci nametnute obveze (obvezujući akti), također je izvjesno da će se stranka žaliti zbog nezadovoljstva nametnutim obvezama. Dakako, stranka može osporavati sve ili samo pojedine obveze iz rješenja. I ovdje bi doslovna i izolirana primjena čl. 112. st. 1. ZUP-a dovela do odgode svih nametnutih obveza – što bi, kako smo ranije i istaknuli, bilo protivno kretanju u opsegu žalbe (a i javnom interesu, što ćemo kasnije objasniti). Međutim, potrebno je istaknuti kako smatramo pogrešnim apriorno kretati od pretpostavke da žalitelj zaista ne želi nastup pravnih učinaka i onih obveza koje je osporavao. Jednostavnije rečeno, žalitelj može dobrovoljno ispuniti obvezu iz

¹¹ V. čl. 17. i čl. 26. Zakona o upravnim sporovima. Čl. 140. st. 1. ZUP-a određuje kako na prijedlog stranke, a radi izbjegavanja nastanka teško popravljive štete, javnopravno tijelo koje je donijelo rješenje može odgoditi izvršenje i, ako je to nužno, produljiti odgodu izvršenja sve do donošenja pravomoćne odluke o upravnoj stvari, ako nije drukčije propisano zakonom i ako se to ne protivi javnom interesu. St. istog članka propisuje kako će se izvršenje odgoditi ako je u izvršenju obveze dopušten poček ili se umjesto izvršnog privremenog rješenja donese rješenje o glavnoj stvari koja se razlikuje od privremenog rješenja.

rješenja (bez obzira na to radi li se o davanju, činjenju nečinjenju ili trpljenju) ako to, iz bilo kojeg razloga, želi. Bilo bi, prema tome, i iz aspekta stranke – žalitelja pogrešno pravnom normom silom nametati odgodu pravnih učinaka čak i onda kada žalitelj takve pravne učinke zapravo želi.

Tumačenje izraza *odgoda pravnih učinaka* rješenja vrlo je problematično i kod po stranku negativnih akata (rješenja kojima se zahtjev stranke odbacuje ili odbija) jer bi doslovnim tumačenjem mogli zaključiti da niti oni ne dovode do ikakvih pravnih učinaka.¹²

Željeli bismo istaknuti kako pravni poredak želi efikasnost i nastup pravnih posljedica upravnih akata, a ne njihovu odgodu. Bilo bi zaista previše velikodušno u tolikoj mjeri štiti ideju zakonitosti upravnog akta, da bi se pravni poredak odrekao nastupa svih pravnih učinaka akta dok se zakonitost akta ne utvrdi i pred drugostupanjskim, žalbenim tijelom.

Također, potrebno je istaknuti kako je i formulacija da žalba odgađa pravne učinke rješenja *dok se stranci ne dostavi rješenje o žalbi* vrlo nespretna i nejasna. Naime, doslovnim čitanjem navedene odredbe moglo bi se zaključiti da suspenzivno djelovanje ima samo žalba, dok zakonom propisani rok za žalbu takvo djelovanje nema. Navedeno bi tumačenje, dakako, bilo pogrešno jer je čl. 133. st. 2. ZUP-a propisano da prvostupanjsko rješenje postaje izvršno tek istekom roka za žalbu (ako žalba nije izjavljena).¹³

Slijedom svega navedenoga, a polazeći od koncepcije izvršnosti rješenja u ZUP-u kao svojstva temeljem kojega se obvezana stranka može prisiliti da izvrši *obvezu* kad je ona u zakonskom ili rješenjem određenom roku nije dobrovoljno izvršila, zaključujemo da je zakonodavac u čl. 112. st. 1. ZUP-a odstupio od takve koncepcije kada je propisao *odgodu pravnih učinaka rješenja*.

Prema našem shvaćanju, za takvo što nije imao nikakvih razloga. Mislimo, štoviše, da je takvim propisivanjem izazvao, u blažim slučajevima, samo zbunjivanje primjenjivača zakona, a u težim slučajevima, i moguću izravnu štetu za stranku i javni interes.

Stoga se zalažemo za dosljednu primjenu izraza *odgoda izvršenja rješenja* u cjelokupnom tekstu ZUP-a. Dodatno, odredbu čl. 112. st. 1. ZUP-a trebalo bi formulirati na način da se iz nje nedvojbeno može zaključiti da suspenzivno djelovanje imaju i žalba, ali i zakonom propisani rok za žalbu.

¹² O navedenom v. i u: Staničić, F., *Abecedarij upravnog postupka* (167), Novi informator, br. 6765, 2023., str. 21.

¹³ V. *ibid.* O suspenzivnom djelovanju roka za žalbu i suspenzivnom djelovanju žalbe v. u: Krijan, P., *Komentar Zakona o općem upravnom postupku*, Novi informator, Zagreb 2006., str. 413.

3. ZAMJENA I IZMJENA RJEŠENJA U DRUGOSTUPANJSKOM UPRAVNOM POSTUPKU

3.1. Zamjena rješenja

Prvostupanjsko javnopravno tijelo u postupanju povodom žalbi stranaka ima široka ovlaštenja i dužnosti,¹⁴ koje su u prvom redu propisane zbog želje zakonodavca da upravni postupci budu učinkoviti i ekonomični.¹⁵

Prvostupanjsko tijelo žalbu, tako, može odbaciti kada utvrdi da je ona nedopuštena, nepravodobna ili izjavljena od neovlaštene osobe.¹⁶ Takva je mogućnost normirana da bi se drugostupanjsko tijelo rasteretilo postupanja povodom žalbi koje sadrže neki od navedenih formalnih nedostataka (ili više njih).

ZUP-om je, također, propisana i dužnost prvostupanjskog tijela da u višestranačkim upravnim stvarima dostavi žalbu na odgovor strankama s protivnim interesima, te im odredi primjereni rok za davanje takvog odgovora.¹⁷ I na navedeni se način oslobađa drugostupanjsko tijelo od obavljanja ove neophodne radnje u žalbenom upravnom postupku.

Međutim, najšire i najznačajnije ovlasti i dužnosti prvostupanjskog tijela uređene su čl. 113. st. 2., 3. i 5. ZUP-a.

Čl. 113. st. 2. ZUP-a propisana je, tako, dužnost prvostupanjskog tijela da, u slučajevima kada žalbu ne odbaci, razmotri navode žalbe te ispita zakonitost i svrhovitost vlastitog rješenja.

Prvostupanjsko je tijelo rješenje koje se žalbom pobija moglo donijeti u postupku neposrednog rješavanja,¹⁸ u kojem su značajno ograničena načela materijalne istine

¹⁴ Čl. 113. ZUP-a pod naslovom *Postupak i ovlasti prvostupanjskog tijela u povodu žalbe* određuje:

(1) *Prvostupanjsko tijelo ispitat će je li žalba dopuštena, pravodobna i izjavljena od ovlaštene osobe. Ako žalba nije dopuštena ili pravodobna ili izjavljena od ovlaštene osobe, odbacit će je rješenjem.*

(2) *Kad prvostupanjsko tijelo utvrdi da je žalba dopuštena, pravodobna i izjavljena od ovlaštene osobe, navodi žalbe razmotrit će se te ispitati zakonitost, odnosno ocijeniti svrhovitost rješenja koje se žalbom osporava.*

(3) *Kad je rješenje doneseno u postupku neposrednog rješavanja, a stranka u žalbi zahtijeva da joj se omogući izjašnjavanje o činjenicama i okolnostima koje su važne za rješavanje stvari ili da se provede ispitni postupak, prvostupanjsko tijelo dužno je postupiti po zahtjevu stranke.*

(4) *Kad u postupku sudjeluju dvije stranke ili više njih s protivnim interesima, žalba se dostavlja na odgovor svim strankama te im se određuje primjeren rok za odgovor na žalbu.*

(5) *Kad prvostupanjsko tijelo ocijeni da je žalba osnovana u cijelosti ili djelomično, zamijenit će pobijano rješenje novim ako se ne dira u prava trećih osoba.*

(6) *Ako prvostupanjsko tijelo ne odbaci žalbu ili ne zamijeni pobijano rješenje novim, bez odgode će dostaviti žalbu sa spisom predmeta drugostupanjskom tijelu.*

¹⁵ V. Đerđa, *op. cit.* u bilj. 8.

¹⁶ V. čl. 113. st. 1. ZUP-a.

¹⁷ V. čl. 113. st. 4. ZUP-a.

¹⁸ V. čl. 48. – 50. ZUP-a.

i izjašnjavanja stranke.¹⁹ Kako bi što više zaštitio spomenuta načela, zakonodavac čl. 113. st. 3. ZUP-a propisuje dužnost prvostupanjskog tijela da u slučajevima kada stranka u žalbi zahtijeva da joj se omogući izjašnjavanje o činjenicama i okolnostima koje su važne za rješavanje stvari ili provođenje ispitnog postupka, postupi po takvom zahtjevu stranke i provede ispitni postupak i omogući stranci izjašnjavanje.

Zakonodavac, nadalje, čl. 113. st. 5. ZUP-a propisuje generalnu dužnost javnopravnog tijela da *zamijeni* žalbom pobijano rješenje (tj. ranije rješenje istoga prvostupanjskog tijela) novim rješenjem svaki put kad ocijeni da je žalba osnovana u cijelosti ili djelomično. Ranije rješenje moći će se *zamijeniti* samo ako se novim rješenjem ne dira u prava trećih osoba. Prvostupanjsko tijelo može ocijeniti da je žalba osnovana već i iz samog uvida u pobijano rješenje i spis predmeta, ali može do navedene spoznaje doći i nakon provođenja ispitnog postupka i utvrđivanja činjenica. Dakako, velik utjecaj na način kako će prvostupanjsko tijelo doći do zaključka o osnovanosti žalbe ovisit će o tome je li stranka rješenje pobijala zbog pogrešne primjene materijalnog prava, pogrešnog zaključka o činjeničnom stanju ili zbog pogreške prilikom primjene slobodne ocjene (kada nije nužno provoditi novi postupak) ili zbog bitne povrede postupka ili pogrešnog utvrđivanja činjenica (kada je ispitni postupak neophodno ponovno provesti).

Pitanje koje se postavlja prilikom mogućnosti *zamjene* pobijanog prvostupanjskog rješenja novim rješenjem jest kakve će posljedice pretrpjeti pobijano rješenje nakon što se utvrdi njegova nezakonitost ili nepravilnost. Smatramo da izraz *zamjena rješenja* podrazumijeva (tj. objedinjuje) poništavanje ranijeg rješenja te donošenje novog rješenja.²⁰ Mislimo da se ranije rješenje mora smatrati poništenim prvenstveno radi zaštite pravne sigurnosti, jer pravni poredak ne može trpjeti egzistenciju dvaju različitih rješenja u istoj upravnoj stvari. Držimo da je navedeni pristup primjereniji bez obzira na djelomičnu ili potpunu utemeljenost žalbe.²¹

Prema tome, izraz *zamjena* rješenja u žalbenom upravnom postupku označava ovlast prvostupanjskog tijela da, nakon što ocijeni da je pobijano rješenje nezakonito ili nepravilno, takvo rješenje poništi, te nakon toga donese novo prvostupanjsko rješenje.²²

¹⁹ Isticanje važnosti i potrebe da se, iako se ne nalazi među načelnim odredbama ZUP-a, i odredba čl. 30. ZUP-a kojom se utvrđuje izjašnjavanje stranke smatra načelnom v. u: Šikić, M.; Ofak, L., *Nova načela upravnog postupka*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 32, br. 1, 2011., str. 130. i 131.

²⁰ U praksi se u navedenim slučajevima donosi jedno rješenje u kojem se u prvoj točki izreke navodi da se njime *zamjenjuje* ranije rješenje istoga tijela, a u drugoj točki ponovno rješava upravna stvar. Slažemo se sa stavovima da bi bilo oportunije izreku novog rješenja sastaviti u dvije točke u kojoj se u prvoj poništava ranije rješenje, a u drugoj iznova rješava upravna stvar. V. Staničić, F., *Abecedarij upravnog postupka (170)*, Novi informator, br. 6768, 2023., str. 21.

²¹ O navedenom v. i u: Šikić, M., *Poništavanje rješenja u upravnom postupku*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 43, br. 3, 2022., str. 905. O problemima koje je proizvodilo nepostojanje definiranja pojma „izmjena“ u bivšem saveznom ZUP-u, v. u: Majstorović, B., *Poništavanje, ukidanje i izmena rešenja u upravnom postupku*, Narodni odbor, vol. 14, br. 12, 1961., str. 666-670.

²² V. o navedenom i u: Rajko, A., *Zamjena i izmjena rješenja u prvostupanjskom upravnom postupku*, IUS-INFO, <https://www.iusinfo.hr/aktualno/u-sredistu/25513>. i Šikić, M., *Izmjena rješenja u žalbenom upravnom postupku*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 42, br. 2, 2021., str. 306.

Važno je napomenuti i da se izraz *zamjena* rješenja u ZUP-u koristi još i kod uređenja izvanrednog pravnog sredstva obnove postupka gdje nadležno tijelo, nakon što je postupak obnovilo, može prijašnje rješenje ostaviti na snazi ili *zamijeniti* novim rješenjem, u kojem slučaju, s obzirom na okolnosti, može prijašnje rješenje poništiti ili ukinuti.²³ „Uvertira“ u navedenu mogućnost propisana je odredbom čl. 13. ZUP-a koji utvrđuje načelo zaštite stečenih prava i u kojem je propisano da se pravomoćni akti mogu poništiti, ukinuti ili *izmijeniti* samo u slučajevima propisanim zakonom.²⁴ Vidljivo je, prema tome, da zakonodavac nije uskladio terminologiju u načelnoj odredbi i njezinoj razradi.

3.2. Izmjena rješenja

Zakonodavac izraz *izmjena* rješenja upotrebljava, pored ranije citiranog čl. 13., i u čl. 115. st. 4., čl. 118. i čl. 147. ZUP-a.

Čl. 115. ZUP-a propisuje postupak i ovlasti drugostupanjskog tijela povodom žalbe te u st. 4. navodi da ono žalbu može odbiti, rješenje poništiti u cijelosti ili djelomično ili ga *izmijeniti*.

„Ključni“ čl. 118. ZUP-a, pod naslovom *Izmjena rješenja* propisuje zapravo načelnu zabranu *reformatio in peius*, te iznimke od takve zabrane:

- (1) Drugostupanjsko tijelo ne može izmijeniti prvostupanjsko rješenje na štetu stranke koja je izjavila žalbu.
- (2) *Iznimno, drugostupanjsko tijelo može izmijeniti prvostupanjsko rješenje na štetu stranke koja je izjavila žalbu samo iz razloga zbog kojih bi to rješenje moglo oglasiti ništavim ili poništiti, ako nije drukčije propisano.*

Konačno, čl. 147. ZUP-a normira otklanjanje posljedica poništavanja ili izmjene izvršnog rješenja te određuje da izvršenik ima pravo na povrat predmeta izvršenja u prijašnje stanje ili pravo na naknadu štete ako je nakon provedenog izvršenja rješenje oglašeno ništavim, poništeno ili *izmijenjeno*.²⁵

O uređenju *izmjene rješenja* u smislu načelne zabrane *reformatio in peius* već smo opsežnije ranije pisali,²⁶ te ćemo u našem radu analizirati samo terminološko pitanje vezano uz korištenje izraza *izmjena rješenja* u čl. 118. ZUP-a.

Nesporno je da čl. 118. ZUP-a, pa tako i izraz *izmjena rješenja*, moramo promatrati u kontekstu cjelokupnog postupanja drugostupanjskog tijela povodom

²³ V. čl. 127. st. 1. ZUP-a.

²⁴ Čl. 13. ZUP-a pod naslovom *Načelo zaštite stečenih prava stranaka* propisuje: Odluka javnopravnog tijela protiv koje se ne može izjaviti žalba niti pokrenuti upravni spor (pravomoćna odluka), a kojom je stranka stekla određeno pravo odnosno kojom su stranci određene neke obveze, može se poništiti, ukinuti ili izmijeniti samo u slučajevima propisanim zakonom.

²⁵ Zakonodavac i u navedenom članku neprecizno i previše široko koristi pojam *izmjena rješenja*. U svakom slučaju, s obzirom na postojeće zakonsko uređenje, bilo bi bolje da je izriječno navedeno da izvršenik ima prava na povrat predmeta izvršenja u prijašnje stanje ili pravo na naknadu štete i ako je rješenje *zamijenjeno*.

²⁶ V. Šikić, *op. cit.* u bilj. 22., str. 308-318.

žalbe, a posebno ovlasti koje drugostupanjsko tijelo ima povodom odlučivanja o žalbi. Navedene su ovlasti utvrđene čl. 114. ZUP-a koji omogućuje odbacivanje žalbe te čl. 115. st. 4. ZUP-a koji, kako smo ranije u radu i naveli, propisuje mogućnost odbijanja žalbe, djelomičnog ili potpunog poništavanje rješenja, te *izmjene rješenja*.

Razrađujući dalje navedene mogućnosti, ZUP čl. 116. utvrđuje razloge zbog kojih drugostupanjsko tijelo može odbiti žalbu, čl. 117. slučajeve nezakonitosti zbog kojih se rješenje može poništiti te dužnosti i ovlasti prilikom poništavanja rješenja,²⁷ dok čl. 118. propisuje mogućnost *izmjene* rješenja te granice do kojih drugostupanjsko tijelo može ići prilikom *izmjene* rješenja.

S obzirom na navedene zakonske odredbe, razvidno je da je temeljna ovlast i dužnost drugostupanjskog tijela (kada utvrdi postojanje nekog od slučajeva nezakonitosti navedenih u čl. 117. st. 1.)²⁸ najprije poništiti nezakonito (ili nepravilno) prvostupanjsko rješenje te nakon toga samo riješiti upravnu stvar.²⁹ Drugostupanjsko će tijelo rješavajući upravnu stvar donijeti *ново rješenje* kojim će se upravna stvar riješiti zakonito i pravilno (sukladno shvaćanju drugostupanjskog tijela).

Međutim, kada je za donošenje novog rješenja, s obzirom na prirodu upravne stvari, nužno rješavanje prvostupanjskog tijela, drugostupanjsko će tijelo poništiti rješenje te dostaviti predmet na ponovno rješavanje prvostupanjskom tijelu.³⁰

Na navedenu ovlast poništavanja nezakonitog prvostupanjskog rješenja utvrđenog čl. 117., neposredno se nadovezuju ovlasti (i granice ovlasti) utvrđene u čl. 118. ZUP-a.

²⁷ Čl. 117. ZUP-a pod naslovom *Poništavanje rješenja* glasi:

(1) Drugostupanjsko tijelo poništiti će rješenje i samo riješiti stvar ako utvrdi:

1. da su u prvostupanjskom postupku činjenice nepotpuno ili pogrešno utvrđene,
2. da se u postupku nije vodilo računa o pravilima postupka koja bi bila od utjecaja na rješavanje stvari,
3. da je izreka pobijanog rješenja nejasna ili je u proturječnosti s obrazloženjem,
4. da je pogrešno primijenjen pravni propis na temelju kojega se rješava stvar.

(2) Kad je za donošenje novoga rješenja, s obzirom na prirodu upravne stvari, nužno neposredno rješavanje prvostupanjskog tijela, a drugostupanjsko tijelo utvrdi da rješenje treba poništiti, dostavit će predmet na ponovno rješavanje prvostupanjskom tijelu.

(3) Ako drugostupanjsko tijelo utvrdi da je prvostupanjsko rješenje donijelo nenadležno tijelo, poništiti će to rješenje po službenoj dužnosti i dostaviti predmet nadležnom tijelu na rješavanje.

²⁸ Čl. 117. st. 1. ZUP-a ne navodi pogrešku u diskrecijskoj ocjeni u prvostupanjskom rješenju kao razlog za poništavanje rješenja. Međutim, navedenu pravnu prazninu, s obzirom na odredbu čl. 107. ZUP-a, treba popuniti na način da zakonodavac u navedenom slučaju može poništiti rješenje te sam riješiti upravnu stvar.

Čl. 107. ZUP-a glasi:

(1) U žalbenom postupku ispituje se zakonitost rješenja koje se pobija.

(2) Kad je rješenje doneseno po slobodnoj ocjeni, u žalbenom postupku ocjenjuje se i svrhovitost rješenja.

²⁹ U praksi se u navedenom slučaju donosi jedno rješenje kojim se u izreci u prvoj točki poništava rješenje, a u drugoj meritorno rješava upravna stvar.

³⁰ V. čl. 117. st. 2. ZUP-a.

Prema tome, nakon što je poništilo prvostupanjsko rješenje, drugostupanjsko tijelo ne smije ga *izmijeniti* na štetu žalitelja, osim ako utvrdi da postoji neki od razloga za oglašivanje takvog rješenja ništavim ili za njegovo poništavanje (iz razloga za poništavanje utvrđenih u čl. 129. ZUP-a).³¹

Slijedom svega navedenoga, smatramo da izraz *izmjena rješenja* iz čl. 118. ZUP-a označava ovlast drugostupanjskog tijela da, nakon što ocijeni da je pobijano prvostupanjsko rješenje nezakonito ili nepravilno, takvo rješenje poništi te nakon toga donese novo rješenje. *Izmjena rješenja* također označava i ovlasti i dužnost prvostupanjskog tijela da donese novo rješenje, nakon što je drugostupanjsko tijelo njegovo ranije rješenje poništilo te mu dostavilo predmet na ponovno rješavanje.

4. ZAKLJUČAK

U radu smo analizirali značenje izraza *odgoda pravnih učinaka* i *odgoda izvršenja rješenja* te *zamjena rješenja* i *izmjena rješenja* u ZUP-u, tj. u prvom redu značenje navedenih izraza u uređenju redovitog pravnog sredstva žalbe.

U analizi prvih dvaju navedenih izraza zaključili smo da je zakonodavac u čl.

112. st. 1. ZUP-a nepotrebno i zbunjujuće upotrijebio izraz *odgoda pravnih učinaka* te tako odstupio od uobičajenog i puno točnijeg izraza *odgoda izvršenja rješenja* koji se koristi u ostatku teksta ZUP-a.

Stoga smo se i založili za dosljedno korištenje izraza *odgoda izvršenja rješenja* u cjelokupnom zakonskom tekstu.

Nakon toga posebno smo promotрили i izraze *zamjena* i *izmjena* rješenja.

Utvdili smo da izraz *zamjena rješenja* u žalbenom upravnom postupku označava ovlast prvostupanjskog tijela da, nakon što postupajući izravno po žalbi stranke ocijeni da je pobijano rješenje nezakonito ili nepravilno, takvo rješenje poništi, te nakon toga donese novo prvostupanjsko rješenje.

Što se pak tiče izraza *izmjena rješenja* iz čl. 118. ZUP-a zaključili smo da on označava ovlast drugostupanjskog tijela da, nakon što ocijeni da je pobijano prvostupanjsko rješenje nezakonito ili nepravilno, takvo rješenje poništi te donese

³¹ Članak 129. ZUP-a pod naslovom *Poništavanje i ukidanje nezakonitog rješenja* određuje:

(1) *Nezakonito rješenje može se poništiti ili ukinuti u cijelosti ili djelomično i nakon isteka roka za žalbu.*

(2) *Rješenje kojim je stranka stekla neko pravo može se poništiti:*

1. *ako ga je donijelo nenadležno javnopravno tijelo ili je rješenje doneseno bez zakonom propisane suglasnosti, odobrenja ili mišljenja drugoga javnopravnog tijela,*
2. *ako je u istoj stvari već doneseno pravomoćno rješenje kojim je ta upravna stvar drukčije riješena.*

(3) *U slučaju očite povrede materijalnog propisa, rješenje kojim je stranka stekla neko pravo može se poništiti ili ukinuti ovisno o prirodi upravne stvari i posljedicama koje bi nastale poništenjem ili ukidanjem rješenja.*

O mogućnosti ulaženja drugostupanjskog tijela u *reformatio in peius* samo zbog razloga za poništavanje navedenih u čl. 129. ZUP-a v. opširno u: Šikić, *op. cit.* u bilj. 22., str. 310-313.

novo rješenje. Nadalje *izmjena rješenja* također označava i ovlasti i dužnost prvostupanskog tijela da donese novo rješenje, nakon što je drugostupansko tijelo njegovo ranije rješenje poništilo te mu dostavilo predmet na ponovno rješavanje.

Promatrajući izraz *izmjena rješenja* i u drugim odredbama ZUP-a, koje nisu izravno vezane za uređenje žalbe, uvidjeli smo da i zakonodavac navedeni izraz koristi neprecizno i prilično slobodno.

Stoga bismo na kraju našeg rada željeli istaknuti kako i izraz *zamjena rješenja* i izraz *izmjena rješenja* označavaju mogućnost nadležnog tijela (prvostupanskog ili drugostupanskog) da nakon utvrđivanja nezakonitosti ili nepravilnosti pobijanog rješenja takvo rješenje ponište te donesu novo rješenje.³² Naime, iako zakonodavac kod rada prvostupanskog tijela po žalbi izričito ne navodi da će prvostupansko tijelo poništiti pobijano rješenje, samo donošenje novog rješenja kojim se staro rješenje *zamjenjuje* podrazumijeva prestanak postojanja starog rješenja, tj. njegovo poništavanje. Kod rada drugostupanskog tijela, pak, izričito je propisana ovlast i dužnost poništavanja pobijanog rješenja, te donošenje novoga.

Prema tome, suštinski su ovlasti prvostupanskog i drugostupanskog tijela u radu povodom žalbe iste – poništavanje ranijeg (i pobijanog) nezakonitog ili nepravilnog rješenja te donošenje novoga zakonitog (prema shvaćanju prvostupanskog ili drugostupanskog tijela) rješenja. Navedeni izrazi nisu, međutim, sinonimi jer se izraz *zamjena* odnosi na ovlasti prvostupanskog, a izraz *izmjena* na ovlasti drugostupanskog (ali i ovlasti i dužnosti prvostupanskog) tijela.

Logično je, prema tome, postaviti pitanja je li moguće umjesto navedena dva izraza upotrebljavati samo jedan, te koji bi to izraz mogao biti?

Smatramo da u pokušaju odgovora na navedena pitanja najprije treba promotriti jezično značenje izraza tj. riječi *zamjena* i *izmjena* te *zamijeniti* i *izmijeniti*.

Riječ *zamijeniti* tako znači: dati u zamjenu za drugo; mijenjajući popraviti; odbaciti, ostaviti staro i uzeti novo; zabunom uzeti jedno za drugo, pobrkati; učiniti što mjesto drugoga, doći na mjesto koga drugog,³³ a riječ *zamjena* znači: čin kojim se mijenja jedno za drugo; čin kojim tko zamjenjuje drugoga u čem ili dolazi na dužnost drugoga; nadomjestak.³⁴

Riječ *izmijeniti*, pak, znači: učiniti drukčijim, promijeniti; staviti drugo na mjesto prvog, zamijeniti; razmijeniti³⁵ dok *izmjena* znači: preradba jednoga u drugo; dolazak jednoga na mjesto drugoga, smjena, zamjena; razmjena.³⁶

S obzirom na navedeno, smatramo da izraz *zamjena rješenja* ipak bolje opisuje ovlasti i dužnosti koje imaju prvostupanska i drugostupanska tijela. Naime,

³² Kako smo ranije i naveli, izraz *izmjena rješenja* odnosi se i na situaciju kada prvostupansko tijelo donosi novo rješenje, nakon što je drugostupansko tijelo poništilo njegovo nezakonito i/ili nepravilno rješenje.

³³ V. *Rječnik hrvatskog jezika*, Leksikografski zavod Miroslav Krleža i Školska knjiga, Zagreb 2000., str. 1396. i 1397.

³⁴ *Ibid.*, str. 1397. i 1398.

³⁵ *Ibid.*, str. 392.

³⁶ *Ibid.*, str. 393.

navedena tijela uvijek su nakon poništavanja ranijeg rješenja dužna donijeti *nova* rješenja. Prema tome, ona ništa ne *mijenjaju* u postojećim pobijanim (nezakonitim i/ili nepravilnim) rješenjima, već takva rješenja *zamjenjuju* novima.

Stoga smatramo da bi izraz *izmjena rješenja* trebalo u zakonskom uređivanju žalbe *zamijeniti* izrazom *zamjena rješenja* te na taj način zakonski tekst osloboditi nepotrebne terminološke složenosti.³⁷

POPIS LITERATURE

Knjige i članci:

1. Borković, I., *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2002.
2. Đerđa, D., *Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj*, Inženjerski biro, Zagreb 2010.
3. Ivančević, V., *Institucije upravnog prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 1983.
4. Krbek, I., *Pravo jugoslavenske javne uprave, III. knjiga*, Birotehnički izdavački zavod, Zagreb 1962.
5. Krijan, P., *Komentar Zakona o općem upravnom postupku*, Novi informator, Zagreb 2006.
6. Majstorović, B., *Poništavanje, ukidanje i izmena rešenja u upravnom postupku*, Narodni odbor, vol. 14, br. 12, 1961., str. 666-670.
7. *Rječnik hrvatskog jezika*, Leksikografski zavod Miroslav Krleža i Školska knjiga, Zagreb 2000.
8. Staničić, F., *Abecedarij upravnog postupka (167)*, Novi informator, br. 6765, 2023.,
9. str. 21.
10. Šikić, M.; Ofak, L., *Nova načela upravnog postupka*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 32, br. 1, 2011., str. 127-153.
11. Šikić, M., *Pravomoćnost, konačnost i izvršnost u upravnom postupku*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 33, br. 1, 2012., str. 205-220.
12. Šikić, M., *Izmjena rješenja u žalbenom upravnom postupku*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 42, br. 2, 2021., str. 303- 321.
13. Šikić, M., *Poništavanje rješenja u upravnom postupku*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 43, br. 3, 2022., str. 897-914.

Pravni propisi:

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

³⁷ Zanimljiv zakonski primjer nerazumijevanja i izjednačavanja izraza *izmjena* i *zamjena* rješenja nalazi se u st. 3. i 4. čl. 182. Općeg poreznog zakona (Narodne novine, br. 115/2016, 106/2018, 121/2019, 32/2020, 42/2020, 114/2022) u kojem se za označavanje iste ovlasti i dužnosti prvostupanjskog tijela (radi se, zapravo, o *zamjeni rješenja* sukladno terminologiji iz ZUP-a) koristi i izraz *izmjena* (st. 3.) i izraz *zamjena* (st. 4.).

2. Zakon o općem upravnom postupku, Narodne novine, br. 47/2009, 110/2021
3. Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 20/2010, 143/2012, 152/2014, 94/2016, 29/2017, 110/21

Mrežni izvori:

1. Rajko, A., *Zamjena i izmjena rješenja u prvostupanjskom upravnom postupku*, IUS-INFO, <https://www.iusinfo.hr/aktualno/u-sredistu/25513>

RÉSUMÉ:

**À PROPOS DE CERTAINES QUESTIONS TERMINOLOGIQUES
CONCERNANT LE RÉGIME DU RECOURS DANS LA LOI
SUR LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE GÉNÉRALE
(SUSPENSION DES EFFETS JURIDIQUES OU DE
L'EXÉCUTION D'UNE DÉCISION ADMINISTRATIVE,
REMPLACEMENT ET/OU MODIFICATION DE LA DÉCISION)**

L'article analyse les incohérences terminologiques dans la réglementation de l'appel comme recours juridique ordinaire dans la Loi sur la procédure administrative générale (ZUP). L'accent est mis sur la différence entre les expressions « suspension des effets juridiques de la décision » et « suspension de l'exécution de la décision », ainsi que sur les notions de « substitution » et de « modification » des décisions dans la procédure d'appel. L'auteur souligne que le législateur utilise, dans la majeure partie du ZUP, l'expression « suspension de l'exécution de la décision », tandis que l'expression « suspension des effets juridiques de la décision » n'apparaît que dans un seul article, ce qui entraîne des ambiguïtés dans la pratique et dans l'interprétation de la loi. Il conclut qu'il serait préférable, pour des raisons de sécurité juridique et de cohérence, d'utiliser exclusivement l'expression « suspension de l'exécution de la décision ». L'article explique également la différence entre la « substitution » et la « modification » d'une décision. La substitution d'une décision désigne le pouvoir de l'autorité administrative de première instance d'annuler sa décision antérieure et d'en adopter une nouvelle lorsqu'elle estime l'appel fondé. En revanche, la modification d'une décision concerne les compétences de l'autorité de deuxième instance, qui peut annuler la décision de première instance puis rendre une nouvelle décision. Bien que ces notions soient souvent utilisées comme synonymes, l'auteur insiste sur le fait qu'elles possèdent des significations et des fonctions différentes dans la procédure administrative. Enfin, l'article propose une harmonisation terminologique du ZUP afin d'éliminer les ambiguïtés existantes et d'améliorer la précision du langage juridique.

Daniel Chabanol*

ÉTAT ET JUSTICE

UDK: 347.9 : 321
Priljeno: 1. rujna 2018.
Izvorni znanstveni rad

L'administration de la justice est par sa nature même une mission d'Etat (CE section 27 février 2004, Popin, n° 217257 : « *la justice est rendue de façon indivisible au nom de l'Etat* »). Ce qu'exprime la rédaction des actes juridictionnels français officiels, qui tous sont prononcés « *au nom du peuple français* », et donc jamais au nom d'une région, ou d'une commune : la justice officielle ne saurait être décentralisée.

Avec elle nous abordons un pan de l'action d'Etat qui n'est pas réductible à une quelconque mécanique organisationnelle. Si les missions de défense, de sécurité, de maintien de l'ordre, de gestion monétaire, de santé publique peuvent, quelque délicates parfois qu'elles soient, se ramener à la mise en place de moyens adaptés aux fins poursuivies, la mission de justice ne saurait s'apprécier à l'aune des seuls moyens mis en œuvre. A dire le vrai, toutes les actions publiques sont soumises au jugement (et donc à l'objectif) de justice : la fiscalité, l'éducation, la santé, l'équipement du territoire, la dépense publique non affectée (correspondant par exemple à l'action de sécurité, ou de défense), sont évalués, entre autres, au regard d'une exigence de justice, laquelle n'est donc pas l'apanage du ministère de la justice. Mais, à l'inverse des autres départements ministériels, qui ont pour mission de « *faire* », de « *fabriquer* » (des recettes publiques, de la sécurité, de l'éducation, des routes, de la santé publique...), et qui placent plus ou moins de justice dans cette œuvre de fabrication, le ministère de la justice n'est pas responsable...de la justice dans le pays, mais d'une administration qui a pour seul objet de mettre fin aux conflits opposant soit les sujets de droit entre eux (différends civils), soit ces sujets à la puissance publique (différends pénaux ou administratifs). C'est là sa seule mission, mais elle est fondamentale : il faut à toute société organisée une instance qui décide du terme définitif des litiges, que ce soit par la manifestation supposée de la volonté divine (les ordalies) ou par le jeu de mécanismes qui peuvent être brutaux (les procès staliniens) ou sophistiqués (les sociétés démocratiques).

Si l'on veut bien se souvenir de ce que Hobbes nous a exposé quant à l'origine de l'Etat, dire ce qui est « *le juste* » est la mission de l'Etat, dont nous attendons qu'il mette en œuvre les moyens qui nous permettront de savoir « *ce qui est juste* », non point dans l'organisation générale de la société (qu'est-ce qu'une fiscalité juste ?) mais dans le règlement des litiges.

Mots clés: *L'etat, justice, France*

* Conseiller d'État honoraire

1. LA MISSION DE JUSTICE ÉCHAPPE À TOUTE « JURIDICITÉ »

La justice n'est pas un principe juridique, pas plus que la fraternité¹. C'est une vertu, et le paradoxe est d'avoir consacré un ministère (donc une catégorie gouvernementale et administrative) à une vertu... Comment enfermer une vertu dans des codes et un appareil ?

1.1. L'impossible définition de la mission

Faire que la solution imposée par la juridiction soit reconnue et admise comme « juste » par les deux parties, c'est pour une part mission impossible.

Impossible parce que nous manquons de critères non discutables de ce qui est juste. Tous les débats qui font suite à des verdicts pénaux, emblématiques ou non, révèlent cette évidence : est « juste » une sentence qui correspond à ce que j'aurais jugé si j'avais été juge, et vice-versa. Chacun voit la justice, comme midi, à sa porte. Il est difficile de dégager une vision collective sur laquelle tous s'accordent, alors surtout que la solution d'un litige fait appel, de plus en plus, à des corpus juridiques complexes et peu connus. Exposer que la convention européenne des droits de l'homme impose dans certains cas de conserver sur le territoire une personne étrangère que la loi interne prescrit de reconduire à la frontière est juridiquement correct. Ce n'en sera pas moins reçu comme « *injuste* » par certaines catégories de la population.

En régime autoritaire, ce défaut est peu préoccupant, pour la bonne raison que le pouvoir ne se soucie pas de savoir si sa justice est perçue comme juste. Elle est, et s'impose sans qu'il y ait lieu à discussion. Malheur à celui qui ose mettre en question son autorité : une sorte de dogme de l'infailibilité régit la décision juridictionnelle, dont il ne convient pas de discuter la vertu, puisque la justice, par essence, est ce qu'a décidé le juge, et que donc cette décision fixe en même temps la juste vérité. On juge, on exécute les sentences, au besoin par la force publique, et tout cet édifice est, par essence, tenu pour juste, peu important comment il a été bâti.

En régime démocratique, l'inadéquation d'une mission tout aussi difficile à définir ne peut être camouflée ou traitée par un froncement de sourcils de policier. Les juges ne peuvent décider n'importe quoi, non plus que s'installer à demeure dans l'injustice. Les justiciables s'expriment, les débats sur la chose jugée naissent, les mises en cause de jurisprudences tenues pour injustes se développent (pour ne point parler des recours à des juridictions internationales). Et à laisser s'installer l'impression qu'elle n'est pas juste, la justice se place en porte à faux vis-à-vis de la société, des justiciables, mais aussi des institutions devant collaborer avec elle.

¹ On consultera utilement, s'agissant de la fraternité, l'ouvrage de Jérôme Michel « Malraux, apocalypse de la fraternité », Paris, Michalon éditeur, 2018

En témoignent, en France, certaines réactions des institutions policières comprenant mal certains jugements visant des petits délinquants.

Certes, la liberté donnée, en régime démocratique, de discuter de la qualité (juste ou injuste) de la décision de justice n'ôte pas à ce service sa vocation essentielle, qui est de mettre fin aux litiges, par une sentence revêtue de l'autorité de chose jugée, mais l'expérience montre qu'une justice qui perd l'apparence d'être juste se décrédibilise peu à peu, ce qui réduit l'autorité et donc la portée de ses décisions. Autrement dit, à n'être pas perçue comme juste, la justice va faillir à sa mission, puisque les litiges agitant la société ne seront pas tenus pour réglés par elle.

1.2. Les moyens d'une bonne apparence de justice

A la différence des autres services publics, dont on assure la crédibilité en améliorant leur efficience au regard des objectifs qui leur sont assignés, la justice ne peut gagner en apparence que si l'Etat se tient éloigné d'elle. Un maître mot commande ici l'apparence, bonne ou mauvaise, de la justice : l'indépendance. Tout doit être mis en œuvre, en démocratie (et l'on peut dire que c'est une des conditions de la démocratie), pour que la justice n'apparaisse jamais comme étant aux ordres de l'Etat. C'est à ce prix qu'elle peut remplir la mission que l'Etat lui confie.

« Pas aux ordres », cela implique beaucoup d'abnégation pour les autorités publiques peu accoutumées à être confrontées à des agents publics formés à ne pas obéir ! Et aussi beaucoup de tentations ! Un magistrat espère légitimement parcourir une carrière brillante, ou rejoindre la localité de ses rêves... Pour ceux qui, agissant au nom de l'Etat, vont avoir à signer les décrets de nomination ou de promotion, comment ne pas être tenté de récompenser les magistrats compréhensifs, ou à l'inverse de rappeler à d'autres que l'indépendance n'est pas forcément goûtée du pouvoir politique...

Face à ces tentations, à ces risques de dérives, il est des barrières, sans lesquelles l'indépendance officiellement affirmée des magistrats n'est que spectacle d'ombres défilant au fond de la caverne de Platon. Ces barrières sont de deux ordres :

- Sur le versant statutaire, il convient, c'est l'évidence, d'ôter au représentant du pouvoir exécutif (ou législatif) toute compétence pour choisir les magistrats bénéficiant d'une promotion, ou nommés sur une affectation géographique déterminée, comme bien entendu tout pouvoir disciplinaire. Cela s'obtient en mettant en place un organe collégial (Conseil de la magistrature, ou Conseil supérieur des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel) dont les compétences lient l'autorité politique, laquelle ne peut s'écarter des propositions qui lui sont faites. Ces conseils doivent naturellement procéder, dans leur majorité, de l'élection par les magistrats. Et si leur composition peut faire la place à des autorités gouvernementales, ces dernières ne sauraient, d'évidence, y détenir la majorité des voix. Banale à

- exprimer, la mise en place de cette institution est souvent l'occasion de débats farouches. On note par exemple que le Conseil supérieur de la magistrature français continue à n'émettre, sur le déroulement de la carrière des membres du Parquet, que des avis purement consultatifs ne liant absolument pas le gouvernement...
- Sur le plan procédural, il faut privilégier la collégialité des formations de jugement, et, corollaire de cette dernière, le secret absolu des délibérés des juridictions. Et ce pour deux raisons :
 - chaque magistrat est assuré que la position qu'il a adoptée lors d'un délibéré collégial est couverte par ce secret, qui interdit de lui imputer la solution adoptée. Je sais que l'on discute de l'utilité de ce secret, certains systèmes juridictionnels admettant, par la publication des opinions dissidentes, qu'il ne soit pas garanti. Tout ce que je puis dire est que, tout au long de plus de quarante années de fonctions contentieuses, j'ai apprécié ce secret, et pu mesurer combien son absence aurait compromis l'indépendance que je devais à mon métier.
 - La confrontation, au sein de la collégialité, des opinions de magistrats dont la vie a suivi des itinéraires variés, et produit des sensibilités diverses, est une protection contre les décisions « *aty-piques* », dans lesquelles le « peuple » ne se reconnaîtrait pas, et où il ne verrait certainement pas une œuvre « *juste* ».

Ne soyons pas angéliques : ces conditions étant remplies, le fonctionnement de la justice n'apparaîtra pas nécessairement juste. On a dit parfois que le juge idéal était un être humain dépourvu de nombril...C'est une autre façon de dire que les juges sont humains, donc imparfaits : l'Etat ne peut que les laisser faire, et doit impérativement leur laisser leur liberté d'être parfois injustes. Toute immixtion de l'Etat dans l'acte de justice est, en démocratie, mortifère.

Il reste qu'il appartient à l'Etat de définir l'ampleur des moyens dévolus à la mission de justice. L'importance et l'organisation de ces moyens ne sauraient être négligées. L'efficacité de ce service public –écoutons les organisations professionnelles concernées, syndicats de magistrats, ou d'avocats – se mesure, abstraction faite des recherches d'indépendance, en des termes permettant de le comparer à d'autres, au vu de critères matériels banalisés : finalement, gérer la justice sans intervenir sur le fond des jugements, c'est résoudre une question de files d'attente, ce que sait faire n'importe quel gérant d'un commerce de grande surface ou d'une autoroute à péage : ouvrir assez de guichets pour que l'attente soit supportable, mais ne pas en ouvrir trop car l'opération est coûteuse...

2. DES MOYENS ALLOUÉS PAR L'ÉTAT, ET SOUMIS À L'IMPÉRATIF D'EFFICACITÉ : LA DIFFICULTÉ DE LA VISION PRODUCTIVISTE

2.1. La gestion des flux : un rêve qui passe difficilement dans la réalité

Depuis cinquante ans, le nombre d'affaires nouvelles a augmenté de plus de 5 % par an dans les tribunaux administratifs, et de 8 % devant les cours administratives d'appel ! Les données du monde judiciaire sont de même nature. On a longtemps tenté de freiner ce flux en imposant une contribution forfaitaire, sorte de péage à l'entrée dans le système contentieux...Le coût de gestion de cette contribution, rapporté au nombre d'affaires qu'elle a peut-être évitées a montré qu'elle était inutile, voire nuisible...De plus faire payer un droit d'entrée dans le système de justice à ceux qui attendent que l'on dise ce qui est juste est vite apparu choquant.

La mode va aujourd'hui au développement des « modes alternatifs de règlement des différends » (MARD, ou MARC si les conflits remplacent les différends), que constituent la conciliation ou la médiation. Sans négliger l'utilité ponctuelle de ces solutions non juridictionnelles, ou pré-juridictionnelles, force est de constater que lorsque des parties veulent que l'on dise ce qui est juste elles ont quelque mal à se borner à consentir à un arrangement, fût-ce sous l'égide d'un tiers de confiance : la fonction des grands prêtres ne se délègue que difficilement à des sous-diacres.

Voici donc ce service confronté à des flux non maîtrisés ou peu maîtrisables

2.2. Le traitement des flux : une recherche d'efficacité en tension

Puisque la voie d'un ralentissement, voire d'un écrémage des flux semble ne pas porter les effets escomptés, les gestionnaires ont déployé des efforts en vue de permettre d'augmenter le nombre d'affaires traitées par emploi de magistrat. Passant sur les recettes classiques offertes par l'informatique et la dématérialisation, on insistera sur un courant de pensée qui, traduit dans les textes et les pratiques aux alentours de 1990 (loi du 25 juin 1990), continue actuellement d'alimenter les textes de procédure. L'idée de base est la suivante : il est des affaires dont la solution est évidente (méconnaissance d'une règle de procédure, incompétence de la juridiction saisie...), et point n'est besoin de mobiliser tous les moyens habituellement requis pour apporter à ces dossiers une réponse juridique exacte. On voit donc se développer un traitement par ordonnance, par un magistrat statuant seul, sans audience et souvent sans instruction, de ce genre d'affaires, dont l'énumération n'a cessé de se garnir (voir annexe): là où, au début de l'expérience, ne pouvaient faire l'objet de ce traitement express que les affaires dont la solution relevait d'une évidence de procédure objective, nous trouvons aujourd'hui des requêtes « manifestement infondées », ce qui traduit la prévalence du souci d'efficience

sur la mission originelle du service. Le souci principal tend à se focaliser sur les critères quantitatifs (nombre d'affaires jugées, état des stocks, durée moyenne de l'instruction), faisant ainsi place à des appréciations globales.

Est-il possible d'échapper à cette dérive « *productiviste* » ?

Le fait social des sociétés développées est la juridicisation des relations entre les sujets de droits. Je ne me risquerai pas à une tentative d'explication de ce fait, faute de compétences sociologiques. Qu'il suffise d'en constater l'existence, qui se traduit sur le moyen terme, voire le long terme, par des taux d'augmentation générant une croissance exponentielle (au sens mathématique du terme) des recours au service. Un taux de croissance annuel de 7 % correspond à un doublement sur dix ans, et donc à un quadruplement sur vingt ans ! Or aucune donnée supposant une consommation d'un élément du revenu national (tel étant le cas des dépenses de justice) ne saurait, à long terme, connaître un taux de croissance supérieur à celui de ce revenu. Force est donc d'imaginer une régulation, et la recette est malheureusement simple : ou la régulation se fait par les prix (et l'on en a une première idée avec le développement des processus d'arbitrage, justice privée et payante), ou elle se fait par la file d'attente : en Italie, dans les années 70, la juridiction administrative a trouvé un équilibre entre entrées et sorties en laissant dériver les délais de jugement, qui ont atteint huit ans, durée suffisante pour décourager un nombre significatif de plaideurs...

Comme les engagements pris au sein du Conseil de l'Europe et traduits notamment dans l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'autorisent plus désormais le recours à ce mode de régulation qui fait bon marché du « *délai raisonnable* », et qu'il semble difficile d'envisager un droit d'entrée significatif, force est de se tourner vers une régulation autoritaire des flux, prenant la forme de ce que l'Etat estime bon de juger avec tous les attributs juridictionnels, le reste (connaissant une extension progressive) faisant l'objet de traitements expéditifs, dont on estime que leur faible intérêt ne met pas en cause la recherche de la « *justice* ».

Cette réponse de gestionnaire, dont on peut difficilement discuter la légitimité, n'est pas nouvelle. Elle systématise le vieux principe du droit romain « *de minimis non curat praetor* », dont il faut surtout éviter qu'il ne se traduise par une formule selon laquelle « *les demandes des pauvres sont le plus souvent de pauvres demandes* » (CARBONNIER, Jean, *De minimis...*, in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981).

La justice est, dit-on en France, un appareil, un appareil, et une apparence.

L'*apparat* des salles d'audience et parfois des tenues, manifeste le souci d'affirmer, dans l'acte de justice, l'imperium de l'Etat, et à ce titre n'est pas

l'apanage de la justice, le souci d' « en imposer » étant plus ou moins partagé par d'autres services de l'Etat.

Appareil, forcément, et ce d'autant plus que, le diable étant dans les détails, il a fallu prévoir toutes les règles et hypothèses procédurales. Tout code de procédure est un monument dans lequel se perdent les visiteurs même habituels. L'Etat, qui valide ces règles de procédure, y trouve une preuve de l'objectivité de sa justice, preuve qui vient étayer l'image que l'on doit donner de la justice.

Apparence, enfin, qui participe fondamentalement de l'équilibrage du système. La justice exprime idéalement la contrainte d'Etat : ce n'est certes pas une contrainte procédant de la violence physique comme peut l'être l'action militaire ou policière, mais ce service demeure l'expression d'une contrainte forte, pesant sur la liberté individuelle (l'enfermement pénitentiaire) ou imposant sa solution aux différends qui lui sont confiés. Cette contrainte d'Etat ne peut être tolérée, en démocratie, que si l'Etat met tout en œuvre pour y paraître étranger : là où le gouvernement doit s'affirmer comme le chef rigoureux et obéi de la police ou de l'armée, il doit veiller à ce que sa justice non seulement soit indépendante de lui, mais présente et affiche toutes les apparences de cette indépendance.

ANNEXE

CODE DE JUSTICE ADMINISTRATIVE ARTICLE R 222-1

Les présidents de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, les premiers vice-présidents des tribunaux et des cours, le vice-président du tribunal administratif de Paris, les présidents de formation de jugement des tribunaux et des cours et les magistrats ayant une ancienneté minimale de deux ans et ayant atteint au moins le grade de premier conseiller désignés à cet effet par le président de leur juridiction peuvent, par ordonnance :

- 1° Donner acte des désistements ;
- 2° Rejeter les requêtes ne relevant manifestement pas de la compétence de la juridiction administrative ;
- 3° Constater qu'il n'y a pas lieu de statuer sur une requête ;
- 4° Rejeter les requêtes manifestement irrecevables, lorsque la juridiction n'est pas tenue d'inviter leur auteur à les régulariser ou qu'elles n'ont pas été régularisées à l'expiration du délai imparti par une demande en ce sens ;
- 5° Statuer sur les requêtes qui ne présentent plus à juger de questions autres que la condamnation prévue à l'article L. 761-1 ou la charge des dépens ;

6° Statuer sur les requêtes relevant d'une série, qui sans appeler de nouvelle appréciation ou qualification de faits, présentent à juger en droit, pour la juridiction saisie, des questions identiques à celles qu'elle a déjà tranchées ensemble par une même décision devenue irrévocable, à celles tranchées ensemble par une même décision du Conseil d'État statuant au contentieux ou examinées ensemble par un même avis par le Conseil d'État en application de l'article L. 113-1, et, pour le tribunal administratif, à celles tranchées ensemble par un même arrêt devenu irrévocable de la cour administrative d'appel dont il relève ;

7° Rejeter, après l'expiration du délai de recours ou, lorsqu'un mémoire complémentaire a été annoncé, après la production de ce mémoire, les requêtes ne comportant que des moyens de légalité externe manifestement infondés, des moyens irrecevables, des moyens inopérants ou des moyens qui ne sont assortis que de faits manifestement insusceptibles de venir à leur soutien ou ne sont manifestement pas assortis des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé.

Les présidents des cours administratives d'appel, les premiers vice-présidents des cours et les présidents des formations de jugement des cours peuvent, en outre, par ordonnance, rejeter les conclusions à fin de sursis à exécution d'une décision juridictionnelle frappée d'appel, les requêtes dirigées contre des ordonnances prises en application des 1° à 5° du présent article ainsi que, après l'expiration du délai de recours ou, lorsqu'un mémoire complémentaire a été annoncé, après la production de ce mémoire, les requêtes d'appel manifestement dépourvues de fondement. Ils peuvent, de même, annuler une ordonnance prise en application des 1° à 5° du présent article à condition de régler l'affaire au fond par application de l'une de ces dispositions.

SAŽETAK:

DRŽAVA I PRAVOSUĐE

Sudska vlast je po svojoj prirodi isključiva zadaća države. Pravda se u Francuskoj provodi „u ime francuskog naroda“, što pokazuje da pravosuđe ne može biti decentralizirano. Autor naglašava kako pravda nije samo administrativna djelatnost, nego temeljna funkcija države koja rješava sukobe među građanima i između građana i države. Za razliku od drugih javnih tijela koji proizvode određene rezultate (sigurnost, obrazovanje, zdravstvo), pravosuđe ima zadatak odlučiti što je „pravedno“ u konkretnim sporovima. Pravdu nije moguće potpuno pravno definirati jer svatko drukčije doživljava ono što je pravedno. U autoritarnim režimima država ne mari za percepciju pravednosti, dok je u demokraciji ključno da sudovi djeluju neovisno i ostavljaju dojam nepristranosti. Zato je neovisnost sudaca temelj povjerenja u pravosuđe. Ona se osigurava kroz neovisna pravosudna vijeća, kolegijalno odlučivanje i tajnost sudskih vijećanja. Autor također upozorava na problem rastućeg broja sudskih predmeta i pritisak na učinkovitost pravosuđa. Država pokušava ubrzati postupke pojednostavljenim procedurama i alternativnim načinima rješavanja sporova, ali postoji opasnost

da pravosuđe postane „produktivistički“ sustav usmjeren više na broj riješenih predmeta nego na kvalitetu pravde. Demokratska država mora osigurati dovoljno sredstava za rad sudova, ali se pritom ne smije miješati u same sudske odluke, jer bi time ugrozila neovisnost i vjerodostojnost pravosuđa.

Jean Massot*

LE JUGE ADMINISTRATIF PROTECTEUR DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE

UDK: 342 (44)
Izvorni znanstveni rad
Primljeno: 10. 12. 2016.

1. INTRODUCTION

Les attentats qui ont frappé la France en 2015 ont entraîné la mise en œuvre d'un régime de limitation des libertés que l'on appelle l'«état d'urgence». Une polémique très «franco-française» s'est développée à cette occasion, dans la mesure où ce régime permet des restrictions à la liberté individuelle, telles que perquisitions ou assignation à résidence, sur simple décision de l'administration, sans intervention a priori du juge judiciaire et sous le seul contrôle a posteriori du juge administratif. La question qui motive cette polémique est de savoir si ce régime ne porte pas atteinte à l'article 66 de la Constitution selon lequel :

«Nul ne peut être arbitrairement détenu.

L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi.»

Mais, parallèlement, le Conseil constitutionnel a depuis longtemps affirmé que «conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des «principes fondamentaux reconnus par les lois de la République» celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle.»¹ Il est important de souligner ici que, dès l'origine, ce «recours pour excès de pouvoir» devant le juge administratif, qui est d'ailleurs sa création sans qu'aucun texte l'ait explicitement prévu, peut être exercé, non seulement à l'encontre d'une décision individuelle, mais aussi d'un acte réglementaire.

La question se résume donc à savoir ce qu'il faut entendre, dans l'article 66 de la Constitution, par «liberté individuelle» et dans la décision du Conseil constitutionnel, par «matière réservée par nature à l'autorité judiciaire».

* Président de section(h) au Conseil d'Etat

¹ Ce sont, notamment les termes de sa décision du 23 janvier 1987 n°86-224 DC figurant aux Grands arrêts de la jurisprudence administrative (ci-après GAJA), 20ème édition n°85, p.588

Dans l'état actuel de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, comme de celle du Tribunal des conflits² et du Conseil d'Etat, il semble que ne constituent des atteintes à la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution et ne soient réservées par nature au juge judiciaire que les mesures de détention arbitraire, autrement dit ce que le droit anglo-saxon appelle l'Habeas corpus. Le Conseil constitutionnel l'a d'ailleurs confirmé à propos des lois réformant le régime de l'état d'urgence³.

Je voudrais donc vous montrer aujourd'hui, dépassant une polémique sans grande raison d'être, que d'une part, le juge administratif est toujours intervenu pour protéger des libertés individuelles, au sens large, en dehors de l'Habeas corpus, et que, d'autre part, il a développé récemment de nouveaux outils pour rendre ces interventions plus adaptées à de nouveaux défis.

Je précise ici que les libertés **individuelle** dans ce sens courant se distinguent par commodité de langage des grandes libertés **publiques** d'usage plus collectif que sont les libertés d'association, de réunion, de manifestation, de communication et d'expression du suffrage. Mais on verra que la protection que leur accorde le juge administratif est bien du même ordre.

1. LES INTERVENTIONS TRADITIONNELLES DU JUGE ADMINISTRATIF POUR PROTÉGER DES LIBERTÉS INDIVIDUELLES

On peut distinguer ici les atteintes aux libertés individuelles en période normale et les atteintes plus importantes en période de guerre ou de crise.

1.1. Les atteintes en période normale

J'illustrerai ici mon propos par des exemples pris dans trois domaines qui relèvent bien des libertés individuelles au sens courant du terme :

- la liberté d'aller et venir,
- la vie privée et familiale,
- le domicile.

Sur le premier point, je prendrai d'abord le cas des nationaux français et du retrait de passeport. Dans une décision que je connais bien, pour avoir été le commissaire du gouvernement qui concluait alors, l'arrêt de l'assemblée du contentieux du 8

² Je rappelle que ce tribunal paritaire entre membres du Conseil d'Etat et membres de la cour de cassation est chargé de trancher les questions de répartition de compétence entre les deux ordres de juridiction

³ Voir ses décisions des 22 décembre 2015 n°2015-527 QPC et du 19 février 2016 n° 2016-535 QPC et 2016-536 QPC sur lesquelles je reviendrai

avril 1987 Peltier⁴, le Conseil d'Etat a censuré le refus de délivrer un passeport à une personne soupçonnée de trafic de stupéfiants, en rappelant que la liberté d'aller et venir sur le territoire national impliquait aussi le droit de le quitter et en se fondant assez hardiment sur un texte de 1792 qui avait plutôt pour objet d'empêcher les aristocrates d'émigrer.

J'évoquerai ensuite le cas du droit des étrangers. C'est bien au juge administratif qu'il revient de contrôler les mesures par lesquelles l'autorité administrative autorise ou non un étranger à séjourner en France ou l'oblige à quitter le territoire après l'avoir ou non placé en rétention administrative⁵. Le Conseil constitutionnel, en se référant à sa décision de 1987 précitée, a d'ailleurs censuré une loi qui donnait compétence au juge judiciaire pour annuler les mesures de reconduite à la frontière⁶. Ce contentieux des étrangers a pris une place croissante dans l'activité des tribunaux administratifs, rejoignant en importance le contentieux fiscal ou celui concernant les fonctionnaires. Ici encore, le juge administratif intervient pour censurer des actes réglementaires, décrets, arrêtés ou circulaires organisant la matière, comme des mesures individuelles de refus de titre de séjour ou d'ordre de quitter le territoire. Je ne peux que vous renvoyer au très long commentaire figurant aux GAJA sous l'arrêt de l'assemblée du contentieux du 8 décembre 1978 GISTI⁷, décision qui, pour annuler un décret qui interdisait l'entrée en France de la famille d'un étranger sauf si ses membres acceptaient de renoncer à exercer un emploi, va jusqu'à affirmer l'existence d'un principe général du droit à «mener une vie familiale normale», bien avant la consécration de ce principe par le Conseil constitutionnel et, comme c'était de tradition à l'époque, sans se fonder sur des textes internationaux.

Cela me conduit à évoquer ce deuxième domaine, celui de la vie privée et familiale. En dehors du cas des étrangers, le juge administratif est aussi intervenu pour les nationaux, au moins pour ce qui concernait certains agents publics dont le mariage était soumis à une autorisation. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a pu annuler le refus opposé par l'autorité militaire à un officier qui demandait l'autorisation d'épouser une ressortissante éthiopienne en estimant que ce mariage ne compromettrait pas les obligations de secret qui s'imposaient à lui et que les restrictions ainsi apportées à la liberté du mariage ne pouvaient être regardées comme nécessaires à la préservation de la sécurité nationale (décision n°212068 du 15 décembre 2014). Pour les étrangers, le juge administratif est souvent appelé à se prononcer sur les mariages de complaisance uniquement destinés à obtenir un titre de séjour et il rejette le plus souvent les recours (voir par exemple une décision du juge des référés n° 314694 du 29 avril 2008). Mais, il a, en revanche annulé le refus de visa opposé par le consul de France à Casablanca à un ressortissant sénégalais qui souhaitait venir en France pour faire célébrer son mariage avec son compagnon, un ressortissant français, mariage qui ne pouvait être célébré au Maroc, ce pays, à la

⁴ Recueil Lebon (ci-après Rec.) p.128

⁵ Ce qui ne nécessite une intervention du juge judiciaire que lorsque cette rétention se prolonge au-delà de 48 heures

⁶ Voir décision du 28 juillet 1989 n°89-261 DC

⁷ GAJA, N°83, p.566

différence de la France, ne reconnaissant pas le mariage entre personnes du même sexe (décision du juge des référés n° 382145 du 9 juillet 2014).

Enfin, le troisième domaine que je voudrais évoquer est celui du domicile. D'une part, la jurisprudence du Conseil constitutionnel semble admettre que le principe d'une autorisation préalable du juge judiciaire pour les visites domiciliaires menées par les administrations fiscales et douanières peut souffrir des exceptions dans l'intérêt de la recherche des infractions (décision n°2013-357 QPC du 29 novembre 2013). D'autre part, le juge administratif est depuis longtemps saisi de recours pour excès de pouvoir contre des actes réglementaires qui constitueraient des atteintes au principe de l'inviolabilité du domicile : voyez par exemple une décision n°74691 du 9 juillet 1986 relative à un décret permettant l'entrée des agents de Télédiffusion de France dans des habitations privées aux fins de vérifier les conditions de diffusion de la télévision par voie hertzienne avec des garanties d'intervention du juge judiciaire prétendument insuffisantes. Enfin, lorsque l'autorité administrative prend des mesures d'expulsion d'occupants sans titre de logements appartenant à une collectivité publique (des squatteurs), la violation du même principe est souvent invoquée, évidemment sans succès (décision n°274340 du 25 mai 2005).

1.2. Les atteintes en période de crise

Je distinguerai ici deux étapes, d'une part les périodes de guerre, génératrices de ce que le juge administratif a baptisé des «circonstances exceptionnelles», d'autre part les périodes de troubles graves à l'ordre public (insurrection, émeute, terrorisme) pour lesquelles a été créé un régime législatif spécial, l'«état d'urgence». Faute de temps, je ne parlerai pas de deux autres régimes d'exception, d'une part, l'état de siège prévu à l'article 36 de la Constitution qui donne de très larges pouvoirs à l'autorité militaire, mais qui n'est plus appliqué depuis la deuxième guerre mondiale, d'autre part celui que prévoit l'article 16 de la Constitution dont les conditions de mise en œuvre sont si strictes⁸ qu'il ne s'est appliqué qu'une fois, à la fin de la guerre d'Algérie.

Sur le premier point, c'est la première guerre mondiale qui a conduit le Conseil d'Etat à construire de façon prétorienne la théorie des circonstances exceptionnelles. Par un premier arrêt du 28 juin 1918, Heyriès⁹, il a d'abord jugé qu'à un moment où, en 1914, l'offensive allemande menaçant Paris avait conduit le gouvernement à se replier à Bordeaux dans la sud-ouest de la France et le Parlement à interrompre ses travaux, le pouvoir réglementaire avait pu, dans l'intérêt de la continuité du service public, suspendre l'application d'une loi offrant certaines garanties aux fonctionnaires. Peu de temps après, le Conseil d'Etat a fait application de cette théorie à la limitation d'une liberté individuelle, celle d'aller et venir, en acceptant, par un arrêt du 28 février 1919 Dames Dol et Laurent¹⁰ qu'un préfet limite très strictement la liberté de circulation de personnes pouvant se livrer à la prostitution

⁸ Notamment l'interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics

⁹ GAJA, n°30, p. 178

¹⁰ GAJA, n°32, p.193

dans le «camp retranché» de Toulon qui servait de base aux troupes à destination du front d'Orient. Mais, bien entendu, le juge administratif veille à ce que le pouvoir réglementaire n'abuse pas de cette dérogation au droit commun. D'une part, n'importe quelle circonstance troublée ne permet pas l'application de cette théorie : les troubles entourant la Libération du territoire à l'été 1944 ont pu justifier des arrestations sans intervention du juge judiciaire et sous le seul contrôle a posteriori du juge administratif (voir l'arrêt d'assemblée du 7 novembre 1947 Alexis et Wolff, Rec.p. 416) ; les troubles de la décolonisation en Indochine entre 1945 et 1954 ont pu autoriser le Haut-Commissaire à prononcer des expulsions (Ass.10 décembre 1954 Andréani, Rec.p.656) ; en revanche, les émeutes étudiantes de mai 1968 n'ont pu justifier des atteintes à la hiérarchie des normes ou au principe d'égalité (Ass. 12 juillet 1969 Chambre de commerce et d'industrie de Saint Etienne, Rec.p. 379). D'autre part, dès que cessent ces circonstances exceptionnelles, le retour au droit commun s'impose (Ass. 16 avril 1948 Laugier, Rec.p.161).

Les événements, finalement qualifiés de guerre, entourant la marche de l'Algérie vers l'indépendance ont conduit le législateur à créer un «état d'urgence» par une loi du 3 avril 1955 toujours en vigueur, mais assez profondément modifiée à la suite des événements terroristes de l'année 2015 survenus à Paris. Cet état d'urgence permet à l'administration, sans intervention préalable d'un juge judiciaire, d'apporter des restrictions à la liberté individuelle, sous la forme d'interdictions de séjour dans certaines zones, d'assignations à résidence, de perquisitions. Un premier contentieux s'est alors développé au sujet de ces mesures. Il faut bien reconnaître que, dans le climat très troublé de l'époque, le juge administratif a, bien souvent, fait prévaloir les nécessités de la lutte contre l'insurrection algérienne sur la protection des libertés individuelles, validant des mesures d'interdiction de séjour (Ass.16 décembre 1955 Madame Bourobka Rec. P.596) ou d'assignation à résidence dans un soi-disant centre d'hébergement (7 mars 1958 Zaquin Rec.p.150) d'une légalité fort douteuse : la loi disait pourtant que son application ne pouvait en aucun cas se traduire par la création de camps d'internement. On note tout de même une annulation d'une telle mesure fondée sur des motifs inexacts (30 janvier 1959 Grange Rec.p.85). Mais l'arrêt qui, au cours de cette période marque le plus d'audace de la part du juge administratif est évidemment l'arrêt d'assemblée du 19 octobre 1962 Canal, GAJA n°77, p.511. Par cette décision, le Conseil d'Etat a annulé, à la veille de l'exécution capitale des requérants, l'ordonnance qui avait créé le tribunal d'exception les ayant condamnés à mort, au motif que les décisions de ce tribunal étaient sans recours et leur a ainsi sauvé la vie.

Je reviendrai, dans ma seconde partie, sur les applications ultérieures de l'état d'urgence en 2005 et en 2016, car le contrôle du juge administratif a pu se développer en faisant usage de nouveaux outils qui le rendent plus efficace. C'est ce que je voudrais aborder maintenant.

2. LES NOUVEAUX OUTILS DU JUGE ADMINISTRATIF POUR FAIRE FACE À DE NOUVEAUX DÉFIS EN MATIÈRE DE LIBERTÉS INDIVIDUELLES

Je voudrais ici décrire les nouvelles formes qu'ont prises les libertés individuelles que le juge administratif a pour mission de protéger avant de présenter les nouveaux outils qui lui permettent de mieux assurer cette protection.

2.1. Les nouveaux défis

Ceux qui ont suivi mon intervention de l'an dernier consacrée à la Commission nationale de l'informatique et des libertés ne seront pas surpris que je commence cette année par le problème des atteintes que le développement des traitements informatiques est susceptible d'apporter à la préservation des données personnelles et à la vie privée. Sans entrer ici dans le détail de la législation française et européenne en la matière, j'indique que la plupart des traitements de données personnelles soumis à la CNIL peuvent donner matière à contestation devant le juge administratif. Ce sont ainsi plus de 400 décisions du Conseil d'Etat qui sont intervenues depuis l'entrée en vigueur de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Je ne prendrai qu'un exemple tiré du domaine très particulier des fichiers dits de sécurité, c'est-à-dire ceux des services de police ou de renseignement pour lesquels les personnes concernées qui veulent en vérifier le contenu ne bénéficient que d'un droit d'accès indirect par l'intermédiaire d'un des membres du collège de la CNIL qui doit déterminer avec le service responsable du traitement si des rectifications s'imposent et si le contenu du fichier peut être révélé à l'intéressé. En simplifiant, je dirai que, si la règle est le plus souvent que la CNIL se borne à indiquer que des vérifications ont été faites et que le contenu du traitement ne peut être révélé, d'importants arrêts d'assemblée du 6 novembre 2002 concernant les époux Moon¹¹ sont venus imposer un examen plus différencié et donc un tri entre ce qui, pour des raisons de sécurité, ne peut être révélé et ce qui, au contraire peut l'être. Par une loi du 24 juillet 2015, le législateur a doté le Conseil d'Etat d'un nouvel outil pour qu'il puisse mieux juger, dans une formation spéciale, de la pertinence de ce tri en se faisant communiquer le contenu du fichier de manière confidentielle.

Un deuxième domaine où l'intervention du juge administratif a dû se développer est celui du respect de la dignité humaine. Une première décision de l'assemblée du contentieux du 2 juillet 1993, Milhaud, Rec.p.194 était venue affirmer, de manière assez hardie, pour confirmer la sanction infligée à un médecin qui se livrait à des expérimentations sur un patient en état de mort cérébrale, que le respect de la personne humaine ne cessait pas avec la mort. Puis, dans une décision du 27 octobre 1995, Commune de Morsang sur Orge¹², le Conseil d'Etat, à propos de l'interdiction

¹¹ Dirigeants d'une secte dite «Eglise de l'unification du christianisme universel»

¹² GAJA n°92, p.650

d'une attraction foraine appelée «le lancer de nain¹³», a affirmé, cette fois pour une personne vivante, que «le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public», ce qui est bien dans la ligne du droit européen, mais est sans doute, là encore, une construction hardie pour faire entrer le respect cette exigence dans les pouvoirs du maire. Enfin, revenant aux problèmes posés par les personnes en état de coma irréversible ne survivant que par alimentation et hydratation artificielle, le Conseil d'Etat a dû se prononcer sur la très délicate question de l'arrêt de ces traitements dans le cas où leur poursuite constituerait une obstination déraisonnable pour une partie de la famille, invoquant la loi en vigueur et les intentions du patient avant son accident, mais au contraire une atteinte au «droit à la vie» pour une autre partie de cette famille. Ce sont les arrêts d'assemblée des 14 février et 24 juin 2014 Mme Lambert¹⁴ qui, par un usage là aussi constructif des nouvelles procédures de référé-liberté sur lesquelles je reviendrai, ont tranché dans le sens de la légalité de la décision des médecins d'arrêter les traitements, ce que devait d'ailleurs confirmer la Cour européenne des droits de l'homme par une décision du 5 juin 2015. Les adversaires de cet arrêt n'ont cependant pas désarmé et de nouvelles procédures sont en cours.

Cette affaire concerne d'ailleurs aussi un troisième domaine qui touche aux libertés individuelles et s'est également développé dans la jurisprudence administrative, celui de la bioéthique. Je n'en prendrai qu'un exemple tout récent, une décision de l'assemblée du contentieux du 31 mai 2016, Madame Gomez-Turri¹⁵. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat, saisi en urgence selon la procédure de référé, annule une décision de l'Agence de la biomédecine refusant à la requérante, ressortissante espagnole, de faire transférer en Espagne le sperme congelé de son mari récemment décédé, afin de lui permettre une insémination post mortem lui permettant d'avoir un enfant de ce père disparu. Il faut savoir que la loi française ne permet pas les inséminations post mortem, prenant en compte l'intérêt de l'enfant à ne pas naître privé de père, alors que cette pratique est admise en Espagne. Dans le cas de la requérante, son mari subissant un traitement anticancéreux susceptible de le rendre stérile avait donc fait congeler du sperme en France où résidait le couple, sans prévoir qu'il décéderait de son cancer, mais avec la ferme intention d'avoir un enfant. Tout l'intérêt de cette décision réside dans le fait qu'elle se fonde sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui garantit le droit à une vie familiale normale. En prenant soin d'affirmer que cette disposition ne condamne pas la loi française qui prohibe l'insémination post mortem et l'exportation de gamètes vers des pays qui l'autorisent, le juge administratif a fait prévaloir en l'espèce l'absence d'intention frauduleuse de la mère qui ne vit en Espagne depuis le décès de son conjoint que pour y rejoindre sa famille et la réalité du projet d'avoir un enfant qu'elle avait formé avec ce mari mort du cancer. Il en a tiré argument pour écarter la loi française dans ce cas très spécifique et enjoindre à

¹³ Qui consiste à enfermer une personne de très petite taille dans un sac muni de poignées et à permettre aux spectateurs de concourir pour essayer de la lancer le plus loin possible

¹⁴ GAJA n°117, p.921

¹⁵ Disponible sur le site du Conseil

l'Agence de biométrie d'exporter en urgence le sperme congelé vers l'Espagne : la loi espagnole ne permet en effet cette insémination qu'un an après le décès et la date d'expiration de ce délai était proche.

Je note que, dans l'intérêt de la protection des libertés individuelles, cette décision fait usage de plusieurs instruments nouveaux dont est doté le juge administratif et que je vais maintenant présenter.

2.1. Les nouveaux instruments

Le premier auquel j'ai déjà fait plusieurs fois référence est l'utilisation du «contrôle de conventionnalité» par rapport à la Convention européenne de droits de l'homme. J'ai déjà eu l'occasion, les années précédentes, de vous rappeler qu'après avoir longtemps été réticent à ce contrôle de la loi, le Conseil d'Etat avait fini par l'admettre par la décision d'assemblée du 20 octobre 1989 *Nicolo*¹⁶. Mais la référence à la convention européenne rencontrait encore des réticences dont j'avais été témoin dans l'affaire *Peltier* de refus de passeport précédemment évoquée : le Conseil avait préféré se fonder sur une vieille loi datant de la Révolution française qui n'avait manifestement pas été faite pour cela. Il a commencé à le faire pour le droit entourant les expulsions d'étrangers avec les décisions d'assemblée du 19 avril 1991 *Belgacem* et *Madame Babas* Rec.pp.152 et 162. Plus récemment, après avoir jugé que ce contrôle n'entraînait dans l'office du juge des référés que pour la méconnaissance manifeste par la loi du droit de l'Union européenne (Ord.16 juin 2010 *Mme Diakaté*, Rec.p.205), il a étendu cette solution à la violation manifeste de la Convention européenne des droits de l'homme par les décisions précitées relatives à l'arrêt des traitements d'un patient en état de coma dépassé de 2014 et par la décision relative à l'insémination post mortem de 2016.

Ceci me conduit à analyser un deuxième outil qui joue un rôle de plus en plus important dans la protection des libertés individuelles, le référé dont j'ai également parlé les années précédentes. Depuis une loi du 30 juin 2000, largement inspirée de propositions du Conseil d'Etat, le juge administratif peut recourir à diverses procédures d'urgence. Le référé suspension lui permet d'ordonner d'interrompre l'exécution d'une décision «lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision». En matière de liberté individuelle, le juge administratif en a, par exemple, fait usage dans le cas d'un refus d'autoriser des chirurgiens-dentistes à s'installer dans un nouveau cabinet, en utilisant en même temps son pouvoir d'injonction en ordonnant à leur ordre professionnel de leur délivrer cette autorisation dans un délai de huit jours (Section, 28 février 2001 *Philippart et Lesage*, Rec.p.111). Mais, pour notre sujet, une autre procédure découlant de la loi de 2000 est beaucoup plus importante, c'est celle du référé-liberté qui permet au juge administratif, en cas d'urgence, d'ordonner toute mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté

¹⁶ GAJA n°87, p.605

fondamentale à laquelle une administration ou un service public aurait porté une atteinte grave et manifestement illégale. Il en a été fait un très large usage : au-delà des décisions Lambert et Gomez précitées qui se fondent sur des atteintes au droit à la vie privée ou à la vie tout court, on peut citer parmi les «libertés fondamentales» ainsi protégées, dès avant la proclamation de l'état d'urgence, la liberté d'aller et venir, le droit de se marier, le secret de la correspondance, le droit de consentir à un traitement médical¹⁷. Il est important de souligner que l'urgence n'interdit pas le recours à des expertises et même à l'intervention d'un ou plusieurs «amicus curiae», c'est à dire de tout «sachant» venant éclairer le juge comme dans le cas particulièrement délicat des affaires Lambert.

Enfin, l'application de l'état d'urgence depuis le 14 novembre 2015 se fait dans une version profondément modifiée par rapport à la version initiale de 1955 en vertu d'une loi du 20 novembre 2016. Certes, il y a toujours des assignations à résidence et des perquisitions¹⁸ et le juge administratif a fait, là aussi, un très large usage de ses pouvoirs de référé : entre la mise en vigueur de l'état d'urgence et la fin du mois de mai, pour les assignations à résidence, il s'est prononcé à 125 reprises¹⁹ annulant ou obtenant le retrait de la mesure par le ministre de l'intérieur dans plus d'un tiers des cas ; pour les perquisitions où la condition d'urgence n'a pas grand sens, une fois qu'elle est intervenue, le juge administratif de premier ressort, statuant au fond, a annulé plus qu'il n'a rejeté.

Le Conseil d'Etat a fait usage pour les perquisitions comme pour les assignations à résidence d'un nouvel outil que la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 met à sa disposition la question prioritaire de constitutionnalité ou QPC. Dans le cas des assignations à résidence, le Conseil constitutionnel a rejeté sans grande difficulté la QPC en précisant toutefois que cette mesure n'était une privation de liberté qu'autant qu'elle se limitait à douze heures par jour²⁰. Mais les perquisitions soulèvent aussi une autre question délicate, qui ne se posait évidemment pas en 1955, celle de l'accès des services effectuant des perquisitions dans le cadre de la lutte contre le terrorisme aux ordinateurs des personnes soupçonnées de préparer des attentats. Saisi en premier et dernier ressort à l'encontre d'une circulaire du ministre de l'Intérieur, le Conseil d'Etat a renvoyé au Conseil constitutionnel la question de la contrariété avec le principe de l'inviolabilité du domicile des dispositions du nouvel article 11 sur les perquisitions. Si le juge constitutionnel a validé la plus grande partie du dispositif en estimant que les perquisitions administratives n'avaient pas, par principe, à être placées sous le contrôle de l'autorité judiciaire et que c'était bien au juge administratif de s'assurer de la légalité de la mesure ordonnant la

¹⁷ Je renvoie ici aux décisions citées dans le commentaire aux GAJA n°100, p.725 de l'arrêt de section du 18 janvier 2001 Commune de Venelles

¹⁸ Cette procédure de perquisitions administratives n'est plus en vigueur depuis la prorogation de l'état d'urgence entre le 26 mai et le 26 juillet 2016

¹⁹ Par des jugements de tribunaux administratifs non frappés d'appel ou en appel devant le Conseil d'Etat

²⁰ Décision n°2015-527 QPC du 22 décembre 2015. Le Conseil a aussi renvoyé au Conseil constitutionnel une troisième QPC sur la liberté de réunion qui concerne moins notre sujet.

perquisition et d'indemniser les victimes de mesures illégales, il a, en revanche, censuré, au nom de l'absence de garanties suffisantes pour protéger la vie privée, la phrase de cet article qui permettait à l'autorité administrative de prendre copie de toutes les données trouvées sur un ordinateur, s'agissant à ses yeux, d'une saisie qui aurait dû être autorisée préalablement par un juge, sans préciser d'ailleurs si cela aurait dû être un juge judiciaire ou administratif²¹. La loi a donc été amputée cette disposition à compter de la décision du Conseil constitutionnel du 19 février 2016, y compris pour les instances encore en cours. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la dernière prorogation de l'état d'urgence ne concerne plus les perquisitions.

3. CONCLUSION

Avec la poursuite des attentats terroristes en 2016, on discute de l'efficacité de l'application de l'état d'urgence. Ce qui, en revanche, n'est guère contesté, c'est que l'intervention du juge administratif a été efficace pour protéger les libertés individuelles sans paralyser l'action des services de police. J'ai essayé de vous montrer que ce n'était que la continuation d'une longue tradition de la justice administrative qui, au surplus, a su s'adapter en se dotant de nouveaux instruments lui permettant de statuer dans des délais très brefs. Comme j'ai eu souvent l'occasion de le dire dans cette enceinte, l'ancienneté d'une institution telle que le Conseil d'Etat ne l'empêche nullement de s'adapter aux exigences de la vie moderne. Il reste à souhaiter que les terroristes ne s'adaptent pas encore plus rapidement que les juristes.

SAŽETAK:

UPRAVNI SUDAC KAO ZAŠTITNIK SLOBODA

Rad analizira ulogu upravnog suca u zaštiti individualnih sloboda u Francuskoj, osobito tijekom izvanrednog stanja uvedenog nakon terorističkih napada 2015. godine. Glavno pitanje odnosi se na to krši li izvanredno stanje članak 66. Francuskog ustava, prema kojem je sudska vlast jamac osobne slobode. Francuska sudska praksa razlikuje zaštitu od proizvoljnog pritvaranja, koja pripada redovnim sudovima, od drugih ograničenja sloboda koja nadzire upravni sud. Naglašava se da je upravni sud tradicionalno štitio različite individualne slobode poput slobode kretanja, prava na privatni i obiteljski život te nepovredivosti doma. Kao primjeri navode se odluke kojima su poništavane nezakonite zabrane putovanja, štiti prava stranaca na obiteljski život i kontrolirale upravne mjere povezane s prebivalištem i pretragama. Posebna pozornost posvećena je djelovanju upravnog sudstva u kriznim razdobljima, primjerice tijekom ratova ili izvanrednog stanja, kada država dobiva proširene ovlasti radi očuvanja javnog reda i sigurnosti. Rad također pokazuje kako se

²¹ Décision n°2016-536 QPC du 19 février 2016

upravno sudstvo prilagodilo suvremenim izazovima, osobito u području zaštite privatnosti, digitalnih podataka, bioetike i ljudskog dostojanstva. Važnu ulogu imaju novi pravni instrumenti poput hitnog postupka „référé-liberté“, koji omogućuje brzu zaštitu temeljnih sloboda, te „prioritetnog pitanja ustavnosti“ (QPC), kojim se može preispitivati ustavnost zakona. Zaključno se ističe da je upravni sud uspio učinkovito štititi individualne slobode čak i tijekom borbe protiv terorizma, pritom ne sprječavajući djelovanje državnih institucija. Time se potvrđuje važnost i prilagodljivost francuskog upravnog pravosuđa suvremenim sigurnosnim i društvenim izazovima.

Dr. sc. Dario Đerđa^{*}
Dr. sc. Boris Ljubanović^{**}

VLADAVINA PRAVA I LEGITIMNOST UPRAVNIH SUDACA

UDK: 342 : 347.9 (497.5)
Primljeno: 1. rujna 2018.
Izvorni znanstveni rad

U radu se analizira na koji način Republika Hrvatska uspostavlja legitimnost sudačke dužnosti i tako jača vladavinu prava. Rad je posebno usmjeren na legitimnost upravnih sudaca pri rješavanju upravnih sporova i izricanju upravne pravde. U tu svrhu posebno se razmatra neovisnost upravnih sudaca te mehanizmi koji doprinose neovisnosti sudbene vlasti uopće. Zatim se analizira način imenovanja sudaca, slijedom čega se zaključuje mogu li građani imati povjerenje u njihovu stručnost i moralne vrijednosti. Analizira se i mehanizam utvrđivanja stručnosti rada sudaca, kroz vrednovanje obavljanja sudačke dužnosti. Konačno, legitimnost upravnosudskih odluka razmatra se i kroz sastav suda u prvostupanjskom upravnosudskom odlučivanju te kroz vjeru koju građanima daje rješavanje upravnih sporova po sucu pojedincu. Kako se suci upravnih sudova u Republici Hrvatskoj imenuju i ocjenjuju na isti način kao i suci drugih redovitih ili specijaliziranih sudova te kako pitanje neovisnosti obavljanja sudačke dužnosti korelira bez obzira na sud u kojem je sudac izabran na sudačku dužnost, velik dio zaključaka odnosi se na sve suce u Republici Hrvatskoj, čime ovaj rad na neki način nadilazi samu problematiku vladavine prava i legitimnosti upravnih sudaca.

Ključne riječi: *vladavina prava, legitimnost, upravni sudac.*

1. UVOD

Vladavina prava i legitimnost, nisu samo pravni instituti, već su i vrijednosti kojima teži svaki moderan pravni poredak. Stoga, svaka suvremena država teži uspostavi legitimne vlasti utemeljene na vladavini prava, kao idealu u kojem su sve osobe, fizičke i pravne, podređene zakonu i postupaju sukladno zakonu.¹ Samo

^{*} Redoviti profesor, predstojnik Katedre za upravno pravno Pravnoga fakulteta u Rijeci.

^{**} Redoviti profesor, predstojnik Katedre za upravno pravno Pravnoga fakulteta Sveučilišta Josip Juraj Strossmayer u Osijeku.

¹ Konceptija prema kojoj su građani podložni samo zakonu, a ne i drugim ljudima, povijesno potječe još od grčkog filozofa Aristotela. Posebno je izgrađena u ustavnom pravu Ujedinjenoga Kraljevstva, pod nazivom „rule of law“. U 19. stoljeću ova konceptija proširila se na druge europske i sjevernoameričke države.

legitimna vlast utemeljena na vladavini prava ispunjava stroge zahtjeve modernog demokratskog državnog uređenja.²

Vladavina prava danas se shvaća jednim od osnovnih pravnih načela. Zahtjeva strogo pridržavanje ustava i zakona od svih državnih, područnih (regionalnih) ili lokalnih javnopravnih tijela, ali i od svakoga pojedinca. Čini odgovornim i kažnjivim svako postupanje protivno propisanim pravilima, pa čak i kada protivno propisima postupaju nositelji vlasti.³ Sukladno ovome načelu temeljna prava i slobode pojedinaca trebaju biti pravno normirana, sve osobe jednake pred zakonom, a arbitrarnost u donošenju odluka isključena.⁴ Formalni aspekt vladavine prava usmjeren je na proceduralno značenje ovoga instituta, u kojem se vladavina prava drži krucijalnom za djelotvornost pravnog poretka i svodi na formalno reguliranje pravila propisima, ne uzimajući u obzir sam sadržaj propisa. Zahtjeva da sva pravna pravila moraju biti donesena i objavljena sukladno propisanim procedurama i na taj način pojedincima unaprijed poznata, a kako bi oni mogli postupati sukladno njima. Time postupanja svih osoba u društvu postaju predvidiva, čime se doprinosi sigurnosti subjekata u zajednici. S druge strane, materijalni aspekt vladavine prava promišlja se kao skup ideala te je usmjeren na vrijednosti i ciljeve koji se žele postići, promovirati ili oživotvoriti. Stoga, do izražaja dolazi pri zasnivanju pravnoga sustava na moralnim vrijednostima, odnosno na shvaćanju da treba promovirati sadržajno vrijedne propise.⁵ Pojam vladavine prava danas se često koristi u značenju ustavnosti i zakonitosti u političkom smislu, značenju ograničavanja funkcija

² Vladavina prava i legitimnost posljednja dva stoljeća privlače značajnu pozornost u pravnoj teoriji. Radove o ovoj tematici pisali su brojni pravni teoretičari. Vidi npr. Hayek, Friedrich A., *Politički ideal vladavine prava*, Školska knjiga, Zagreb, 1994., Scalia, Antonin, *The Rule of Law as a Law of Rules*, *University of Chicago Law Review*, vol. 56., no. 4., 1989., str. 1175–1188., Marmor, Andrei, *The Rule of Law and Its Limits*, *Law and Philosophy*, vol. 23., no. 1., 2004., str. 1–43., Craig, Paul, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework*, *Public Law*, 1997., str. 467–487., Bedner, Adriaan, *An Elementary Approach to the Rule of Law*, *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 2., no. 1., 2010., str. 48–74., Luhmann, Niklas, *Legitimation durch Verfahren*, Herman Luchterhand Verlag, Darmstadt, 1975., Habermas, Jürgen, *Legitimität durch Legalität*, *Kritische Justiz*, no. 1., 1987., str. 1–16., Dux, Günter, *Strukturwandel der Legitimation*, Verlag Karl Alber, Freiburg, 1976., Krippendorff, Ekkehart, *Legitimität als Problem der Politikwissenschaft*, *Zeitschrift für Politik*, vol. 9., no. 1., 1962., str. 1–11., Ardigo, Achille, *The moral question and legitimation*, *Current Sociology*, no. 2. 1987., str. 29–40., Bourricaud, Francois, *Legitimay and Legitimization*, *Current Sociology*, no. 2, 1987., str. 57–67., Zedler, Hans-Peter, *Zur Logik von Legitimations-problemen*, Köstel-Verlag, München, 1976. i sl. U Hrvatskoj o ovim temama vidi Padjen, Ivan, *Vladavina prava: perspektive i problemi*; prilog pojašnjavanju zadataka pravne znanosti, *Dometi*, god. 22., br. 5., 1989., str. 347–356., Zakošek, Nenad, *Problem legitimnosti vlasti*, *Politička misao*, vol. 26., br. 4., 1989., str. 44–55., Visković, Nikola, *O legitimnosti*, *Pravo i društvo*, sv. I., JAZU, Zagreb, 1982., Blažević, Robert, *Politički poreci i legitimitet*, Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka, 1995. i sl.

³ Vidi Vidaković Mukić, Marta, *Opći pravni rječnik*, Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 1284. te *Politička enciklopedija*, Savremena administracija, Beograd, 1975., str. 1145.

⁴ Ovo shvaćanje vladavine prava zasniva se na izvornom Diceyjevom konceptu sukladno kojemu je vladavina prava vezana uz tri nužne pretpostavke koje trebaju biti ispunjene: treba postojati potpuna prevaga zakona nad arbitrarnom vlasti, svi trebaju biti jednaki pred zakonom, a ustavni zakon, čija pravila prirodno čine dio ustava, nisu izvor, već su posljedica prava koje je određeno i zaštićeno putem sudova.

⁵ O ovome Lauc, Zvonimir, *Načelo vladavine prava u teoriji i praksi*, *Pravni vjesnik*, god. 32., br. 3–4, 2016., str. 51.

državne vlasti te u značenju sličnom pravnoj državi, iako se s ovim pojmovima u potpunosti ne podudara.⁶

Iz prakse Suda Europske unije te njezinih institucija i tijela, kao i iz akta Vijeća Europe, jasno proizlazi kako se vladavina prava javlja kao izvor utuživih načela koja su sastavni dio pravne stečevine i koja proizlaze iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama Unije. Među tim načelima posebno se ističu načelo zakonitosti, načelo pravne sigurnosti, načelo zabrane diskriminacije, načelo jednakosti pred zakonom, ali i za pravosuđe vrlo specifična načela, kao što su načelo neovisnosti i nepristranosti sudova te načelo poštenog suđenja.⁷ Vladavina prava, utjelovljena je u *Ustavu Republike Hrvatske* te proizlazi iz brojnih odredaba tog najvišeg pravnog akta u državi. Hrvatski ustavotvorac 1990. godine opredijelio se za koncept materijalne pravne države, čemu u prilog idu ponajprije odredba *Ustava* koja vladavinu prava, uz slobodu, jednakost, nacionalnu ravnopravnost i ravnopravnost spolova, mirotvorstvo, socijalnu pravdu, poštivanje prava čovjeka, nepovredivost vlasništva, očuvanje prirode i čovjekova okoliša te demokratski višestranački sustav određuje najvišom vrednotom ustavnog poretka i temeljem za tumačenje *Ustava*. Vladavina prava nalazi se u osnovi odredaba o diobi vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudbenu te obveznoj sukladnosti zakona s *Ustavom*, a ostalih propisa s *Ustavom* i zakonom. Konačno, razvidna je i u izričito nametnutoj obvezi svakom pojedincu držati se *Ustava* i prava te poštivati pravni poredak Republike Hrvatske.⁸

S druge strane, legitimnost se najčešće definira kao svjesno i dobrovoljno prihvaćanje poretka onih na koje se norme i pravila poretka odnose, tj. prihvaćanje određenih institucija vlasti, uopće ili u pojedinim situacijama, od strane pripadnika društva zato što su ove institucije sukladne nekim višim načelima i postupovnim pravilima o obavljanju vlasti. Legitimnost u politici označava stanje i proces u kojem se vlast među onima kojima upravlja utemeljuje tako da stvara uvjerenje o svojem legitimitetu, dok u pravu označava kvalitetu statusa neke osobe ili radnje. Ona doslovno podrazumijeva „*određenost zakonom*“ pa se taj pojam dijelom koristi kao

⁶ Ibid., str. 48. i Smerdel, Branko, *Ustavno uređenje europske Hrvatske*, Narodne novine, Zagreb, 2013., str. 8. U kontinentalnom pravnom krugu, osobito njemačke pravne tradicije, u 19. stoljeću nastao je koncept srodan vladavini prava, tzv. koncept pravne države ili *Rechtsstaat*. Pravna država je oblik u kojem se svaka vlast mora obnašati prema pravnim procedurama, načelima i ograničenjima i u kojoj svaki građanin u slučaju kršenja njegovih prava ima na raspolaganju pravna sredstva obrane protiv svih drugih subjekata prava bez obzira na društveni položaj i moć tih subjekata. Konceptcija pravne države označava onu državu u kojoj institucije zadužene za obnašanje suvereniteta moraju svoje odluke donositi u suglasnosti sa zakonom, a svaka se njegova eventualna promjena mora odvijati u suglasnosti s prihvaćenim procedurama zakonske promjene. U pravnoj državi pravni sustav čini hijerarhijski ustrojena cjelina, s ustavom koji ima nadzakonsku snagu. Svi propisi moraju biti suglasni s propisima višeg hijerarhijskog reda i izvedeni dedukcijom. Mehanizam kontrole ustavnosti mora biti razvijen kako bi se ograničila vlast čak i samih zakonodavaca. Vidi Visković, Nikola, *Teorija prava i države*, Birotehnika, Zagreb, 2001., str. 76., Vidaković Mukić, op. cit., str. 1284. te *Pravni leksikon*, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007., str. 1190-1191.

⁷ O ovome vidi Lauc, op. cit., str. 54-55.

⁸ Članci 3. do 5. *Ustava Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 56/90, 135./97, 113/00., 28/01., 76/10. i 5/14.

sinonim pojma „zakonit“. Stoga, legitimnost nekog poretka predstavlja vjerojatnost da će se neki zahtjev propisan općom ili pojedinačnom pravnom normom poštivati.⁹

Svaki pravni poredak teži legitimnosti, tj. dobrovoljnom i svjesnom prihvatanju propisa, koje se ne temelji na svjesnoj računici individualnog dobitka ili štete, već na raširenom i neupitnom prihvatanju poretka kao takvog, što čini funkcionalno-sistemske uvjete djelovanja prava. Time, ona jamči generalnu spremnost da se unutar određenih granica tolerancije prihvate još neodređene odluke donesene od nadležnih javnopravnih tijela. Danas se legitimnost pravnih odluka u prvome redu ostvaruje kroz poštivanje propisane procedure, tj. vjernim slijedenjem pravila propisanoga postupka, čime legitimnost u jednom dijelu korelira s vladavinom prava. Time smisao nekoga postupka nije više samo utvrditi istinu, već i legitimirati donesenu odluku, slijedom čega će stranka prihvatiti izreku takve odluke unatoč vlastitom razočaranju zbog neostvarivanja svojih interesa. Pojedinci odluke javnopravnih tijela i sudova u tom slučaju prihvaćaju zbog vjere da su službenici stručni, suci poštjeni i nepristrani, da je sam postupak logičan i ispravan, a vjeri u korekciju svih nepravilnosti doprinose redovita i izvanredna pravna sredstva te propitivanje prvostupanjske odluke od hijerarhijski višeg javnopravnog tijela ili suda.¹⁰

Time vladavina prava i legitimnost pravnog sustava postaju ciljevi kojima teži svaka politička vlast u državi. Oni u velikoj mjeri utječu i na zadovoljstvo građana političkim i pravnim institucijama te prihvatanje odluka ovih institucija. Legitimnost posebno dolazi do izražaja u obavljanju pravosudne funkcije i vjeri stranaka u sporu kako je donesena odluka zakonita i pravična. Suđenje je jedna od najstarijih društvenih i državnih djelatnosti, koja se susreće još u preddržavnom razdoblju. Vremenom je obavljanje sudbenih ovlasti, s plemenskog starješine, skupštine, monarha i feudalca povjereno sucima profesionalcima – pravnicima u stalnom radnom odnosu, kojima je suđenje zanimanje i poziv.¹¹ Ove osobe vode računa da građani, poduzetnici, ali i javnopravna tijela u državi postupaju sukladno zakonima donesenim od parlamenta, čime osiguravaju poštivanje pravnoga sustava u cjelini. Sudstvo u modernim državama ima golemu odgovornost za očuvanje demokratskih institucija i zaštitu individualnih prava.¹² Upravo ovom, svojom izvornom zadaćom, sudstvo zaslužuje posebno mjesto u analizi vladavine prava i legitimnosti u nekoj državi. Stoga politička vlast trajno mora voditi računa o izgradnji povjerenja građana u pravosudne institucije, tj. o legitimnosti sudske funkcije. Legitimnost sudaca u prvome redu osigurava se zakonitim, pravovremenim i pravičnim obavljanjem sudačke dužnosti, pri čemu građani vjeruju da će sudac donijeti presudu u razumnom

⁹ Kregar, Josip, Legitimnost prava, *Studia lexicographica*, god. 5., br. 1., 2011., str. 20. i 25., *Politička enciklopedija*, op. cit., str. 502. te *Pravni leksikon*, op. cit., str. 657.

¹⁰ Već je Luhmann ustvrdio kako procedure nailaze na neku vrstu općeg prihvatanja, koje je neovisno od tome, koliko je netko zadovoljan pojedinom odlukom. Posljedica je toga priznanja da se obavezne odluke prihvaćaju i poštuju. O ovome u Kregar, op. cit., str. 19. i 39. Legitimnost se ne smije poistovjetiti sa legalitetom, kao suglasnosti nekog akta ili radnje sa zakonom, jer je značenje ovih pojmova različito.

¹¹ Visković, *Teorija*, op. cit., str. 53.

¹² Vidi Uzelac, Alan, Zavisnost i nezavisnost: neka komparativna iskustva i prijedlozi uz položaj sudstva u Hrvatskoj, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, god. 42., Suppl. 4., 1992., str. 578.

roku, u zakonom propisanom postupku te da će ona pri tome sadržavati kvalitetnu, svakom razumljivu i logičnu argumentaciju.¹³

U Republici Hrvatskoj sudbena vlast *Ustavom* je utvrđena kao samostalna i neovisna. Obavljaju je sudovi, čije su ustanovljavanje, djelokrug, sastav i ustrojstvo te postupak koji provode uređeni zakonom te koji su obvezni suditi na temelju *Ustava*, zakona, međunarodnih ugovora i drugih važećih izvora prava. Sudbenu vlast obavljaju redovni i specijalizirani sudovi te Vrhovni sud Republike Hrvatske. Redovni sudovi su općinski sudovi i županijski sudovi, a specijalizirani su trgovački sudovi, upravni sudovi, prekršajni sudovi, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Visoki upravni sud Republike Hrvatske i Visoki prekršajni sud Republike Hrvatske. Najviši sud u Republici Hrvatskoj je Vrhovni sud Republike Hrvatske.¹⁴

Iako se kao najveći problemi hrvatskoga pravosuđa često ističe veliki broj neriješenih predmeta te dugotrajnost vođenja sudskih postupaka,¹⁵ a što doprinosi nesigurnosti i dojmu bespredmetnosti posezanja za sudskom zaštitom, poseban problem legitimnosti ogleda se u nenamjernom ili namjernom propuštanju stranke kojoj je presudom utvrđena kakva obveza, da istu i izvrši. U upravnom pravu bio je naglašen problem nepridržavanja tuženih javnopravnih tijela izreka presuda upravnih sudova. Ova, u Hrvatskoj svojevremeno nerijetka upravna praksa, za posljedicu je čak imala i izmjene *Zakona o upravnim sporovima*.¹⁶ U raspravi o legitimnosti sudaca nisu u tolikoj mjeri sporni slučajevi kada tuženo javnopravno tijelo, po presudi upravnog suda donosi novu pojedinačnu odluku pogrešno smatrajući da postupa prema stajalištima i uputama suda, već se spornima pokazuju oni slučajevi u kojima tuženo javnopravno tijelo, aktivno ili pasivno odbija postupiti

¹³ Pogačnik, Marijan, Vrednovanje rada sudija u Republici Sloveniji, *Sveske za javno pravo*, vol. 8., Jun 2017., str. 10.

¹⁴ Članak 115. *Ustava Republike Hrvatske* te članak 14. stavci 1. do 4. *Zakona o sudovima*, Narodne novine, br. 28/13., 33/15., 82/15. i 82/16.

¹⁵ Maganić ističe kako je donošenje odluke u razumnom roku jedan od najimplicitnijih pokazatelja djelotvornosti pravosudnog sustava uopće. Vidi Maganić, Aleksandra, Pravna sredstva protiv neučinkovitog suca, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 30., br. 1., 2009., str. 516.

¹⁶ Vidi članke 27. do 29. *Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima*, Narodne novine, br. 152/14. Izvršenje je postupak kojim se u stvarnosti uspostavlja stanje određeno izrekom sudske odluke koja se izvršava. Cilj donošenja sudske odluke ogleda se upravo u njezinoj provedbi na način određen izrekom takve odluke. Stoga se može ustvrditi kako je upravni spor uspješno okončan tek provedbom donesene presude. Članak 6. stavak 1. *Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/97., 6/99., 8/99., 14/02. i 1/06., o pravu na pošteno suđenje te članak 47. *Povelje o temeljnim pravima Europske unije*, *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Official Journal, C 83, 30.3.2010., o pravu na učinkovito pravno sredstvo i pošteno suđenje jamče provedbu obvezujućih sudskih odluka. Vidi Šikić, Marko, Ofak, Lana, Pravo na izvršenje upravnosudskih odluka kao jamstvo poštenog suđenja, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 52., br. 1., 2015., str. 203-221. O nedostacima ranijeg uređenja i provedbe izvršenja sudskih odluka donesenih u upravnom sporu u Hrvatskoj više vidi u Đerđa, Dario, Izvršenje upravnosudskih odluka u hrvatskom i usporednom pravu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 52, br. 1., 2015., str. 148-153. i Horvat, Božidar, Upravni spor od podnošenja tužbe do izvršenja – sporna pitanja u praksi, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 52., br. 1., 2015., str. 234-237. U prosincu 2014. godine izmjenama i dopunama *Zakona o upravnim sporovima* u znatnoj je mjeri ublažena ranija podnormiranost instituta izvršenja u upravnom sporu čime je destimulirano izbjegavanje izvršenja presuda upravnih sudova od tuženih javnopravnih tijela. O ovome više u Rajko, Alen, Izvršenje odluka upravnih sudova nakon druge Novele Zakona o upravnim sporovima, *Informator*, br. 6347., 2015., str. 11-3. i 20.

prema presudi upravnog suda, na način da fingira postupanje po uputi suda uz prikrivanje stvarnih razloga nepokoravanja presudi, na način da otvoreno ustraje na svome stajalištu koje sud nije prihvatio ili na način da jednostavno ne donese novo rješenje prema uputi suda. Sudovanje bez izvjesnosti izvršenja sudskih odluka je bespredmetno, jer donošenje presuda bez istodobnog postojanja efikasnih instrumenata njihova prisilnog izvršenja sudski nadzor nad upravom čini samo fingiranjem, a ne stvarnom.¹⁷ Stoga je legitimnost sudaca uopće, pa tako i legitimnost sudaca upravnih sudova, pitanje kojim se treba kontinuirano baviti svaka moderna država te ga raznim mehanizmima svakodnevno jačati.

U ovome radu analizira se na koji način Republika Hrvatska uspostavlja legitimnost sudačke dužnosti i tako jača vladavinu prava. Rad je posebno usmjeren na legitimnost upravnih sudaca pri rješavanju upravnih sporova i izricanju upravne pravde. U tu svrhu posebno se razmatra neovisnost upravnih sudaca te mehanizmi koji doprinose neovisnosti sudbene vlasti uopće. Zatim se analizira način imenovanja sudaca, slijedom čega se zaključuje mogu li građani imati povjerenje u njihovu stručnost i moralne vrijednosti. Analizira se i mehanizam utvrđivanja stručnosti rada sudaca, kroz vrednovanje obavljanja sudačke dužnosti. Konačno, legitimnost upravnosudskih odluka razmatra se i kroz sastav suda u prvostupanjskom upravnosudskom odlučivanju te kroz vjeru koju građanima daje rješavanje upravnih sporova po sucu pojedincu. Kako se suci upravnih sudova u Republici Hrvatskoj imenuju i ocjenjuju na isti način kao i sudci drugih redovitih ili specijaliziranih sudova te kako pitanje neovisnosti obavljanja sudačke dužnosti korelira bez obzira na sud u kojem je sudac izabran na sudačku dužnost, velik dio zaključaka odnosi se na sve suce u Republici Hrvatskoj, čime ovaj rad na neki način nadilazi samu problematiku vladavine prava i legitimnosti upravnih sudaca.

2. NEOVISNOST SUDACA

Sudačka neovisnost predstavlja temeljno načelo demokratskog društva, kao i osnovu legitimnosti sudaca uopće. Jedino neovisnošću osigurava se jamstvo da će objektivno postavljena pravna pravila biti oživotvorena u zajednici, što je osnovni zahtjev vladavine prava.¹⁸ Neovisnost sudstva vrijednost je općeprihvaćena i u međunarodnome pravu, pa se tako pravo na pošteno suđenje, zajamčeno članom

6. *Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, usko vezuje uz važne postupovne zahtjeve, među kojima se posebno ističe pravo svake osobe da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. Sudačka neovisnost predstavlja institut sukladno kojemu suci sude isključivo prema svojem pravnom uvjerenju i vezani su samo na ustavna, zakonska

¹⁷ Rajko, Alen, Razlozi neizvršenja odluka upravnog suca i sredstva pravne zaštite u slučaju neizvršenja, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 52., br. 1., 2015., str. 248.

¹⁸ Simović, Darko, Institucionalna jamstva sudijske (ne)zavisnosti u Republici Srbiji, *Sudije u pravnom sistemu*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2013., str. 86.

i druga pravna pravila, a ne i za stajališta drugih tijela. U tu svrhu država se mora pobrinuti da isključi svaki oblik utjecaja i pritiska politike na suca pri obavljanju sudačke dužnosti. Ovaj aspekt sudačke neovisnosti još je naziva i „*suštinska ili supstancijalna sudačka neovisnost*“. Sudačka neovisnost državi ujedno postavlja zahtjev da osigura sve uvjete kojima se postiže siguran i stalan osobni položaj sudaca, ali i da se od suđenja izuzme sudac, ako se iz bilo kojega objektivnog ili subjektivnog razloga u konkretnom slučaju može posumnjati u njegovu nepristranost. Ovom, tzv. „*osobnom sudačkom neovisnošću*“, isključuje se svaka arbitrarnost i osobna samovolja sudaca pri donošenju sudske odluke.¹⁹

Najčešći mehanizam osiguravanja sudačke neovisnosti je normativno propisivanje obveze sucima djelovati samostalno te propisivanje zabrane svim ostalima na bilo koji način utjecati na sudačku funkciju. Ustavi većine europskih država izričito propisuju kako je sudstvo samostalno i neovisno te kako su suci u svojem radu vezani isključivo ustavom, zakonom i drugim propisima. Tako primjerice *Ustav Talijanske Republike*, propisuje kako je sudstvo grana vlasti koja je samostalna i neovisna o ostalim vlastima i kako su suci vezani samo zakonom. U istom smislu, *Ustav Češke Republike* propisuje kako se sudska vlast obavlja u ime Republike putem neovisnih sudova, da sudac treba biti neovisan u obavljanju svojih zadaća te da nitko ne smije ugroziti njegovu nepristranost. *Ustav Srbije* također utvrđuje kako su sudovi samostalni i nezavisni u svom radu i sude na osnovu *Ustava*, zakona i drugih općih akata, kada je to predviđeno zakonom, općeprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora te je sudac u obavljanju sudačke dužnosti neovisan i podčinjen samo *Ustavu* i zakonu, a svaki utjecaj na suca u obavljanju sudske dužnosti je zabranjen. Zanimljivo je spomenuti i *Ustav Francuske* koji je zadaću jamca neovisnosti sudske vlasti povjerio predsjedniku

¹⁹ Vidi Ljubanović, Boris, Sudačka neovisnost u Republici Hrvatskoj, *Sudije u pravnom sistemu*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2013., str. 140. te Pejić, Irena, Institucionalne garancije nezavisnog sudstva: Visoki savet sudstva, *Sudije u pravnom sistemu*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2013., str. 114. Europski sud za ljudska prava inzistirajući na neovisnosti sudstva, naglasio je kako je neovisnost uspostavljena samo ako država svim sucima jamči zaštitu od naputaka izvršnih tijela, od vanjskih pritisaka i od odgovornosti za mišljenje izraženo pri donošenju odluke. Vidi presudu donesenu u *Predmetu Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva od 28 lipnja 1984. godine*, zahtjev br. 7511/76 i 7743/76, dostupno na: <https://www.legal-tools.org/en/browse/record/3ec23b/> (20.07.2018.). Ovaj Sud ujedno je istaknuo kako je „očita indikacija“ narušenog nepristranog suđenja slučaj u kojemu je jedna stranka u sporu hijerarhijski nadređena sudu koji odlučuje u povodu žalbe druge stranke, jer takva indikacija izaziva „opravdanju sumnju“ kod žalitelja u neovisnost žalbenog suda. Vidi presudu donesenu u *Predmetu Sramek protiv Austrije od 22. listopada 1984. godine*, zahtjev br. 8790/79, dostupno na: <https://www.legal-tools.org/en/browse/record/de30a4/> (20.07.2018.). U Ujedinjenom Kraljevstvu, primjerice, suci uživaju iznimno visok stupanj neovisnosti, prema izvršnim tijelima i zakonodavcu, kao i prema višim sudovima. U ovoj je državi neovisnost sudaca više kulturna nego institucionalna činjenica, jer „zakonske norme kojima je uređena sudačka neovisnost su tek vidljiv dio ledenog brijega čiji se korijeni nalaze u samoj ideji veza između dviju profesija (Bench and Bar)“. Vidi Shetreet, Shimon, *Judges on Trial: A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciari*, North-Holland, Amsterdam, 1976., str. 105.

Francuske Republike, a koji o tome vodi računa uz pomoć specijaliziranoga tijela – Visokog savjeta sudstva.²⁰

Normativni okvir neovisnosti sudačke profesije postavlja i hrvatski *Ustav*. Ovim aktom nadzakonske pravne snage propisano je kako je sudbena vlast samostalna i neovisna, a sudovi sude na temelju *Ustava*, zakona, međunarodnih ugovora i drugih važećih izvora prava.²¹ Iz ovih odredbi jasno proizlazi kako suci nisu vezani za stajališta drugih tijela, uključivo niti tijela državne vlasti. Suci nisu vezani čak niti za pravna stajališta koja je u povodu pravnog lijeka prihvatio viši sud u odnosu na određeno pravno pitanje riješeno u presudi nižega suda i osporeno pravnim lijekom. Od iznesenog pravila, hrvatsko pravo poznaje samo tri iznimke: suce obvezuju pravna shvaćanja sjednice sudskog odjela određenog suda za sva drugostupanjska vijeća i suce pojedince u sastavu toga odjela; suce obvezuju pravna shvaćanja Ustavnog suda Republike Hrvatske o povredi *Ustavom* utvrđenih prava i sloboda podnositelja ustavne tužbe; te suce obvezuju pravna shvaćanja Europskog suda za ljudska prava o povredi prava i sloboda zajamčenih *Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda* u predmetu protiv Republike Hrvatske.²² Pri donošenju odluka u svim drugim slučajevima suci u Hrvatskoj potpuno su neovisni, a odluke suda smije mijenjati i ukidati samo sud u čiju nadležnost spada predmet u postupku propisanom zakonom. Neovisnosti sudske funkcije u Hrvatskoj dodatno pridonosi izričito propisana odredba *Zakona o sudovima* koja zabranjuje svaki oblik utjecaja na donošenje sudske odluke, posebno svaki oblik prisile prema sucima, zlorabitu javnih ovlasti i osobnog utjecaja te korištenje medija i javnih istupanja na način suprotan načelima demokratskog društva, a koje za svrhu ima utjecaj na tijek i ishod sudskih postupaka.²³

Međutim, normativno utvrđivanje neovisnosti sudstva ipak se ne pokazuje dostatnim za oživotvorenje ove međunarodno priznate vrijednosti, slijedom čega države koriste i druge mehanizme, kao npr. institut stalnosti sudske funkcije, zabrane premještanja sudaca, sudačkog imuniteta, kao i kontinuiranog stručnog osposobljavanja ovih osoba. Stalnost sudačke dužnosti znači da sucima treba biti zajamčen siguran i stalan osobni položaj u obavljanju službe te da oni ne smiju biti pozvani na odgovornost niti smijenjeni zbog toga što se bilo koja osoba ne slaže s njihovim odlukama. Posljednje navedeno posebno je slučaj kada se u postupcima po pravnim lijekovima takve odluke utvrde zakonitima.²⁴ Faktična nesmjjenjivost sudaca za vrijeme njihove sudačke dužnosti jedan je od indikatora temeljem kojih

²⁰ Članak 101. stavak 2. i članak 104. stavak 1. *Ustava Talijanske Republike, Constitution of the Italian Republic*, Senato della Repubblica, Rome, 2012., članak 81. te članak 82. stavak 1. *Ustava Češke Republike, Constitution of the Czech Republic*, Constitutional Law No. 1/93. Coll. as amended by Act No. 347/97. Coll. 300/00. Coll., 448/01. Coll., 395/01. Coll., 515/02. Coll. and 319/09. Coll., članak 142. stavak 2. i članak 149. *Ustava Republike Srbije*, dostupno na: <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/sr-Latn-CS/70-100028/ustav-republike-srbije> (12.07.2018.) i članak 64. stavci 1. i 2. *Francuskog ustava, France's Constitution of 1958 with Amendments through 2008*, Constitue, Paris, 2018.

²¹ Članak 115. stavci 2. i 3. *Ustava Republike Hrvatske*.

²² Vidi Ljubanović, Sudačka, op. cit., str. 133.

²³ Članak 6. stavci 1. i 2. *Zakona o sudovima*.

²⁴ Visković, *Teorija*, op. cit., str. 53.

Europski sud za ljudska prava ocjenjuje je li neka država uopće uspjela ustrojiti neovisno sudstvo.²⁵ Stalnost sudačke dužnosti osigurava da sudac svoju dužnost obavlja neodređeno vrijeme, od trenutka kada je na ovu dužnost imenovan pa sve do trenutka ispunjavanja uvjeta za starosnu mirovinu, osim kada nastupi koji od razloga za prestanak sudačke dužnosti, koji uvijek trebaju biti precizno propisani ustavom. U pravnoj literaturi ističe se kako je načelo stalnosti sudačke dužnosti najjače sredstvo zaštite sudske u odnosu na izvršnu vlast, koja često želi imati utjecaja na izbor sudaca i donošenje njihovih odluka. Kada sucu nije zajamčen stalni položaj, „on nije niti samostalan u primjeni prava, već svjesno ili nesvjesno, osluškuje volju političkih i finansijskih moćnika“.²⁶

Stalnost sudske funkcije u usporednom pravu često se jamči samim ustavom. Tako *Francuski ustav*, *Ustav Republike Slovenije*, *Ustav Makedonije* te *Ustav Crne Gore* izričito propisuju kako je sudska funkcija stalna.²⁷ Njemačka *Uredba o upravnim sudovima* izričito propisuje kako se suci upravnih sudova svih razina imenuju do ispunjenja uvjeta za mirovinu.²⁸ Slična praksa susreće se i u Hrvatskoj gdje je *Ustavom* propisano kako je sudačka dužnost stalna i povjerava se osobno sucima.²⁹ Specifičan koncept stalnosti sudske funkcije susreće se primjerice u Srbiji. Iako je *Ustavom Republike Srbije* propisano kako je sudačka dužnost stalna, osoba koje se prvi put izabire za suca imenuje se na razdoblje od tri godine.³⁰ Model sukladno kojem se sudac koji je prvi puta imenovan na sudačku dužnost imenuje na tzv. probni mandat, prisutno je u još nekim državama Europe, npr. u Francuskoj, Grčkoj, Nizozemskoj, Austriji i Njemačkoj. U Njemačkoj je propisano kako se sudac prvi puta imenuje na sudačku dužnost na vrijeme od pet godina, nakon čega se ova osoba bira u trajnu sudačku dužnost, ako ispuni očekivane uvjete.³¹ Svrha probnoga razdoblja trebala bi biti provjera sposobnosti neke osobe za obavljanje sudačke dužnosti, jer iako neka osoba ispunjava propisane pretpostavke za izbor na sudačku dužnost, nije izvjesno hoće li ona u radu pokazati očekivane vrline, kao što su etičnost, pravičnost, stručnost, učinkovitost i sl. Time, probno razdoblje omogućuje da se na relativno jednostavan način takva osoba ne izabere trajno za

²⁵ Vidi presudu donesenu u *Predmetu Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 28 lipnja 1984. godine, zahtjev br. 7511/76 i 7743/76. Međutim, u istoj presudi Europski sud za ljudska prava nije izrazio stav da sudački mandat mora biti stalan niti da mora trajati određeno vrijeme, već je jedino istaknuo kako suci za vrijeme trajanja sudačke dužnosti moraju biti faktički nesmjerni.

²⁶ Stanković, Marko, *Sudska vlast u Ustavu Srbije od 2006. – kritički pogled, Sudije u pravnom sistemu*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2013., str. 76.

²⁷ Članak 64. stavak 4. *Francuskog ustava*, članak 129. stavak 1. *Ustava Republike Slovenije*, *Ustava Republike Slovenije*, Uradni list, št. 33/91., 42/97., 66/00., 24/03., 69/04., 68/06., 47/13. i 75/16., članak 99. stavak 1. *Ustava Makedonije*, *Ustav na Republika Makedonija*, Ministarstvo za pravdu, Skopje, 2006. i članak 121. stavak 1. *Ustava Crne Gore*, dostupno na: <http://www.skupstina.me/images/dokumenti/ustav-crne-gore.pdf> (05.07.2018.).

²⁸ Članak 15. njemačke *Uredbe o upravnim sudovima*, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Bundesgesetzblatt, I s. 686/1991., I s. 1010/2008.

²⁹ Članak 118. stavak 1. i članak 120. stavak 1. *Ustava Republike Hrvatske*.

³⁰ Članak 146. *Ustava Republike Srbije*.

³¹ Članak 25. njemačke *Uredbe o upravnim sudovima*.

suca.³² Međutim, u pravnoj literaturi ističe se kako se probnim razdobljem relativizira sudska neovisnost, jer mogućnost neizbora takvoga suca na trajnu dužnost dovodi njegovu neovisnost u pitanje.³³ I u međunarodnim dokumenatima na status sudaca imenovanih na probni mandat gleda se s izraženom skepsom.³⁴ U pravnoj literaturi Srbije ističe se kako se povredom pravila u postupku izbora sudaca, kao i „prirodnog“ načela o stalnosti sudske funkcije, ne narušava samo položaj svakog suca u postupku izbora, već se ozbiljno narušava i ustavna konstrukcija u kojoj samostalno sudstvo počiva na unutrašnjoj koheziji i vlastitoj snazi da izgradi temelj „treće“ neovisne vlasti.³⁵ Stoga se u Srbiji već duže vrijeme javljaju prijedlozi kako je u svrhu uspostave stalnosti sudske funkcije nužno isključiti probni rad sudaca prvi put imenovanih na sudačku dužnost i uvesti neku vrstu probnog rada uz suca profesionalca, ali bez stupanja na dužnost.³⁶

U prilog neovisnosti obavljanja sudačke dužnosti svakako ide i institut imuniteta sudaca. *Ustavom Republike Srbije* primjerice propisano je kako sudac ne može biti pozvan na odgovornost za izraženo mišljenje ili glasanje prilikom donošenja sudske odluke, osim ako se radi o kaznenom djelu kršenja zakona od strane suca. Ujedno, sudac u Srbiji ne može biti lišen slobode u postupku pokrenutom zbog kaznenog djela učinjenog u obavljanju sudske dužnosti, bez prethodnog odobrenja Visokog savjeta sudstva.³⁷ Zahvaljujući imunitetu, niti u Hrvatskoj suci ne mogu biti pozvani na odgovornost za izraženo mišljenje ili glasanje pri donošenju sudbene odluke, osim ako se radi o kršenju zakona koje predstavlja kazneno djelo. Također, sudac u postupku pokrenutom zbog kaznenog djela učinjenog u obavljanju sudačke dužnosti ne može biti pritvoren niti mu može biti određen istražni zatvor bez odobrenja Državnoga sudbenog vijeća, osim ako je zatečen u počinjenju kaznenog djela u obavljanju sudačke dužnosti, za koje je propisana kazna zatvora dulja od pet godina.³⁸

³² Simović, op. cit., str. 96-97.

³³ Orlović, Slobodan, Stalnost sudske funkcije vs. Opšti reizbor sudija u Republici Srbiji, *Analiti Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, vol. 58., br. 2., 2010., str. 175.

³⁴ Tako je primjerice Venecijanska komisija u više navrata izrazila jasan stav da „propisivanje probnih razdoblja može ugroziti neovisnost sudaca, jer se mogu osjećati pod pritiskom da odlučuju na određeni način“ te je preporučila da se suci redovnih sudova imenuju trajno do umirovljenja. Venece Commission, *Draft Report on the Independence of Judicial System: Part I: Independence of Judges*, Council of Europe, Strasbourg, 2009., str. 3.

³⁵ Pejić, op. cit., str. 119.

³⁶ Simović naglašava kako je ideja reizbora sudaca u logičkoj suprotnosti sa institutom stalne sudačke funkcije i načelom neovisnosti sudstva. On navodi kako bi se ovo rješenje relativiziralo kada bi bilo propisano kako se umjesto posebnog imenovanja na stalnu sudačku dužnost suca koji je obavio probni rad, propisalo kako ova osoba automatski biva trajno imenovana za suca, uz zadržavanje prava nekom nezavisnom pravosuđnom tijelu, npr. Visokom savjetu sudstva, da preispita njegov izbor ako postoje unaprijed propisani i valjani razlozi za razrješavanje. Time bi se teret dokazivanja kako je neka osoba nakon isteka probnog razdoblja nedovoljno osposobljena za obavljanje sudačke dužnosti prenio na Visoki savjet sudstva, što bi onemogućilo arbitrarno i bezrazložno odbijanje nečijeg izbora i ostvarilo veći stupanj pravne sigurnosti. Simović, op. cit., str. 98-99. i 110.

³⁷ Članak 151. *Ustava Republike Srbije*.

³⁸ Članak 119. *Ustava Republike Hrvatske*.

Kako bi se dodatno osnažila stalnost sudačke dužnosti utvrđuje se zabrana razrješavanja suca ove dužnosti, osim u slučajevima koji su propisani ustavom ili zakonom. *Talijanski ustav* izričito jamči zabranu smjenjivanja suca, osim u zakonom propisanim slučajevima. Određuje kako sudac ne može biti razriješen sudačke dužnosti niti može biti otpušten ili suspendiran osim temeljem odluke Visokog savjeta sudstva donesene iz razloga propisanih zakonom ili uz njegovu suglasnost.

Slično, i mađarski *Ustav* propisuje kako suci mogu biti razriješeni sudačke dužnosti jedino u postupku i iz razloga propisanih zakonom o sudovima.³⁹ Mana takve regulacije ogleda se u okolnosti da su razlozi za prestanak sudačke dužnosti, prepušteni zakonskom uređenju. U Hrvatskoj je *Ustavom* propisano kako sudac može biti razriješen sudačke dužnosti samo u slučajevima propisanim *Ustavom* i to ako to sam zatraži; ako trajno izgubi sposobnost obavljati svoju dužnost; ako bude osuđen za kazneno djelo koje ga čini nedostojnim obavljanja sudačke dužnosti; ako u skladu sa zakonom, zbog počinjenoga teškog stegovnog djela, tako odluči Državno sudbeno vijeće; te kad navrší 70 godina života. Odluku o razrješanju suca sudačke dužnosti donosi Državno sudbeno vijeće, većinom glasova svih članova i ona mora biti obrazložena. Protiv takve odluke sudac ima pravo u roku od 15 dana od dana dostave odluke, podnijeti Ustavnom sudu Republike Hrvatske žalbu koja odgađa izvršenje odluke, a o kojoj Ustavni sud odlučuje u vijeću sastavljenom od šest sudaca.⁴⁰

Kako bi osigurale sudačku neovisnost države često pribjegavaju i izričitoj zabrani premještanja suca protivno njegovoj volji. Razlog je tome što bi u slučajevima postojanja ove mogućnosti sudac mogao biti pod pritiskom donošenja odluka koje pogoduju onima koji mogu odlučiti o njegovu premještanju. Tako primjerice premještanje suca izričito zabranjuje *Ustav Makedonije*, dok *Ustav Republike Srbije* propisuje kako sudac ima pravo obavljati sudsku dužnost u sudu za koji je izabran i samo uz svoju suglasnost može biti premješten ili upućen u drugi sud. Jedino u slučaju ukidanja suda ili dijela nadležnosti suda za koji je izabran, sudac izuzetno može bez svoje suglasnosti biti trajno premješten ili upućen u drugi sud, u skladu sa zakonom. I u Hrvatskoj je premještanje suca protiv njegove volje dopušteno jedino iznimno, u slučaju ukidanja suda ili preustroja suda u skladu sa zakonom.⁴¹

Konačno, važno je spomenuti kako sudačka neovisnost u velikoj mjeri ovisi i o osobnim kvalitetama sudaca, koji u tu svrhu moraju imati odgovarajuće intelektualne i moralne sposobnosti. Intelektualne sposobnosti podrazumijevaju potrebna znanja te vještinu kreativne primjene znanja, odnosno teorijsko i praktično vladanje pravom.

³⁹ Članak 107. stavak 1. *Ustava Talijanske Republike* i članak 26. stavak 1. *Ustava Mađarske, Constitution of Hungary*, dostupno na: <http://www.parliament.am/library/sahmanadutyunner/hungaria.pdf> (06.07.2018.).

⁴⁰ Članak 120. stavak 2. *Ustava Republike Hrvatske*, članak 92.a *Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 99/99. i 29/02., te članak 77. i članak 79. *Zakona o Državnom sudbenom vijeću*, Narodne novine, br. 116/10., 57/11., 130/11., 13/13., 28/13. i 82/15.

⁴¹ Članak 99. stavak 1. *Ustava Makedonije*, članak 150. *Ustava Republike Srbije* i članak 120. stavak 5. *Ustava Republike Hrvatske*.

S druge strane, moralne sposobnosti odnose se na volju i hrabrost odlučiti pravilno bez obzira na osobne sklonosti suca prema nekoj stranci.⁴² Stoga europske države mnogo pozornosti posvećuju raznovrsnim edukacijama sudaca, koje se odnose na njihove specifične, ali i opće kompetencije. U nekim državama obveza suca stručno se usavršavati tijekom sudačke dužnosti propisana se zakonima. Takav je slučaj u Slovačkoj gdje usavršavanje uključuje usavršavanje u okviru posebno

ustrojene ustanove namijenjene usavršavanju sudaca, tzv. Pravosudne akademije, obvezu samostalnog učenja sudaca i pohađanje seminara, učenje sudaca kroz studijski boravak u tijelima uprave ili sudovima te učenje analizom sudske prakse u okviru sudskega odjela ili sjednice svih sudaca, kao i u interakciji s članovima akademske zajednice. I u Češkoj suci imaju obvezu stručnoga usavršavanja tijekom obavljanja sudačke dužnosti. Takve edukacije suci koji sude u upravnim stvarima pohađaju u okviru Pravosudne akademije ili Visokog upravnog suda. Predavači na Pravosudnoj akademiji u Češkoj najčešće su suci, iako to mogu biti i profesori pravnih znanosti te drugi istaknuti pravni praktičari. Posebno tijelo, poput spomenute Pravosudne akademije, djeluje i u Mađarskoj. Zanimljivo je spomenuti i kako u Portugalu svaki upravni sudac mora s uspjehom završiti posebnu edukaciju koja se pohađa u Centru za sudske studije.⁴³ Kako bi se maksimalno osnažile intelektualne i moralne osobine sudaca, od 1. siječnja 2013. godine u Hrvatskoj je jedna od pretpostavki za imenovanje sudaca svih prvostupanjskih sudova, pa tako i upravnih sudova, završetak Državne škole za pravosudne dužnosnike. Sukladno Zakonu o Pravosudnoj akademiji u ovoj školi kandidati stječu znanja i vještine za samostalno, odgovorno, neovisno i nepristrano obnašanje pravosudne dužnosti. Državna škola za pravosudne dužnosnike ustrojstvena je jedinica Pravosudne akademije.⁴⁴

Konačno, legitimnosti sudaca u Hrvatskoj svakako još doprinose i odredbe *Ustava* i *Zakona o sudovima* koje propisuju kako je rad sudova javan, osim kada je *Ustavom* ili zakonom isključeno sudjelovanje javnosti.⁴⁵ Time je najveći broj rasprava i objava presuda podložan nadzoru javnosti koja spontano vrši pritisak na suca neovisno postupati te donijeti zakonitu i pravičnu odluku. Potencijalnu pristranost suca u rješavanju nekog predmeta priječe i odredbe *Zakona o sudovima* koje nameću sucu obvezu rješavati predmete koji su mu raspoređeni u rad redoslijedom njihova zaprimanja u sud, vodeći računa i o predmetima koji su posebnim propisima utvrđeni kao hitni.⁴⁶ Također, tome doprinosi i obvezno izuzeće suca koji zbog stanovitih objektivnih ili subjektivnih razloga povezanih sa strankama ili s konkretnim predmetom spora izazove sumnju u svoju nepristranost, u kojem slučaju na njegovo mjesto dolazi drugi sudac kod kojeg takvi razlozi ne

⁴² Simović, op. cit., str. 88.

⁴³ *La justice administrative en Europe*, Conseil d'état, Université de Limoges, Paris, 2007., str. 40-41.

⁴⁴ Članak 22. *Zakona o Pravosudnoj akademiji*, Narodne novine, br. 153/09., 127/10. i 82/15.

⁴⁵ Članak 117. stavak 1. *Ustava Republike Hrvatske* te članak 6. stavak 4. *Zakona o sudovima*.

⁴⁶ Članak 93. stavak 1. *Zakona o sudovima*.

postoje.⁴⁷ Konačno, sudac se ne smije koristiti svojim radom u sudu i ugledom suda za ostvarivanje svojih privatnih interesa, niti smije obavljati drugu službu ili posao koji bi mogli utjecati na njegovu samostalnost, nepristranost i neovisnost ili umanjiti njegov društveni ugled ili su inače nespojivi s obnašanjem sudačke dužnosti. Povreda ovoga predstavlja stegovno djelo za koje se može izreći mjera razrješenja sudačke dužnosti.⁴⁸

Razvidno je kako je osiguravanje neovisnosti sudaca jedan od najvažnijih mehanizama ostvarivanja legitimnosti sudaca, a tako i vladavine prava uopće. Hrvatska je Ustavom i zakonom kroz brojne institute nastojala što više osnažiti neovisnost sudaca, kako normativnim utvrđivanjem obveze sucima biti neovisni te izričitom zabranom bilo kakvog utjecaja na donošenje sudske oduke, jednako tako i utvrđivanjem sudačke dužnosti stalnom, zabranom premještaja i razrješenja sudaca osim u slučajevima precizno propisanim Ustavom, propisivanjem sudskoga imuniteta, skrbljenjem o stjecanju potrebnih znanja i vještina sudaca u okviru cjeloživotnoga obrazovanja i sl.

3. IMENOVANJE SUDACA NA SUDAČKU DUŽNOST

Legitimnost sudaca u velikoj mjeri proizlazi i iz postupka njihova imenovanja na sudačku dužnost. Upravo postupak u kojem je za suca izabrana najkompetentnija osoba, s adekvatnim znanjima i pravničkim vještinama, ali i moralnim vrijednostima, građanima ulijeva vjeru kako će u sudskom postupku zaštititi prava koja su im povrijeđena, bez obzira jesu li takva prava narušena od javnopravnoga tijela ili drugog pojedinca. Stoga, sam postupak izbora sudaca u velikoj mjeri doprinosi legitimnosti sudaca u nekoj državi opće. U pravnoj literaturi naglašava se kako uvjeti za postavljanje na sudačku dužnost te pretpostavke njezina obavljanja moraju biti unaprijed propisani općim pravnim aktom, u pravilu zakonom, kako bi se sudstvo, najprije u postupku odabira kadra, a zatim i tijekom trajanja mandata postavljenih sudaca, očuvalo od raznih drugih nelegitimnih utjecaja na neovisnost.⁴⁹

Postoji nekoliko modela imenovanja sudaca na sudačku dužnost. U nekim državama suce imenuje politička vlast, u drugima tijelo sudske vlasti, dok se u trećim državama ovi sustavi kombiniraju pa suce imenuje tijelo političke vlasti uz snažan utjecaj neovisnog sudskog tijela. Teorijski neprihvatljivim čini se model u kojem suce imenuju tijela političke vlasti, tj. parlament, šef države, šef vlade ili

⁴⁷ Članak 32. *Zakona o kaznenom postupku*, Narodne novine, br. 152/08., 76/09., 80/11., 91/12., 143/12., 56/13., 145/13., 152/14. i 70/17. te članak 71. *Zakona o parničnom postupku*, Službeni list SFRJ, br. 4/77., 36/77., 36/80., 6/80., 69/82., 43/82., 58/84., 74/87., 57/89., 20/90., 27/90. i 35/91. te Narodne novine, br. 53/91., 91/92., 112/99., 129/00., 88/01., 117/03., 88/05., 2/07., 96/08., 84/08., 123/08., 57/11., 25/13. i 89/14.

⁴⁸ Članak 120. stavak 6. *Ustava Republike Hrvatske*, članak 91. stavci 1. i 3. *Zakona o sudovima* te članak 62. stavak 2. podstavci 3. i 6. i članak 63. stavak 1. *Zakona o Državnom sudbenom vijeću*.

⁴⁹ Vidi Krapac, Davor, Neovisnost sudaca kao postulat pravne države: njemačka iskustva, hrvatski problemi, *Politička misao*, vol 34., br. 1., 1997., str. 65.

ministar pravosuđa, a bez formalne ovlasti sudjelovanja u tom postupku nekog tijela sudske vlasti. Razlog nesklonosti ovome modelu često se nalazi u očitom utjecaju političke vlasti na izbor sudaca.⁵⁰ Međutim, unatoč kritikama, ovaj sustav susreće se u nekim državama Europe, kao npr. Češkoj.⁵¹

Druga skupina država izbor i imenovanje sudaca povjerava nezavisnom pravosudnom tijelu. Provođeci izbor sudaca putem ovoga tijela države su isključile utjecaj politike na postavljanje sudaca te ga utemeljile „na legitimnosti struke“. U ovim državama osniva se posebno sudske tijelo, često zvano sudbeno vijeće, kojem je jedna od najvažnijih zadaća upravo imenovanje sudaca. Prvi takva vijeća osnovana su u Francuskoj i Italiji 1950-ih godina, a tijela s istim djelokrugom zatim su osnovana u Španjolskoj i Portugalu. Svrha njihova ustanovljavanja bila je jačanje neovisnosti sudstva u sustavu podjele vlasti, jer su upravo oni činili neku vrstu poveznice između vlade i pravosuđa. Krajem 1990-ih i početkom 2000-ih godina slična vijeća osnovana su u državama sjeverne Europe, npr. u Irskoj, Danskoj i Nizozemskoj, kao i u državama jugoistočne Europe.⁵²

Danas se prema nadležnostima i stupnju samostalnosti razlikuje tzv. južnoeuropski i sjevernoeuropski model sudbenih vijeća. Južnoeuropski model povjerava ovome tijelu u prvome redu savjetodavnu ulogu, dok mu sjevernoeuropski model pored savjetodavne uloge u postupku imenovanja sudaca pridaje i druge važne zadaće, primjerice u postupcima utvrđivanja stegovne odgovornosti sudaca, stanovite ovlasti u pogledu obavljanja poslova sudske uprave, npr. nadzor nad brojem predmeta, brigu o ujednačavanju sudske prakse, praćenje kvalitete rada sudova, kao i u pogledu upravljanja sudovima i u njihovom budžetiranju.⁵³ Stoga, izbor sudaca samostalno u pravilu obavljaju sudbena vijeća ustrojena prema sjevernoeuropskom modelu. Takav je slučaj u Italiji, Španjolskoj, Portugalu, Makedoniji, Crnoj Gori i Bosni i Hercegovini. U pravnoj literaturi ističe se kako imenovanje sudaca putem sudbenog vijeća ima značajne prednosti: takvo vijeće, pod uvjetom da postoje ustavna jamstva njegovog sastava, funkcije i samostalnosti, najviše doprinosi ostvarivanju sudske neovisnosti; osigurava veću ravnopravnost sudske vlasti u odnosu na druge nositelje funkcija u državi; izbor sudaca od ovoga tijela jamstvo je stručnosti i profesionalizma pri odabiru sudaca i sl. Međutim, također se ističe kako ovaj model imenovanja sudaca nije u potpunosti sukladan s podjelom vlasti koja počiva na suradnji različitih nositelja vlasti.⁵⁴

⁵⁰ U teoriji se spominje i vrlo ekstreman pristup tzv. neposredne demokratske legitimnosti sudaca, a sukladno kojem bi suce, umjesto parlamenta trebali birati svi građani s pravom glasa. Ovaj oblik izbora sudaca ipak se ne primjenjuje izravno, već se u nekim državama izbor sudaca povjerava parlamentu, modelom posredne demokracije. Petrov, Vladan, Izbor sudija usporedno i u Republici Srbiji – predlozi za promenu Ustava, *Sudije u pravnom sistemu*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2013., str. 40.

⁵¹ Članak 93. stavak 1. *Ustava Češke Republike*.

⁵² Pejić, op. cit. str. 117.

⁵³ Tako je primjerice francusko Pravosudno vijeće osnovano 1946. godine djeluje kao tijelo neovisno od Vlade. Ima savjetodavnu ulogu u postupku imenovanja sudaca te u utvrđivanju njihove stegovne odgovornosti. S druge strane, švedsko Visoko sudbeno vijeće osnovano 1975. godine, pored spomenutih zadaća, još sudjeluje u raspodjeli proračunskih sredstava sudovima te ima ovlast upravljanja u pravosuđu.

⁵⁴ Petrov, op. cit., str. 41-44.

Svim je ovim vijećima zajedničko da su ustrojena kao posebna tijela sudske vlasti ili neovisna državna tijela, slijedom čega se ne mogu smatrati dijelom izvršne vlasti. Kako je Sudbeno vijeće Makedonije tijelo pravosudne vlasti izričito proizlazi iz *Ustava* ove države, koji ovo tijelo utvrđuje „*samostalnim i neovisnim tijelom sudstva*“, imajući u vidu i njegov sastav u kojem je čak devet sudaca. Slovačkim *Ustavom* propisano je kako je Sudbeno vijeće u ovoj državi najviše tijelo sudske samouprave, dok je, s druge strane, državnim zakonom u Bosni i Hercegovini Visoko sudbeno i tužiteljsko vijeće osnovano kao „*neovisno i samostalno tijelo koje ima zadaću osigurati neovisno, nepristrano i profesionalno pravosuđe*“.⁵⁵

Kada se analizira sastav pravosudnih sudbenih vijeća, ne čini se toliko važnim koliko članova ovo tijelo broji, koliko je zanimljivo pitanje njihove profesije i funkcije.⁵⁶ Valja zapaziti kako su neka sastavljena samo od predstavnika pravosuđa, dok druga uključuju predstavnike različitih funkcija u državi od kojih neki članovima postaju izborom, a neki imenovanjem. Tako su, primjerice, u Španjolskoj svi članovi ovoga tijela suci, a na ovu funkciju postavlja ih španjolski parlament. U Belgiji jednak broj članova čine suci i osobe koje nisu na sudačkoj dužnosti. U pravilu u sastavu sudbenih vijeća ipak prevladavaju suci koji na ovu funkciju dolaze izborom, dok manji broj članova dolazi izvan sudačke profesije. Među takvim osobama česti su predstavnici zakonodavne i izvršne vlasti te pravne profesije. Tako npr. u Italiji manji dio članova Visokog sudbenog vijeća čine izabrani odvjetnici i sveučilišni profesori prava, a u Poljskoj zastupnici u nacionalnom parlamentu. Od 11 članova Sudbenog vijeća u Sloveniji, suci na stalnoj sudačkoj dužnosti biraju šest članova iz svojih redova, a Državni sabor izabire pet članova na prijedlog predsjednika Republike među sveučilišnim profesorima prava, odvjetnicima i drugim pravnici. U Makedoniji od 13 članova Sudbenog vijeća suci biraju osam iz svojih redova, a ostalih pet bira makedonska Skupština iz redova sveučilišnih profesora prava, odvjetnika i drugih istaknutih pravnika.⁵⁷ S druge strane, u nekim državama članom sudbenog vijeća postaje se po funkciji. Tako je primjerice u Italiji član ovoga tijela po funkciji predsjednik Republike, u Poljskoj i Makedoniji ministar pravosuđa, a u Španjolskoj i Makedoniji predsjednik Vrhovnog suda. Postoje i države vrlo složenog sastava sudbenoga vijeća, koje uz predstavnike koje izabiru sami suci, uključuju predstavnike koje biraju druga tijela te članove po funkciji. Takav je slučaj u Portugalu, gdje suce upravnih sudova imenuje Visoko vijeće upravnih i financijskih sudova, kao neovisno sudačko tijelo, kojim predsjedava predsjednik Visokog upravnog suda, a sastoji se od deset članova, od kojih dva

⁵⁵ Amandman 28. na *Ustav Makedonije*, članak 141. *Ustava Slovačke Republike*, *Constitution of the Slovak Republic*, dostupno na: <https://www.prezident.sk/upload-files/46422.pdf> (14.07.2018), amandman 28. na *Ustav Makedonije* i članak 3. stavak 1. *Zakona o Visokom sudskom i tužilačkom vijeću Bosne i Hercegovine*, Službeno glasilo, br. 25/04., 93/05. i 15/08.

⁵⁶ Sudbena vijeća uvelike variraju u broju članova. Tako primjerice u Italiji ovo tijelo broji 27 članova, u Španjolskoj 20, u Bosni i Hercegovini i Makedoniji 15, u Sloveniji 11, u Crnoj Gori deset, u Švedskoj devet, a u Nizozemskoj samo pet članova.

⁵⁷ Amandman 28. na *Ustav Makedonije*. Specifičnost makedonskog Savjeta ogleda se u tome da se pri izboru članova uzima u obzir i etničko načelo, tj. sastav Vijeća odražava multietničnost Makedonije. Vidi Petrov, op. cit., str. 50-51.

imenuje predsjednik republike, četiri parlament, a četiri člana biraju suci.⁵⁸ Slično je i u Crnoj Gori. U ovoj državi četiri suca Sudbenog vijeća bira i razrješava zbor sudaca, vodeći računa o ravnomjernoj zastupljenosti sudova i sudaca, četiri ugledna pravnik bira i razrješava Skupština Crne Gore na prijedlog radnog tijela Skupštine po raspisanom javnom pozivu, dok su članovi ovoga tijela po funkciji predsjednik Vrhovnog suda i ministar pravosuđa.⁵⁹ U mnogim je državama namjera zakonodavca bila omogućiti sudjelovanje u ovim vijećima predstavnicima političke vlasti i renomiranim stručnjacima, no ipak većinski broj članova čine upravo suci, koji nerijetko mogu ostvariti i većinu pri donošenju odluka.⁶⁰

Hrvatska se ubraja u države koje su pri izboru sudaca omogućile sudbenoj vlasti visok stupanj autonomije. Sukladno *Ustavu Republike Hrvatske* o imenovanju, napredovanju, premještanju, razrješavanju i stegovnoj odgovornosti sudaca i predsjednika sudova, osim predsjednika Vrhovnog suda Republike Hrvatske, u skladu s *Ustavom* i zakonom, samostalno odlučuje Državno sudbeno vijeće, kao samostalno i neovisno tijelo koje osigurava samostalnost i neovisnost sudbene vlasti u Republici Hrvatskoj.⁶¹ Ovo Vijeće broji 11 članova, a čine ga sedam sudaca, od kojih su dva suci Vrhovnog suda Republike Hrvatske, dva suci županijskog suda, dva suci općinskog suda te jedan sudac specijaliziranog suda. Uz suce, članove ovoga Vijeća čine još dva sveučilišna profesora pravnih znanosti i dva saborska zastupnika od kojih je jedan iz redova oporbe. Za izbor kandidata iz redova sudaca glasuju svi suci pojedine vrste sudova iz nadležnog kandidacijskog odbora, dok sveučilišne profesore pravnih znanosti na prijedlog fakultetskih vijeća, biraju svi profesori pravnih fakulteta u Hrvatskoj. Članovi Vijeća biraju se na razdoblje od četiri godine, s time da članom Vijeća nitko ne može biti više od dva puta.⁶²

Imenovanje sudaca u Hrvatskoj isključivo je u nadležnosti Državnog sudbenog vijeća. Ono se vrši u skladu s planom popunjavanja slobodnih sudačkih mjesta kojeg svake dvije godine donosi Ministarstvo pravosuđa, a postupak se pokreće objavom oglasa o slobodnim sudačkim mjestima, koji sadrži poziv kandidatima da podnesu prijavu s dokazima o ispunjavanju uvjeta propisanih za imenovanje suca, kao i podatke o svojem radu. Kada prijavu podnesu suci, Državno sudbeno vijeće od nadležnog sudačkog vijeća treba zatražiti ocjenu obnašanja sudačke dužnosti te temeljem navedene ocjene i razgovora s kandidatima, sastavlja listu prvenstva kandidata na kojoj temelji odabir. Kada Državno sudbeno vijeće za suca imenuje kandidate koji su završili Državnu školu za pravosudne dužnosnike, odabir mora biti temeljen na završnoj ocjeni koju su kandidati ostvarili u Državnoj školi i ostvarenim bodovima na razgovoru s kandidatima.⁶³ Kako su u Republici Hrvatskoj upravni

⁵⁸ Članak 75. portugalskog *Zakona o upravnim i financijskim sudovima, Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro*, Diário da República n. 42/02., Série I-A

⁵⁹ Članak 127. *Ustava Crne Gore*.

⁶⁰ Vidi Petrov, str. 45. i Pejić, str. 118.

⁶¹ Članak 121. stavci 1. i 2. *Ustava Republike Hrvatske*.

⁶² Članak 4., članak 5. stavak 1., članak 15. stavak 1., članak 34. stavak 1. i članak 35. *Zakona o Državnom sudbenom vijeću*.

⁶³ Članci 51. do 56a. *Zakona o Državnom sudbenom vijeću*.

sudovi u potpunosti uklopljeni u sudska funkcija i postupak izbora sudaca upravnih sudova u potpunosti je jednak postupku izbora sudaca općinskih, trgovačkih i prekršajnih sudova. Stoga postoji mogućnost prelaska sa sudačke funkcije iz jednog suda na drugi. U postupku imenovanja sudaca posebna pozornost trebala bi biti posvećena sudačkoj etici, koja čini temelj poštenoga suđenja.⁶⁴

Konačno, u trećim državama primjenjuje se tzv. mješoviti sustav imenovanja sudaca, u kojem nezavisna tijela obavljaju odabir kandidata za suce, a postupak samoga imenovanja provodi parlament ili tijelo izvršne vlasti. Tako primjerice u Sloveniji suce bira Državni zbor, slovensko parlamentarno tijelo, na prijedlog Sudbenog vijeća.⁶⁵ U Poljskoj i Mađarskoj suce na sudačku dužnost imenuje predsjednik republike, na prijedlog neovisnog sudbenog vijeća.⁶⁶ Sličan sustav primjenjuje se i u Njemačkoj, gdje odabir kandidata obavlja neovisno pravosudno tijelo, koje ima savjetodavnu funkciju te odabrane kandidate predlaže ministru pravosuđa, a koji ih onda imenuje za suce. U pravnoj literaturi ističe se kako je sudbeno vijeće odigrao značajnu ulogu u obrani sudstva od političkog utjecaja u Njemačkoj, jer je ono osigurao stručno i kolektivno odlučivanje u postupku izbora kandidata. Nadležni ministar u pravilu samo potvrđuje prijedloge sudbenoga vijeća, a do sada je samo iznimno odbio imenovati za suca nekog od predloženih kandidata.⁶⁷ U pravnoj literaturi ističe se kako sam čin imenovanja suca od tijela zakonodavne ili izvršne vlasti nije sporan, ako su ova tijela na neki način uvjetovana prethodnim mišljenjem tijela sudske vlasti. U tom slučaju tijelo koje provodi imenovanje suca može prijedlog sudbenog vijeća usvojiti ili odbiti, ali nije ovlašteno za suca imenovati osobu koju nije predložilo takvo vijeće. Konačno, kako bi ovaj mehanizam izbora sudaca dobro funkcionirao, u državi treba postojati pravna kultura koja nositeljima izvršne vlasti nameće ograničenja koja nisu samo pravne naravi. Drugim riječima, iako tijelo izvršne vlasti ima mogućnost odbiti prijedlog sudbenog vijeća, ono to u pravilu ne čini, jer bi se time miješalo u sudska vlast, tj. izbor obavljen od kompetentnog tijela. Slijedom toga, unatoč tome što odluku o imenovanju sudaca donosi tijelo zakonodavne ili izvršne vlasti, ono u stvarnosti samo potvrđuje odluku koju je ranije donijelo sudbeno vijeće.⁶⁸

Iz svega se može zaključiti kako Hrvatska primjenjuje sustav imenovanja sudaca od samostalnog i neovisnog tijela koje osigurava samostalnost i neovisnost sudbene vlasti u Republici Hrvatskoj – Državnog sudbenog vijeća. Ovo tijelo sastoji se u pretežitom dijelu od sudaca koje biraju sami suci čime je doprinijeto legitimnosti imenovanja sudaca, koje na sudačku dužnost izabire upravo tijelo sudske vlasti bez ikakvog utjecaja parlamenta ili izvršne vlasti.

⁶⁴ O tome vidi Ljubanović, Boris, Pošteno suđenje kao temelj sudačke etike, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 49., br. 3., 2012., str. 452-454.

⁶⁵ Članak 129. stavak 1. i članak 130. *Ustava Republike Slovenije*.

⁶⁶ Članak 179. *Ustava Republike Poljske, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997*, Dziennik Ustaw nr 78 poz. 483 i članak 26. stavak 2. *Mađarskog ustava*.

⁶⁷ Pejić, op. cit., str. 116-117.

⁶⁸ Petrov, op. cit. str. 41-44.

4. VREDNOVANJE RADA SUDACA

Legitimnosti sudaca pa tako i vladavini prava u percepciji građana, svakako doprinosi i zakonit i učinkovit rad te argumentirane odluke koje sudovi donose. Iz takvih odluka građani stječu uvjerenje kako je pravosudni sustav djelotvoran i kvalitetan. Stoga su za kvalitetan rad pravosuđa jednako važni postupovni propisi, kao što su *Zakon o upravnim sporovima*, *Zakon o parničnom postupku* i *Zakon o kaznenom postupku*, baš kao i stručni kandidati imenovani na sudačke funkcije. No, izuzetno važan segment koji neprestano treba imati u vidu je i svakodnevno zalaganje sudaca pri obavljanju sudačke dužnosti, kao i njihovo predano tumačenje i primjena prava. Kvaliteta rada sudaca u pravilu se ocjenjuje u postupku vrednovanja njihova rada, kao instituta koji bi trebao omogućiti uvid u sposobnost suca pravilno primijeniti propis na konkretno činjenično stanje u sporu te donijeti i izraditi zakonitu odluku. U pravnoj literaturi ističe se kako sustav vrednovanja rada sudaca treba biti osmišljen tako da postigne dva cilja: treba omogućiti pravilnu i sveobuhvatnu procjenu učinkovitosti rada i sposobnosti sudaca te treba doprinijeti većoj kvaliteti sudskih odluka.⁶⁹

Kada se razmatraju sustavi vrednovanja rada sudaca razlikuje se formalni i neformalni mehanizam vrednovanja. Neformalan mehanizam susreće se manje-više u svim državama te se realizira na način da suci na višim položajima, uglavnom predsjednici sudova, predsjednici sudskih odjela i sl., neposrednim uvidom ili putem podnesenih izvješća nadziru rad sudaca. Neformalna procjena provoditi se u obliku pomoći sucima na način da im se pružaju povratne informacije o njihovom radu.⁷⁰ Uočavanje vrлина u radu pojedinoga suca, omogućuje poduzimanje ustrojstvenih mjera koje mogu dovesti do rasporeda sudaca u odjele koji se bave rješavanjem sporova u području u kojem sudac postiže najbolje rezultate, dok su zapažene slabosti u njihovom radu razlog za upućivanje sudaca na odgovarajuće oblike stručnoga usavršavanja. Neformalni oblici vrednovanja rada sudaca koriste se u brojnim europskim državama, kao npr. u Češkoj, Danskoj, Finskoj, Islandu, Norveškoj, Švedskoj, Švicarskoj i Ujedinjenom Kraljevstvu. S druge strane, formalni sustav vrednovanja rada sudaca zasniva se na složenim i unaprijed propisanim kriterijima i procedurama koje se periodično provode i u kojima se utvrđuje koliko svaki sudac udovoljava postavljenim kriterijima.⁷¹ U sustavu formalnog vrednovanja ciljevi, kriteriji, sastav tijela koje provodi vrednovanje, postupak ocjenjivanja i njegove moguće posljedice, baš kao i prava i obveze sudaca moraju biti jasno propisani

⁶⁹ Dodik, Božidarka, Vrednovanje rada sudija u Bosni i Hercegovini, *Sveske za javno pravo*, god. 7., Decembar 2016., str. 8.

⁷⁰ Točka 25. *Mišljenja br. 17. (2014.) o vrednovanju sudačkog rada, kvaliteti sudbenog sustava poštivanju sudačke neovisnosti Savjetodavnog vijeća europskih sudaca*, dostupno na: http://www.uhs.hr/data/sve/docs/CCJE-MISLJENJE_BROJ_17.pdf (20.06.2018).

⁷¹ Dodik, op. cit., str. 8.

zakonima ili podzakonskim propisima.⁷² Oblici formalnog ocjenjivanja prisutni su u većini europskih država, npr. u Austriji, Belgiji, Francuskoj, Njemačkoj, Grčkoj, Mađarskoj, Italiji, Nizozemskoj, Poljskoj, Rumunjskoj, Sloveniji i Španjolskoj.⁷³

Formalno ocjenjivanje sudaca može se odvijati redovito, tj. svakih nekoliko godina, ili samo u slučaju izbora suca na viši sud. Godišnje vrednovanje rada sudaca ne susreće se često. Prisutno je primjerice u Srbiji i Bosni i Hercegovini. U Srbiji se rad sudaca i predsjednika sudova redovito vrednuje svake tri godine, dok se sudac koji je prvi puta biran na sudačku dužnost ocjenjuje jednom godišnje kroz tri godine koliko mu traje sudački mandat. U Federaciji Bosne i Hercegovine rezultati rada sudaca i predsjednika sudova ocjenjuju se najmanje jednom godišnje. Vrednovanje sudaca obavlja predsjednik suda, a vrednovanje rada predsjednika suda obavlja predsjednik neposredno višeg suda.⁷⁴ S druge strane, u Hrvatskoj se suci, izuzev sudaca Vrhovnog suda Republike Hrvatske, ocjenjuju pri postupku imenovanja na viši sud i kada se kandidiraju za predsjednika suda. U postupku napredovanja suca za suca županijskog suda, Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, Visokog upravnog suda Republike Hrvatske i Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske ocjenjuje se rad suca u razdoblju od posljednjih pet godina u kojem je sudac obnašao sudačku dužnost, a u postupku napredovanja za suca Vrhovnog suda Republike Hrvatske rad suca u razdoblju od posljednjih deset godina.⁷⁵

U obje ove varijante postupak ocjenjivanja sudaca mora se temeljiti na objektivnim kriterijima, koji se prvenstveno trebaju sastojati od kvalitativnih pokazatelja.⁷⁶ Kriteriji koji se koriste moraju tijelu koje provodi vrednovanje omogućiti uzeti u obzir sve pokazatelje koji ukazuju na kvalitetan ili nekvalitetan rad suca. Kvalitativni

⁷² Točka 9. Mišljenja br. 17. (2014.) o vrednovanju sudačkog rada, kvaliteti sudbenog sustava poštivanju sudačke neovisnosti Savjetodavnog vijeća europskih sudaca. U Srbiji Zakon o sucima, Zakon o sudijama, Službeno glasilo, br. 116/08., 58/09., 104/09., 101/10., 8/12., 121/12., 124/12., 101/13., 111/14., 117/14., 40/15., 63/15. i 106/15., člankom 32. stavak 4. primjerice propisuje kako kriterije, mjerila i postupak za vrednovanje rada sudaca, odnosno predsjednika sudova utvrđuje Visoki savjet sudstva, da ovi kriteriji moraju biti javno objavljeni, objektivni i jedinstveni te se trebaju primjenjivati u jedinstvenom postupku u kome je osigurano sudjelovanje suca, odnosno predsjednika suda čiji se rad vrednuje.

⁷³ Točka 11. Mišljenja br. 17. (2014.) o vrednovanju sudačkog rada, kvaliteti sudbenog sustava poštivanju sudačke neovisnosti Savjetodavnog vijeća europskih sudaca.

⁷⁴ Članak 32. stavak 1. srpskog Zakona o sucima i članak 41. Zakona o sudovima u Federaciji Bosne i Hercegovine, Službene novine, br. 38/05., 22/06. i 63/10. Ipak, članak 35. stavak 2. srpskoga Zakona o sucima propisuje kako temeljem odluke Visokog savjeta sudstva sudac u Srbiji može biti i izvanredno vrednovan.

⁷⁵ Članak 96. Zakona o sudovima. Treba dodati da je ranije u Republici Hrvatskoj bilo propisano i redovito ocjenjivanje sudaca. Tako je Zakonom o sudovima, Narodne novine, br. 150/05., 16/07., 113/08., 153/09., 34/10., 116/10., 27/11., 57/11., 130/11., 28/13., iz 2005. godine, bilo propisano redovito ocjenjivanje svih sudaca, osim sudaca Vrhovnog suda, i to svakih pet godina, kao i ocjenjivanje prilikom izbora na viši sud li za predsjednika suda. No, 2011. godine odustalo se od toga, jer je utvrđeno da to predstavlja preveliki teret za sudačka vijeća, a same ocjene se i onako donose u slučaju kada se sudac kandidira za viši sud ili predsjednika suda. S druge strane, utvrđeno je i da su sudačka vijeća, iako su radila prema istim kriterijima, postupala neujednačeno, obzirom da su odredbe Metodologije izrade ocjene obnašanja sudačke dužnosti primjenjivala različito. O ovome Kontrec, Damir, Vrednovanje rada sudaca: iskustva iz prakse u Republici Hrvatskoj, *Sveske za javno pravo*, god. 7., Decembar 2016., str. 5.

⁷⁶ Postojanje kvantitativnih kriterija u vrednovanju rada sudaca je dopušteno, no ocjena se ipak ne bi trebala temeljiti samo na ovim kriterijima. Dodik, op. cit., str. 9.

kriteriji često su kvaliteta pravne analize ili način na koji sudac rješava složene predmete, sposobnost izrade jasne i razumljive presude, sposobnost suradnje suca s drugim kolegama, sposobnost raditi u područjima prava koju su za suca nova, kao i spremnost suca angažirati se na dodatnim aktivnostima, kao što su mentorstva i edukacije novoimenovanih sudaca, posjedovanje organizacijskih vještina, radna etika ili znanstvena djelatnost sudaca. Nasuprot ovima, kvantitativni kriteriji najčešće su broj riješenih predmeta, vrijeme rješavanja pojedinoga predmeta i prosječno vrijeme koje sudac utroši na izradu presude. Također se zna u obzir uzimati i broj odluka koje prosječno donosi vrednovani sudac ili broj sporova riješenih nagodbom. U nekim državama kao kriterij uzima se i udio riješenih predmeta po nekom sucu u odnosu na prosječan broj svih riješenih predmeta. Važnim kriterijem pokazuje se i udio odluka ukinutih povodom žalbe.⁷⁷ Ponekad kriteriji za ocjenu rada sudaca različitih razina sudova nisu jednaki. Tako je primjerice u Srbiji mjerilo kvalitete rada prvostupanjskih sudaca postotak ukinutih odluka u odnosu na ukupan broj donesenih odluka u promatranom razdoblju, dok je mjerilo kvalitete rada sudaca koji obavljaju sudačku dužnost na drugom stupnju vrijeme izrade odluka.⁷⁸

U pravnoj literaturi ističe se kako je važno izbjeći svođenje rada pojedinog sudaca na iskazivanje matematičkih podataka, kvantitativne ili kvalitativne naravi, bez da se u obzir uzme kreativnost sudskega posla, različita narav pojedinih sudskih predmeta te nejednaka težina rješavanja svakoga od njih.⁷⁹ Također se naglašava kako bi za pravilno i potpuno vrednovanje kvalitete rada suca neophodan bio reprezentativan broj odluka različite pravne složenosti, da se cjelokupno znanje suca ne može procjenjivati na osnovi postupanja u ograničenom broju pojedinačnih predmeta te da su procesne vještine suca samo segment postupka donošenja sudske odluke, jednako važan kao i sposobnost pravilne primjene materijalnog prava i pravne argumentacije.⁸⁰ Godine 2016. u Sloveniji se, primjerice, prestao koristiti kvantitativni kriterij, tj. mjerilo sudske norme, te se u postupku vrednovanja primjenjuje četiri osnovna kriterija: radna sposobnost i stručno znanje; odgovornost i pouzdanost suca; komunikacijske vještine suca i njegova sposobnost rješavanja konfliktnih situacija; te sposobnost obavljanja rukovodećih funkcija kada je sudac imenovan na takvu dužnost.⁸¹ Važno je naglasiti kako se u Sloveniji niti jedna ocjena rada suca ne zasniva na načelu bodovanja, već se ispunjavanje svakog kriterija objašnjava i argumentira u opisnom obliku, uzimajući u obzir sve aspekte rada suca.⁸²

⁷⁷ Točka 13. *Mišljenja br. 17. (2014.) o vrednovanju sudačkog rada, kvaliteti sudbenog sustava poštivanju sudačke neovisnosti Savjetodavnog vijeća europskih sudaca.*

⁷⁸ Članci 15. i 16. srpskog *Pravilnika o kriterijima, mjerilima, postupku i organima za vrednovanje rada sudaca i predsjednika sudova*, Službeno glasilo, br. 81/14., 142/14., 41/15. i 7/16.

⁷⁹ Kontrec, op. cit., str. 3.

⁸⁰ Perić, op. cit., str. 6.

⁸¹ Članak 28. slovenskog *Zakona o sudskoj službi, Zakon o sodniški službi*, Uradni list, št. 94/07., 91/09., 33/11., 46/13., 63/13., 69/13., 95/14., 17/15. i 23/17. Koja konkretna mjerila treba koristiti kako bi se u postupku vrednovanja rada suda ocijenio svaki od ovih zakonskih kriterija propisano je člancima 2. i 8. *Mjerila za kvalitetu rada sudaca u postupku ocjene sudačke dužnosti* koja donosi Sudbeno vijeće.

⁸² Pogačnik, op. cit., str. 12.

Ocjenjivanje se u Hrvatskoj provodi sukladno *Okvirnim mjerilima za rad sudaca* koja donosi ministar pravosuđa na prijedlog Opće sjednice Vrhovnog suda Republike Hrvatske i *Metodologiji izrade ocjene obnašanja sudačke dužnosti* koju donosi Državno sudbeno vijeće uz prethodno mišljenje vijeća koje čine predsjednici svih sudačkih vijeća u Republici Hrvatskoj i Opće sjednice Vrhovnog suda Republike Hrvatske.⁸³ Mjerila za ocjenu rada sudaca su: broj odluka koje je sudac donio u odnosu na broj odluka koje je trebao donijeti na temelju *Okvirnih mjerila za rad sudaca*; rezultat rada po vrstama predmeta u apsolutnim brojevima i postotku; poštivanje rokova za donošenje i izradu odluka; kvaliteta odluka povodom izjavljenih pravnih lijekova, tj. potvrđene, ukinute ili preinačene odluke u apsolutnom broju i postotku u odnosu na ukupan broj donesenih odluka, u odnosu na broj odluka u predmetima u kojima je izjavljen pravni lijek te broj odluka ukinutih zbog bitnih povreda postupka; te druge aktivnosti suca. Temeljem ovih mjerila daje se zaključiti kako se rad suca u Hrvatskoj analizira kvantitativno i kvalitativno, a sudačko vijeće ocjenu utvrđuje temelju zbroja bodova ostvarenih prema ovim mjerilima.

Rad sudaca sudačko vijeće ocjenjuje tajnim glasovanjem. Danas u Republici Hrvatskoj djeluje jedno sudačko vijeće na svakom županijskom sudu i svakom visokom specijaliziranom sudu, kao i na Vrhovnom sudu Republike Hrvatske. Sudačka vijeća imaju 15 članova, a biraju ih suci odnosnih sudova iz reda sudaca na vrijeme od četiri godine tajnim glasovanjem. Sudačka vijeća ocjenu donose na temelju podatka koje utvrđuje predsjednik suda u kojem sudac obnaša dužnost, budući da je obveza predsjednika suda da svake godine utvrđuje je li sudac ispunio *Okvirna mjerila*. Ako predsjednik suda utvrdi da u određenoj godini sudac nije riješio dovoljan broj predmeta, u skladu s *Okvirnim mjerilima*, i to bez opravdanog razloga, dužan je pokrenuti stegovni postupak protiv suca radi neurednog obavljanja sudačke dužnosti.⁸⁴

Pri vrednovanju rada sudaca važno je razviti mehanizam koji ocjenama daje praktičan učinak na unaprjeđenje pravosudne aktivnosti u cjelini. Drugim riječima, neodređene ocjene te izostanak propisivanja sustava nagrađivanja ili nužnoga osposobljavanja sudaca čiji je rad vrednovan ne ostvaruju očekivanu svrhu. Pragmatičan učinak ocjena na daljnje obavljanje sudačke dužnosti jasno je razvidan u Sloveniji, gdje je propisano kako sudac može biti ocjenjen sljedećim ocjenama: nije pogodan za dalje vršenje sudačke dužnosti, ne ispunjava uvjete za napredovanje, ispunjava uvjete za napredovanje, ispunjava uvjete za ubrzano napredovanje i

⁸³ Članak 79. stavak 1. i članak 98. *Zakona o sudovima*. Vidi *Okvirna mjerila za rad sudaca*, dostupno na: <https://pravosudje.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/Pravo%20na%20pristup%20informacijama/Zakoni%20i%20ostali%20propisi/Okvirna%20mjerila%20za%20rad%20sudaca.pdf> (05.07.2018.) i *Metodologiju izrade ocjene obnašanja sudačke dužnosti*, dostupno na: http://www.dsv.pravosudje.hr/index.php/dsv/novosti/metodologija_izrade_ocjene_sudaca (05.07.2018.). Kontrec smatra kako nije dobro rješenje prema kojem *Okvirna mjerila*, ako ona uopće trebaju postojati, donosi ministar pravosuđa na prijedlog Opće sjednice Vrhovnog suda Republike Hrvatske, jer na taj način izvršna vlast izravno utječe na rad sudova i samih sudaca te predlaže da ova *Okvirna mjerila* donosi predsjednik Vrhovnog suda ili sama Opća sjednica Vrhovnog suda. Kontrec, op. cit., str. 4.

⁸⁴ Članak 51. i članak 97. stavak 1. *Zakona o sudovima*. U vremenskom razdoblju 1. ožujka 2015. godine do 31. listopada 2016. godine, primjerice, podnesena su samo dva prijedloga za vođenje stegovnog postupka radi neopravdanog neispunjavanja *Okvirnih mjerila* za rad sudaca. Kontrec, op. cit., str. 3.

ispunjava uvjete za izvanredno napredovanje u viši sudski naziv. Ove ocjene izravno upućuju na prava odnosno posljedice konkretne ocjene rada suca.⁸⁵ Slično je i u Srbiji, gdje vrednovanje rada sudaca predstavlja osnovu za izbor, obaveznu obuku sudaca ili razrješenje.⁸⁶ S druge strane, *Kriteriji za ocjenu rada sudaca* koje je donijelo Visoko sudačko i tužiteljsko vijeće u Bosni i Hercegovini ne propisuju nikakve mjere ili sankcije za loše vrednovan rad suca, odnosno, za otklanjanje posljedica koje zbog takvog rada mogu biti prouzročene, što ukazuje na nedostatak takvoga mehanizma. U pravnoj literaturi naglašava se kako postupak vrednovanja rada sudaca nije izravno povezan s disciplinskim postupkom niti disciplinskim mjerama protiv sudaca, već je svrha predloženih rešenja napredovanje sudaca, njihovo usavršavanje i unapređenje stručnosti i osposobljenosti, poticanje sudaca u ostvarivanju najboljih rezultata rada, održavanje i jačanje povjerenja javnosti u rad sudaca i sudova i napredovanje u karijeri. Stoga je i pravoj literaturi općenito prihvaćen stav kako negativna ocjena suca ipak ne bi smjela, osim u iznimnim okolnostima kao što je slučaj kršenja pravila stegovne odgovornosti ili kaznenih odredbi, dovesti do njegovog razrješenja.⁸⁷

U Hrvatskoj ocjena iskazana u postupku vrednovanja rada suca može biti da sudac izvrsno obnaša sudačku dužnost, da vrlo uspješno obnaša sudačku dužnost, da uspješno obnaša sudačku dužnost, da zadovoljavajuće obnaša sudačku dužnost ili da nezadovoljavajuće obnaša sudačku dužnost.⁸⁸ Odluka o ocjeni mora biti obrazložena, kako bi sucu bilo razvidno po kojem je mjerilu ostvario koliko bodova.⁸⁹ Odluka se dostavlja sucu na kojega se odnosi, predsjedniku suda u kojem

⁸⁵ Članak 32. slovenskog *Zakona o sudskoj službi*. Ako iz vrednovanja sudačke dužnosti proizlazi da sudac nije pogodan za dalje obavljanje sudačke dužnosti, pokreće se propisani postupak pred Sudbenim vijećem koji ponovo razmatra takvu ocjenu. U slučaju potvrđivanja negativne ocjene sucu prestaje mandat sa datumom donošenja takve odluke. S druge strane, ako iz ocjene proizlazi da sudac ne ispunjava uvjete za napredovanje, to znači da u vremenu važenja takve ocjene ne može napredovati u viši platni razred niti može biti imenovan na položaj suca višeg ranga. Ako iz ocjene proizlazi da sudac ispunjava uvjete za napredovanje, predsjednik suda donijeti će rješenje o napredovanju u viši platni razred, a ako proizlazi da sudac ispunjava uvjete za ubrzano napredovanje Vijeće donosi odluku, prema kojoj se sucu plaća poveća za dva platna razreda. Konačno, ako iz ocjene proizlazi, da sudac ispunjava uvjete za izvanredno napredovanje u viši sudski naziv Vijeće sucu dodjeljuje viši naziv uz odgovarajuću plaću. Članci 32. do 34.a *Zakona o sudskoj službi*.

⁸⁶ Članak 32. srpskog *Zakona o sucima*. Ako je rad suca vrednovan ocjenom „ne zadovoljava“, sudac se upućuje na obaveznu obuku na osnovu odluke Visokog savjeta sudstva, a nakon ove obuke podliježe još jednom izvanrednom vrednovanju.

⁸⁷ Tomić, op. cit., str. 19. i Dodik, op. cit., str. 10.

⁸⁸ Članak 99. *Zakona o sudovima*.

⁸⁹ Zanimljivo je istaknuti da je aktualni saziv Državnog sudbenog vijeća u Hrvatskoj odustao od vezanosti utvrđenom bodovnom listom prilikom izbora sudaca na viši sud, smatrajući da u tom slučaju ne može ostvariti svoju ustavnu ulogu i birati suce i predsjednike sudove. Takvu praksu Državnog sudbenog vijeća potvrdio je i Ustavni sud Republike Hrvatske u Odluci U-III-4818/2015 od 28. siječnja 2016. godine, dostupno na: [http://www.iusinfo.hr/CaseLaws/Content.aspx?SOP1=USRH2015B4818AIII&Doc=USTSUD_HR \(06.07.2018.\)](http://www.iusinfo.hr/CaseLaws/Content.aspx?SOP1=USRH2015B4818AIII&Doc=USTSUD_HR (06.07.2018.)), i u Odluci U-III-4631/2015 od 1. lipnja 2016. godine, dostupno na: [http://www.iusinfo.hr/CaseLaws/Content.aspx?SOP1=USRH2015B4631AIII&Doc=USTSUD_HR \(06.07.2018.\)](http://www.iusinfo.hr/CaseLaws/Content.aspx?SOP1=USRH2015B4631AIII&Doc=USTSUD_HR (06.07.2018.)). Iz ovih odluka jasno slijedi da utvrđena bodovna lista predstavlja samo polazište, temelj za donošenje odluke o izboru suca odnosno predsjednika suda, a da Državno sudbeno vijeće treba imati pravo provesti izbor sudaca i predsjednika suda u skladu sa svojim ustavnim i zakonskim ovlastima. Više vidi u Kontrec, op. cit., str. 7.

sudac obavlja sudačku dužnost, predsjedniku Vrhovnog suda Republike Hrvatske i Ministarstvu pravosuđa. Protiv odluke o ocjeni sudac ima pravo izjaviti žalbu posebnom vijeću Vrhovnog suda Republike Hrvatske sastavljenom od pet sudaca, u roku od osam dana od dana dostave odluke. Nezadovoljavajuća ocjena obavljanja sudačke dužnosti suca može zaustaviti u napredovanju, ali za posljedicu može imati i njegovo razrješenje s dužnosti zbog počinjenog stegovnog djela neurednog obnašanja sudačke dužnosti.⁹⁰ Zanimljivo je naglasiti kako je izuzetno velik broj sudaca u Hrvatskoj posljednjih godina ocjenjen najvišim ocjenama.⁹¹

Iz svega se daje zaključiti kako Hrvatska mehanizmom vrednovanja rada sudaca nastoji ojačati legitimnost sudaca pa tako i sudaca upravnih sudova. Postupak vrednovanja ne odvija se redovito, već samo pri imenovanju suca za suca višega suda odnosno postavljanju suca na funkciju predsjednika suda. Time se pokušava optimizirati angažman nužan u vođenju ovoga postupka sa stvarnim potrebama vrednovanja te spriječiti ocjenjivanje koje je samom sebi svrha. Valja naglasiti kako u slučaju činjenja kaznenog, prekršajnog ili stegovnog djela suca, postoje mehanizmi koji mogu dovesti i do razrješenja suca sa sudačke dužnosti, čime ocjenjivanje svakako nije jedini način suočavanja s nepravilnim postupanjima sudaca.

⁹⁰ Članci 100. do 102. *Zakona o sudovima* te članak 62. stavak 2. podstavak 1. *Zakona o Državnom sudbenom vijeću*. Zbog neurednog obnašanja sudačke dužnosti Državno sudbeno vijeće je, primjerice, od siječnja do listopada 2013. svojom odlukom razriješilo pet sudaca te privremeno udaljilo od obavljanja sudačke dužnosti šest sudaca.

⁹¹ Prema ocjenama nadležnih sudačkih vijeća od 1. ožujka 2015. do 31. listopada 2016. godine 94,32% kandidata za predsjednike sudova ocijenjeno je najboljom ocjenom, a 3,41% kandidata ocijenjeno drugom najboljom ocjenom, što znači da je ukupno 97,73% kandidata ocijenjeno s dvije najviše ocjene. Svega 2,27% kandidata ocijenjeno je trećom po redu ocjenom, ali i ta ocjena ukazuje na uspješno obnašanje sudačke dužnosti. U istom razdoblju pri provedbi natječaja za popunjavanje slobodnih sudačkih mjesta na drugostupanjskim je sudovima ocjenom izvrsno obnaša sudačku dužnost ocijenjeno 72,6% kandidata, ocjenom vrlo uspješno obnaša sudačku dužnost 26,72 % kandidata te ocjenom uspješno obnaša sudačku dužnost 0,68 % kandidata. Iz toga slijedi da je ukupno 99,32 % kandidata ocijenjeno s dvije najviše ocjene. Temeljem ovih podataka Kontrec postavlja pitanje koja je korist od takvog ocjenjivanja ako se većina kandidata ocjenjuje najvišim ocjenama, kada je razlika između kandidata vrlo mala, kada neki kandidati nisu mogli ostvariti veću kvantitetu zbog nedostatka novih predmeta itd. Kontrec, op. cit., str. 5-6.

5. SASTAV SUDA KOJI RJEŠAVA UPRAVNE SPOROVE

Konačno, iako se pitanje sastava suda koji rješava upravne sporove izravno ne tiče same legitimnosti sudaca, s njime je ipak usko povezano. Na vjerodostojnost presude svakako utječe i sam saziv suda koji je odluku sadržanu u izreci presude donio te je obrazložio. Stoga se kao važno pitanje legitimnosti sudaca i njihovih odluka svakako čini i pitanje sastava u kojem upravni sud rješava spor. U pravnoj literaturi ističe se kako sastav suda može bitno pridonijeti rasuđivanju i kvaliteti sudskih odluka, ali i utjecati na pravovremenost rješavanja spora.

U najvećem broju država, za rješavanje upravnih sporova ustrojavaju se sudska vijeća. Time se u ocjeni zakonitosti upravnih odluka i postupanja inzistira na provedbi kolegijalnoga načela. No, broj sudaca koji čine sudsko vijeće ne razlikuje se samo u različitim državama, već i u okviru iste države u različitim područjima u kojima se vode upravni sporovi. U velikom broju država, npr. u Italiji, Belgiji, Portugalu, Poljskoj, Češkoj, Estoniji i Litvi, upravne sporove rješava vijeće sastavljeno od tri suca. U drugim državama vijeća su brojnija. Tako se, primjerice, u Njemačkoj vijeće u pravilu sastoji od pet sudaca. Broj sudaca koji čine vijeće u nekim državama često ovisi o složenosti predmeta, čime se nastoji maksimalno racionalizirati rad sudova.⁹²

Međutim, pod pritiskom rokova i potrebe da se rješavanje upravnih sporova skрати na najkraće moguće vrijeme, pravilo o rješavanju spora putem sudskoga vijeća ima i niz iznimki. U većini država postoji mogućnost da određene odluke u upravnom sporu donose suci pojedinci, a u nekim slučajevima čak i da samostalno rješavaju sporove. Tako suci pojedinci, čak i kada spor vodi vijeće, u pravilu donose odluke o urednosti i dopuštenosti tužbe, o prekidu ili obustavi spora, o zahtjevu za obnovom spora ili povratom u prijašnje stanje, o troškovima spora i sl. Sucima pojedincima često se povjerava i rješavanje tzv. „jednostavnih“ upravnih sporova. Rješavanje upravnih sporova sucima pojedincima nekad je povjereno zakonom, a ponekad ovisi o procjeni sudskoga vijeća ili čak samoga suca pojedinca. Međutim, rješavanje upravnih sporova po sucu pojedincu dopušteno je samo pred sudovima prvoga stupnja, a ne i pred hijerarhijski višim sudovima. U Češkoj je primjerice sudac pojedinac ovlašten rješavati sporove u točno određenim upravnim područjima, kao što su socijalna skrb, zdravstveno osiguranje, mirovinsko osiguranje i sl. Sudac pojedinac u Poljskoj je ovlašten rješavati sporove u kojima se ne vodi usmena rasprava, a koji su također utvrđeni zakonom. U Francuskoj sudac pojedinac rješava sporove samo u „najjednostavnijim slučajevima“, dok u Italiji rješava sporove u predmetima od iznimne žurnosti. U Njemačkoj ova ovlast ne proizlazi iz zakona već iz odluke vijeća, koje, kada smatra da je predmet jednostavan za rješavanje, isti ustupa jednom od svojih članova koji tada o predmetu odlučuje kao sudac pojedinac.

⁹² Takav je slučaj primjerice u Francuskoj. O tomu vidi Šikić, Marko, Staničić, Frane, Sastav suda u upravnom sporu – s posebnim osvrtom na odlučivanje suca pojedinca, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 51., br. 2., 2014., str. 369-370. O sastavu suda pri rješavanju upravnih sporova u Njemačkoj posebno vidi u Đerđa, Dario, Neka rješenja novog uređenja upravnog spora u Hrvatskoj, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 47., br. 1., 2010., str. 77-79. O svemu ovome Đerđa, Dario, *Upravni spor*, Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka, 2017., str. 52-56.

U Nizozemskoj, za razliku od prije prikazanih sustava, sudac pojedinac proučava tužbu, pa ako procijeni kako je korisno da slučaj riješi vijeće, prosljeđuje mu ga na rješavanje. U protivnom, spor rješava sam. No, u najvećem broju država koje propisuju takav način rješavanja sporova, npr. u Francuskoj, Njemačkoj, Belgiji, Estoniji, Litvi i sl., sudac pojedinac ovlašten je, ako utvrdi kako spor koji bi trebao riješiti izaziva kakve dvojbe, otvara složena pitanja ili traži raspravu, ponovno ga uputiti na rješavanje vijeću.⁹³

Rješavanje prvostupanjskih upravnih sporova isključivo po sucu pojedincu u Europi je danas iznimka. Prisutno je još samo u Bugarskoj te uvjetno u Rumunjskoj i Hrvatskoj.⁹⁴ Upravne sporove u upravnim sudovima u Hrvatskoj rješavaju suci pojedinci od prosinca 2012. godine.⁹⁵ S obzirom na stav izražen u pravnoj literaturi da je kvaliteta presude donesene u upravnom sporu odnosno njezina održivost u postupku preispitivanja po žalbi ili izvanrednim pravnim lijekovima, neraskidivo povezana s rješavanjem spora pred sudskim vijećem sastavljenim od više članova, ovo zakonsko rješenje izaziva skepsu u znanstvenim i stručnim krugovima.⁹⁶ S druge strane, Visoki upravni sud uvijek odlučuje u vijeću sastavljenom od tri suca, pa čak i kada rješava upravne sporove u prvome stupnju.⁹⁷ U proširenom vijeću koje se sastoji od pet sudaca odlučuje samo u postupcima ocjene zakonitosti općeg akta jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravne osobe koja ima javnu ovlast odnosno pravne osobe koja obavlja javnu službu.⁹⁸

Ako se uspoređi sustav rješavanja upravnih sporova putem sudskoga vijeća i putem suca pojedinca, prednost se redovito daje sudskom vijeću. Isto pokazuju zakonska rješenja usvojena u najvećem broju europskih država. U prilog kolegijalnom odlučivanju, tj. odlučivanju putem sudskoga vijeća, ističe se da je više osoba sposobnije uočiti sve elemente spora negoli jedna osoba. Nadalje,

⁹³ Vidi Šikić, Staničić, op. cit., str. 369-376.

⁹⁴ U prvom stupnju upravne sporove rješava sudac pojedinac i u Rumunjskoj. No kada se prvostupanjski spor vodi pred žalbenim sudom tada spor rješava vijeće sastavljeno od dva suca, pa se Rumunjska ipak ne može svrstati u države u kojima sve prvostupanjske sporove rješava sudac pojedinac. Šikić, Staničić, op. cit., str. 376.

⁹⁵ Do tada su upravni sudovi sporove rješavali u vijećima sastavljenim od tri suca, osim ako je *Zakonom o upravnim sporovima* bilo izričito propisano da spor rješava sudac pojedinac. Prema prije važećim propisima sudac pojedinac rješavao je o tužbama protiv pojedinačne odluke javnopravnog tijela donesene neposrednim rješavanjem u upravnom postupku, osim ako je upravna stvar iz razloga javnog interesa neposredno riješena jer je to bilo nužno za poduzimanje hitnih mjera radi zaštite života i zdravlja ljudi ili imovine veće vrijednosti, o tužbama u predmetima koji se rješavaju temeljem pravomoćne presude donesene u oglednom sporu te o tužbama protiv postupanja ili zbog propuštanja postupanja javnopravnoga tijela. *Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima* odredbe o sastavu suda izmijenjene su koncem 2012. godine, nakon nepune godine dana njihove primjene.

⁹⁶ Vidi Đerđa, Dario, Galić, Ante, *Žalba u upravnom sporu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 51., br. 2., 2014., str. 358., Šikić, Marko, Čadenović, Ivana, *Sastav suda u upravnom sporu, Informator*, br. 6135-6137., 2012., str. 2., Šikić, Staničić, op. cit., str. 387., Staničić, Frane, *Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima, Informator*, br. 6092-6093., 2012., str. 1. te Staničić, Frane, *Kamo vodi „mini reforma“ upravnog sudovanja u Republici Hrvatskoj, Informator*, br. 6131., 2012., str. 1-2.

⁹⁷ Time sastav suda pri rješavanju upravnih sporova u Hrvatskoj ima velike sličnosti s rumunjskim sustavom.

⁹⁸ Članak 14. *Zakona o upravnim sporovima*, Narodne novine, br. 20/10., 143/12., 152/14. i 29/17..

članovi vijeća ujedinjeni u jedinstvenu zajednicu odlučivanja, raspolažu većim znanjem negoli sudac pojedinac. Članovi vijeća kontrolirajući i ispravljajući jedan drugoga, pružaju jamstvo da će njihova odluka biti razborita, objektivna, promišljena i pravična. Stoga se u pravnoj literaturi ističe kako bi odlučivanju u vijeću trebalo dati prednost kao radnoj metodi u obavljanju svih važnih državnih i društvenih poslova. Kao nedostaci sustava odlučivanja u vijeću ističu se njegova sporost, skupoća i umanjeње osjećaja osobne odgovornosti članova vijeća. Sudac pojedinac je brži i učinkovitiji te ima jače razvijen osjećaj za odgovornost. No, on je podložniji subjektivnom i pristranom postupanju te nema sposobnost uočiti ono što može opaziti skupina promatrača.⁹⁹

Iz svega se daje zaključiti kako je rješavanje upravnih sporova po sucu pojedincu u određenim ili jednostavnijim predmetima, kao i predmetima koji se moraju hitno riješiti, opravdano i potrebno. Međutim, propisivanje rješavanja svih upravnih sporova pred upravnim sudovima isključivo po sucu pojedincu može utjecati na ispravnost donesene sudske odluke i kvalitetu njezine argumentacije. Rješavanje nekih upravnih sporova u vijeću jamči višu kvalitetu sudske presude, viši nivo zaštite prava stranaka, općenitu zaštitu objektivne zakonitosti te kvalitetniji nadzor nad javnopravnim tijelima, pa tako i kvalitetniji rad javnopravnih tijela uopće.¹⁰⁰ Stoga se čini kako u Hrvatskoj postoji odgovarajući prostor za jačanje legitimnosti upravnosudskih odluka, pa tako i legitimnosti upravnih sudaca.

6. ZAKLJUČAK

Stupanj razvoja pravnoga sustava neke države nerijetko se mjeri oživotvorenjem vladavine prava, ali i povjerenjem građana u institucije državne, područne ili lokalne vlasti. Legitimnost sudaca ovdje zauzima posebno važno mjesto, jer pravni sustav bez kvalitetne pravne zaštite i jamstva izvršenje sudskih odluka ne ostvaruje svoju inicijalnu svrhu. Stoga je jedna od važnih zadaća svake države osigurati legitimnost sudaca, postupkom njihova imenovanja, stalnošću sudske funkcije, neovisnošću sudaca o drugim tijelima i osobama u zakonodavnoj i izvršnoj vlasti, zabranom arbitrarnog razrješenja sudaca, ali i sudskim imunitetom te izuzećem sudaca u slučajevima kada njihova nepristranost bilo čime može biti dovedena u pitanje. Konačno, posebno važnim čini se i mehanizam praćenja obavljanja pravosudne funkcije u državi, čemu u prvome redu doprinosi i vrednovanje rada sudaca. Stoga, države moraju posebnu pozornost voditi upravo o ovim pitanjima, kako na normativnoj tako i na provedbenoj razini.

Republika Hrvatska izgradila je sveobuhvatan i kvalitetan normativni okvir koji udovoljava zahtjevima postavljenim ustavom i najvažnijim međunarodnim dokumentima koji se odnose na funkcioniranje sudske vlasti. Određene nelogičnosti

⁹⁹ Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 223.

¹⁰⁰ Šikić, Staničić, op. cit., str. 386-387.

dadu se uočiti u provedbi pravnoga okvira, primjerice pri vrednovanju rada sudaca, u kojem slučaju nerazmjerno velik broj sudaca biva ocjenjen najvišom ocjenom, dok se neke propisane ocjene gotovo niti ne koriste. Također, sporno je i uređenje sastava suda koji na upravnim sudovima odlučuje o upravnim sporovima, tj. isključivo rješavanje sporova po sucima pojedincima. Ovo je posebno važno jer upravni spor ne predstavlja prvi korak u odlučivanju o nekoj upravnoj stvari, već spor o zakonitosti upravnoga odlučivanja. K tome, u nekim upravnim predmetima u upravnom postupku odlučuju višečlana kolegijalna tijela sastavljena od stručnjaka različitih profesija, a što značajno otežava ulogu upravnoga suca u procjeni je li materijalno pravo pravilno protumačeno i primijenjeno na činjenično stanje. Iz svega se može zaključiti kako legitimnost sudaca u Hrvatskoj, zakonodavnim intervencijama, ali i promjenom postojeće prakse u primjeni nekih instituta, u budućnosti može biti dodatno ojačana.

PRAVNI IZVORI

1. Bosna i Hercegovina, *Zakon o sudovima u Federaciji Bosne i Hercegovine*, Službene novine, br. 38/05., 22/06. i 63/10.
2. Bosna i Hercegovina, *Zakon o Visokom sudskom i tužilačkom vijeću Bosne i Hercegovine*, Službeno glasilo, br. 25/04., 93/05. i 15/08.
3. Crna Gora, *Ustav Crne Gore*, dostupno na: <http://www.skupstina.me/images/dokumenti/ustav-crne-gore.pdf> (05.07.2018.).
4. Češka Republika, *Constitution of the Czech Republic*, Constitutional Law No. 1/93. Coll. as amended by Act No. 347/97. Coll. 300/00. Coll., 448/01. Coll., 395/01. Coll., 515/02. Coll. and 319/09. Coll.
5. Europska unija, *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Official Journal, C 83, 30.3.2010.
6. Europski sud za ljudska prava, *Predmet Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva od 28 lipnja 1984. godine*, zahtjev br. 7511/76 i 7743/76, dostupno na: <https://www.legal-tools.org/en/browse/record/3ec23b/> (20.07.2018.)
7. Europski sud za ljudska prava, *Predmet Sramek protiv Austrije od 22. listopada 1984. godine*, zahtjev br. 8790/79, dostupno na: <https://www.legal-tools.org/en/browse/record/de30a4/> (20.07.2018.)
8. Francuska, Republika, *France's Constitution of 1958 with Amendments through 2008*, Constitute, Paris, 2018.
9. Hrvatska, Republika, *Metodologija izrade ocjene obnašanja sudačke dužnosti*, dostupno na: http://www.dsv.pravosudje.hr/index.php/dsv/novosti/metodologija_izrade_ocjene_sudaca (05.07.2018.)
10. Hrvatska, Republika, *Okvirna mjerila za rad sudaca*, dostupno na: <https://pravosudje.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/Pravo%20na%20pristup%20informacijama/Zakoni%20i%20ostali%20propisi/Okvirna%20mjerila%20za%20rad%20sudaca.pdf> (05.07.2018.)

11. Hrvatska, Republika, *Ustav Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 56/90, 135./97, 113/00., 28/01., 76/10. i 5/14.
12. Hrvatska, Republika, *Ustavni zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 99/99. i 29/02.
13. Hrvatska, Republika, *Zakon o Državnom sudbenom vijeću*, Narodne novine, br. 116/10., 57/11., 130/11., 13/13., 28/13. i 82/15.
14. Hrvatska, Republika, *Zakon o kaznenom postupku*, Narodne novine, br. 152/08., 76/09., 80/11., 91/12., 143/12., 56/13., 145/13., 152/14. i 70/17.
15. Hrvatska, Republika, *Zakon o parničnom postupku*, Službeni list SFRJ, br. 4/77., 36/77., 36/80., 6/80., 69/82., 43/82., 58/84., 74/87., 57/89., 20/90., 27/90. i 35/91. te Narodne novine, br. 53/91., 91/92., 112/99., 129/00., 88/01., 117/03., 88/05., 2/07., 96/08., 84/08., 123/08., 57/11., 25/13. i 89/14.
16. Hrvatska, Republika, *Zakon o Pravosudnoj akademiji*, Narodne novine, br. 153/09., 127/10. i 82/15.
17. Hrvatska, Republika, *Zakon o sudovima*, Narodne novine, br. 28/13., 33/15., 82/15. i 82/16.
18. Hrvatska, Republika, *Zakon o upravnim sporovima*, Narodne novine, br. 20/10., 143/12., 152/14. i 29/17.
19. Mađarska, Republika, *Constitution of Hungary*, dostupno na: <http://www.parliament.am/library/sahmanadrutyunner/hungaria.pdf> (06.07.2018.)
20. Makedonija, Republika, *Ustav na Republika Makedonija*, Ministarstvo za pravda, Skopje, 2006.
21. Njemačka, Savezna Republika, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Bundesgesetzblatt, I s. 686/1991., I s. 1010/2008.
22. Poljska, Republika, *Ustava Republike Poljske, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997*, Dziennik Ustaw nr 78 poz.
23. Portugal, Republika, *Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro*, Diário da República n. 42/02., Série I-A
24. Savjetodavno vijeće europskih sudaca, *Mišljenja br. 17. (2014.) o vrednovanju sudačkog rada, kvaliteti sudbenog sustava poštivanju sudačke neovisnosti*, dostupno na: http://www.uhs.hr/data_sve/docs/CCJE-MISLJENJE_BROJ_17.pdf (20.06.2018)
25. Slovenija, Republika, *Ustava Republike Slovenije, Ustava Republike Slovenije*, Uradni list, št. 33/91., 42/97., 66/00., 24/03., 69/04., 68/06., 47/13. i 75/16.
26. Slovenija, Republika, *Zakon o sodniški službi*, Uradni list, št. 94/07., 91/09., 33/11., 46/13., 63/13., 69/13., 95/14., 17/15. i 23/17.
27. Srbija, Republika, *Pravilnika o kriterijima, mjerilima, postupku i organima za vrednovanje rada sudaca i predsjednika sudova*, Službeno glasilo, br. 81/14., 142/14., 41/15. i 7/16.
28. Srbija, Republika, *Ustav Republike Srbije*, dostupno na: <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/sr-Latn-CS/70-100028/ustav-republike-srbije> (12.07.2018.).
29. Srbija, Republika, *Zakon o sudijama*, Službeno glasilo, br. 116/08., 58/09., 104/09., 101/10., 8/12., 121/12., 124/12., 101/13., 111/14., 117/14., 40/15., 63/15. i 106/15.

30. Talijanska Republika, *Constitution of the Italian Republic*, Senato della Repubblica, Rome, 2012.
31. Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka U-III-4818/2015 od 28. siječnja 2016. godine, dostupno na: http://www.iusinfo.hr/CaseLaws/Content.aspx?SOPI=USRH2015B4818AIII&Doc=USTSUD_HR (06.07.2018.),
32. Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka U-III-4631/2015 od 1. lipnja 2016. godine, dostupno na: http://www.iusinfo.hr/CaseLaws/Content.aspx?SOPI=USRH2015B4631AIII&Doc=USTSUD_HR (06.07.2018.)
33. Venece Commission, *Draft Report on the Indenpendence of Judicial System: Part I: Indenpendence of Judges*, Council of Europe, Strasbourg, 2009.
34. Vijeće Europe, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/97., 6/99., 8/99., 14/02. i 1/06.

LITERATURA

1. Ardigo, Achille, the moral question and legitimation, *Current Sociology*, no. 2. 1987.
2. Bedner, Adriaan, An Elementary Approach to the Rule of Law, *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 2., no. 1., 2010.
3. Blažević, Robert, *Politički poreci i legitimitet*, Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka, 1995.
4. Bourricaud, Francois, legitimay and Legitimization, *Current Sociology*, no. 2, 1987.
5. Craig, Paul, Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework, *Public Law*, 1997.
6. Dodik, Božidarka, Vrednovanje rada sudija u Bosni i Hercegovini, *Sveske za javno pravo*, god. 7., Decembar 2016.
7. Dux, Günter, *Strukturwandel der Legitimation*, Verlag Karl Alber, Freiburg, 1976.
8. Đerđa, Dario, Izvršenje upravnosudskih odluka u hrvatskom i usporednom pravu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 52, br. 1., 2015.
9. Đerđa, Dario, Neka rješenja novog uređenja upravnog spora u Hrvatskoj, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 47., br. 1., 2010.
10. Đerđa, Dario, *Upravni spor*, Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka, 2017.
11. Đerđa, Dario, Galić, Ante, Žalba u upravnom sporu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 51., br. 2., 2014.
12. Habermas, Jürgen, Legitimität durch Legaliät, *Kritische Justiz*, no. 1., 1987.
13. Hayek, Friedrich A., *Politički ideal vladavine prava*, Školska knjiga, Zagreb, 1994.
14. Horvat, Božidar, Upravni spor od podnošenja tužbe do izvršenja – sporna pitanja u praksi, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 52., br. 1., 2015.
15. Krapac, Davor, Neovisnost sudaca kao postulat pravne države: njemačka iskustva, hrvatski problemi, *Politička misao*, vol 34., br. 1., 1997.
16. Kontrec, Damir, Vrednovanje rada sudaca: iskustva iz prakse u Republici Hrvatskoj, *Sveske za javno pravo*, god. 7., Decembar 2016.,
17. Kregar, Josip, Legitimnost prava, *Studia lexicographica*, god. 5., br. 1., 2011.

18. Krippendorff, Ekkehart, Legitimität als Problem der Politikwissenschaft, *Zeitschrift für Politik*, vol. 9., no. 1., 1962.
19. *La justice administrative en Europe*, Conseil d'etat, Université de Limoges, Paris, 2007.
20. Luhmann, Niklas, *Legitimation durch Verfahren*, Herman Luchterhand Verlag, Darmstadt, 1975.
21. Ljubanović, Boris, Pošteno suđenje kao temelj sudačke etike, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 49., br. 3., 2012.
22. Ljubanović, Boris, Sudačka neovisnost u Republici Hrvatskoj, *Sudije u pravnom sistemu*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2013.
23. Maganić, Aleksandra, Pravna sredstva protiv neučinkovitog suca, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 30., br. 1., 2009.
24. Marmor, Andrei, The Rule of Law and Its Limits, *Law and Philosophy*, vol. 23., no. 1., 2004.
25. Orlović, Slobodan, Stalnost sudske funkcije vs. Opšti reizbor sudija u Republici Srbiji, *Analiza Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, vol. 58., br. 2., 2010.
26. Padjen, Ivan, Vladavina prava: a: perspektive i problemi; prilog pojašnjavanju zadataka pravne znanosti, *Dometi*, god. 22., br. 5., 1989.
27. Pejić, Irena, Institucionalne garancije nezavisnog sudstva: Visoki savet sudstva, *Sudije u pravnom sistemu*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2013.
28. Petrov, Vladan, Izbor sudija usporedno i u Republici Srbiji – predlozi za promenu Ustava, *Sudije u pravnom sistemu*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2013.
29. Pogačnik, Marijan, Vrednovanje rada sudija u Republici Sloveniji, *Sveske za javno pravo*, vol. 8., Jun 2017.
30. *Politička enciklopedija*, Savremena administracija, Beograd, 1975.
31. *Pravni leksikon*, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007.
32. Rajko, Alen, Izvršenje odluka upravnih sudova nakon druge Novele Zakona o upravnim sporovima, *Informator*, br. 6347., 2015.
33. Rajko, Alen, Razlozi neizvršenja odluka upravnog suca i sredstva pravne zaštite u slučaju neizvršenja, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 52., br. 1., 2015.
34. Scalia, Antonin, The Rule of Law as a Law of Rules, *University of Chicago Law Review*, vol. 56., no. 4., 1989.
35. Shetreet, Shimon, *Judges on Trial: A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciari*, North-Holland, Amsterdam, 1976.
36. Simović, Darko, Institucionalna jamstva sudijske (ne)zavisnosti u Republici Srbiji, *Sudije u pravnom sistemu*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2013.
37. Smerdel, Branko, *Ustavno uređenje europske Hrvatske*, Narodne novine, Zagreb, 2013.
38. Staničić, Frane, Kamo vodi „mini reforma“ upravnog sudovanja u Republici Hrvatskoj, *Informator*, br. 6131., 2012.
39. Staničić, Frane, Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima, *Informator*, br. 6092-6093., 2012.

40. Stanković, Marko, Sudska vlast u Ustavu Srbije od 2006. – kritički pogled, *Sudije u pravnom sistemu*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2013.
41. Šikić, Marko, Čađenović, Ivana, Sastav suda u upravnom sporu, *Informator*, br. 6135-6137., 2012.
42. Šikić, Marko, Ofak, Lana, Pravo na izvršenje upravnosudskih odluka kao jamstvo poštenog suđenja, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 52., br. 1., 2015.
43. Šikić, Marko, Staničić, Frane, Sastav suda u upravnom sporu – s posebnim osvrtom na odlučivanje suca pojedinca, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 51., br. 2., 2014.
44. Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004.
45. Uzelac, Alan, Zavisnost i nezavisnost: neka komparativna iskustva i prijedlozi uz položaj sudstva u Hrvatskoj, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, god. 42., Suppl. 4., 1992.
46. Vidaković Mukić, Marta, *Opći pravni rječnik*, Narodne novine, Zagreb, 2006.
47. Visković, Nikola, O legitimnosti, *Pravo i društvo*, sv. I., JAZU, Zagreb, 1982.
48. Visković, Nikola, *Teorija prava i države*, Birrotehnika, Zagreb, 2001.
49. Zakošek, Nenad, Problem legitimnosti vlasti, *Politička misao*, vol. 26., br. 4., 1989.
50. Zedler, Hans-Peter, *Zur Logik von Legitimations-problemen*, Köstel-Verlag, München, 1976.

RÉSUMÉ:

ÉTAT DE DROIT ET LÉGITIMITÉ DES JUGES ADMINISTRATIFS

L'article scientifique analyse le lien entre l'État de droit et la légitimité des juges, en mettant un accent particulier sur les juges administratifs en République de Croatie. Les auteurs soulignent que l'État de droit et la légitimité représentent des valeurs fondamentales de tout ordre démocratique moderne. La légitimité du pouvoir judiciaire dépend principalement de la confiance des citoyens dans la légalité, l'impartialité et la compétence des juges. L'État de droit implique que toutes les personnes ainsi que les institutions publiques soient soumises à la loi, tandis que la légitimité désigne l'acceptation volontaire de l'ordre juridique et des décisions prises conformément aux procédures prévues par la loi. Les auteurs mettent également en avant l'importance du procès équitable, de la sécurité juridique et de l'égalité devant la loi comme éléments essentiels du système juridique contemporain. La partie centrale de l'étude est consacrée à l'indépendance des juges, considérée comme une condition essentielle de la légitimité du pouvoir judiciaire. Les auteurs expliquent que cette indépendance suppose l'absence d'influences politiques ou extérieures, mais aussi l'existence de mécanismes garantissant l'impartialité et la responsabilité des magistrats. Le cadre constitutionnel et législatif croate prévoit ainsi la permanence de la fonction judiciaire, l'interdiction des mutations arbitraires, l'immunité des juges ainsi qu'une formation professionnelle continue assurée notamment

par l'Académie judiciaire. Ces garanties visent à renforcer les compétences professionnelles, les qualités morales et la crédibilité des juges, contribuant ainsi à accroître la confiance du public envers la justice. Enfin, l'article examine également la procédure de nomination des juges et l'évaluation de leur travail comme facteurs importants de la légitimité judiciaire. Les auteurs concluent que la légitimité des juges ne résulte pas uniquement de leur nomination officielle, mais aussi de la qualité des décisions rendues, de leur exécution effective et de la perception des citoyens selon laquelle les tribunaux sont indépendants, équitables et efficaces. Une attention particulière est accordée aux juridictions administratives, dont le rôle est fondamental dans le contrôle de la légalité de l'administration publique et dans la protection des droits des citoyens.

Martine de Boisdeffre*

1987-2017 OU LA REFONDATION DE LA JURIDICTION DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE EN FRANCE

UDK: 342 (44)
Priljeno: 1. 12. 2017.
Izvorni znanstveni rad

INTRODUCTION

«Le destin vend ce que, croyons-nous, il donne», dit un proverbe. C'est vrai aussi du destin d'une institution, qui n'est pas seulement forgée par le cours d'une histoire qu'elle subirait passivement mais qui peut «prendre elle-même la responsabilité de sa propre réforme»¹.

L'histoire de la juridiction administrative française ne doit d'ailleurs rien au hasard ; elle est plutôt le fruit d'une série d'entreprises volontaristes qui forment autant d'étapes d'une construction d'ensemble : la loi des 16 et 24 août 1790 institue la séparation des autorités administratives et judiciaires² ; la constitution³ du 13 décembre 1799⁴ crée le Conseil d'Etat, celle du 17 février 1800⁵, les conseils de préfecture, ancêtres des tribunaux administratifs⁶ ; la loi du 24 mai 1872 reconnaît au Conseil d'Etat le pouvoir de statuer *souverainement* en matière contentieuse⁷ ; l'arrêt du 8 février 1873 du Tribunal des conflits *Blanco* fait figure «d'acte de naissance» du droit administratif⁸.

* Présidente de la Section du rapport et des études du Conseil d'État

¹ Discours d'installation de l'ancien vice-président Marceau Long, 26 février 1987, cité dans P. Gonod, *Le Conseil d'Etat et la refondation de la justice administrative*, Paris, Dalloz, 2014, p. 21.

² Cette loi consacre ainsi une tradition plus ancienne, née sous l'Ancien Régime dans le contexte de l'affrontement entre le pouvoir royal et les parlements, juridictions ordinaires, dont témoigne la mise en garde adressée par le roi Louis XIII au parlement de Paris en 1632 dans ces termes: «vous n'êtes établis que pour juger entre maître Pierre et maître Jean». De même, selon l'Edit de Saint-Germain de 1641, les cours ne sont établies que pour rendre la justice aux sujets et il leur est fait «très expresses inhibitions et défenses» de connaître, à l'avenir, d'affaires qui concernent l'Etat. La séparation entre justice ordinaire et administration est dès lors posée.

³ Article 52 de cette constitution.

⁴ 22 frimaire an VIII dans le calendrier révolutionnaire.

⁵ 28 pluviôse an VIII dans le calendrier révolutionnaire.

⁶ Créés par le décret n°53-934 du 30 septembre 1953.

⁷ Au lieu de se borner à conseiller une solution au pouvoir exécutif.

⁸ Dans la mesure où il affirme le principe de liaison de la compétence et du fond qui justifie l'existence du juge administratif et sa compétence par la volonté d'appliquer à l'administration un droit autonome.

La juridiction administrative française fête cette année le trentième anniversaire d'un autre événement marquant: le 31 décembre 1987 était adoptée la loi créant les cours administratives d'appel, qui n'a pas seulement instauré un échelon supplémentaire mais «posa un cadre au sein duquel s'est redéployée dans la durée la juridiction administrative»⁹.

Pour évoquer une telle refondation de la juridiction administrative, il n'est pas beaucoup d'endroits dans le monde qui soient plus appropriés que Split. Comme l'a écrit le professeur Gjidara, «si les membres du Conseil d'Etat ont aujourd'hui retrouvé le chemin de Split, ils renouent avec l'histoire, car nombre de leurs prédécesseurs ont été envoyés de Paris par Napoléon, en Istrie, en Dalmatie, notamment à (...) Split pour vérifier comment la justice était rendue et l'état de l'administration sur place»¹⁰. Cette ville est donc liée aux origines de la juridiction administrative française et à l'ambition qui, dès cette époque, la caractérise : celle de faire figure de modèle¹¹. Elle est aussi liée à l'actualité de cette juridiction, grâce aux échanges vivants que, plus de deux siècles plus tard, nous entretenons, et auxquels ces journées franco-croates contribuent.

Depuis la loi du 31 décembre 1987, adoptée à l'initiative du vice-président Marceau Long à qui je veux rendre solennellement hommage et créant les cours administratives d'appel¹², la juridiction administrative française s'est réformée en profondeur, donnant naissance à un ordre juridictionnel (I), à *une* justice administrative (II) qui demeure en mouvement (III).

I. UN ORDRE JURIDICTIONNEL ADMINISTRATIF

Relevant le défi de sa diversification interne induite par la création des cours administratives d'appel en 1987 (A), la juridiction administrative a su construire l'unité de l'ordre juridictionnel qu'elle forme depuis (B) et en gagner la reconnaissance institutionnelle (C).

⁹ J.-M. Sauvé, «Administrer la juridiction administrative», *Le service public, Mélanges Marceau Long*, Paris, Dalloz, 2016, p. 411.

¹⁰ M. Gjidara, «L'ouverture de la Croatie aux influences françaises dans l'ordre juridique et institutionnel», Rapport présenté au Colloque international organisé par l'Université Paris Sorbonne et l'Académie croate des sciences et des arts, sur «La Croatie et la France – la Croatie et l'Europe: rapports intellectuels et culturels entre la Croatie et la France à travers l'histoire», les 6 et 7 décembre 2012, à la Sorbonne, p. 859.

¹¹ Dès l'origine, la juridiction administrative, avec son particularisme tenant à ce qu'elle s'inscrit dans une dualité de juridiction et exerce une double mission, consultative et juridictionnelle (B. Stirn et Y. Aguila, *Droit public français et européen*, Paris, Dalloz, p. 525-526), s'est exportée, dans le sillage des conquêtes militaires de son fondateur, Napoléon Bonaparte, et de la création d'Etats vassaux ou satellites de la France; c'est pourquoi il existe des «pays à Conseil d'Etat» (A. Gaillet, «Le Conseil d'Etat français: histoire d'une exportation difficile en Europe», *RFDA* 2013, p. 793; M. Gjidara, précité).

¹² J.-M. Sauvé, «Administrer la juridiction administrative», *Le service public, Mélanges Marceau Long*, Paris, Dalloz, 2016, p. 411: cette loi «posa un cadre au sein duquel [la juridiction administrative] s'est redéployée dans la durée».

A La diversification interne de la juridiction administrative par la création des cours administratives d'appel

1987 est l'année de la création des cours administratives d'appel pour répondre à l'accroissement du contentieux administratif (1) ; elle a introduit au sein de la juridiction administrative une diversité (3) nouvelle (2).

1. La création des cours administratives d'appel pour répondre à l'accroissement du contentieux administratif

La loi du 31 décembre 1987 décide de la création de juridictions d'un type nouveau, les cours administratives d'appel¹³, en vue de leur transférer des contentieux qui jusqu'alors relevaient du Conseil d'Etat.

Elle visait à apporter une réponse au problème de l'encombrement du Conseil d'Etat¹⁴. Il fallait sauver ce dernier de l'«étouffement»¹⁵, l'«embolie» menaçant sa section du contentieux¹⁶ en raison d'une forte croissance du contentieux administratif.

Ce sont deux projets de réforme très différents qui avaient été initialement envisagés, dans les années 1980, en vue d'augmenter la capacité de jugement, mais ils avaient échoué: celui de la création de «référéndaires» qui auraient assisté les rapporteurs au Conseil d'Etat¹⁷, et celui de la création de «chambres adjointes» à ce dernier¹⁸. Ces alternatives auraient permis de maintenir - du moins en apparence -, l'unité de la juridiction administrative telle qu'elle existait avant 1987.

2. L'unité de la juridiction administrative avant 1987

Avant 1987, la juridiction administrative était caractérisée par son unicité, sa faible diversité interne. Certes, dès l'origine, il a existé d'autres juridictions administratives que le Conseil d'Etat, qui n'a jamais été juge de premier et dernier ressort dans toutes les matières: pendant près d'un siècle, l'administration s'est jugée elle-même en première instance, même après la consécration de l'indépendance du Conseil d'Etat par la loi du 24 mai 1872¹⁹. Par ailleurs, il existe des juridictions

¹³ Elles ont été mises en place à compter du 1er janvier 1989. À l'origine, elles ont été au nombre de cinq ; elles sont huit aujourd'hui.

¹⁴ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13ème édition, Paris, Montchrestien, 2008, n°91.

¹⁵ D. Chabanol, «Les cours administratives d'appel et le Conseil d'Etat», *AJDA* 2008, p.1258, évoquant leur «l'impact statistique évident qui a permis à notre juge suprême d'échapper à la crise qui le menaçait».

¹⁶ J.-M. Sauvé, «Administrer la juridiction administrative», précité.

¹⁷ Le projet de loi fut déposé sur le bureau du Sénat en septembre 1981 puis retiré par le gouvernement le 17 décembre 1981 devant l'hostilité de l'Assemblée nationale.

¹⁸ Ces chambres adjointes auraient été composées de membres du Conseil d'Etat et des tribunaux administratifs ainsi que, à titre transitoire, d'autres fonctionnaires ; elles auraient statué au nom du Conseil d'Etat sans y être intégrées. Le projet fut déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale en novembre 1985 mais rencontra l'hostilité du Sénat et fut abandonné après le changement politique induit par les élections législatives du 16 mars 1986.

¹⁹ C'est-à-dire de la création du Conseil d'Etat en 1799 jusqu'à l'abandon de la théorie du ministre-juge par l'arrêt *Cadot* du 13 décembre 1889.

administratives spécialisées dont certaines sont fort anciennes²⁰. La création des conseils de préfecture – ancêtres des actuels tribunaux administratifs –, par la loi du 28 Pluviôse an VIII²¹, a suivi de peu celle du Conseil d'Etat lui-même. Les juridictions administratives spécialisées relèvent du contrôle du Conseil d'Etat en *appel* et parfois en *cassation*²².

En 1953, les tribunaux administratifs ont été créés comme juges de première instance de droit commun du contentieux administratif²³. Le Conseil d'Etat, lorsqu'il était saisi de leurs jugements, rejugait l'affaire, en fait comme en droit, en sa qualité de juge d'appel, de juge du fond.

1987 marque, de ce point de vue, le début d'une ère nouvelle, celle d'une diversification interne de la juridiction administrative.

3. Une diversité nouvelle de la juridiction administrative à compter de 1987

La création des cours administratives d'appel fait figure d'« innovation absolue » : auparavant, il n'avait « jamais existé de juridictions autres que le Conseil d'Etat ayant compétence pour statuer en appel en matière de contentieux général, c'est-à-dire de juridictions analogues aux cours d'appel de l'ordre judiciaire » ; cette réforme transforme la juridiction administrative en « une structure à trois étages » à l'instar de ce dernier²⁴.

La création des cours a profondément modifié la fonction du Conseil d'Etat, dès lors qu'elle a induit, dans les contentieux transférés, la transformation de ce dernier en juge de cassation, qui à la différence d'un juge d'appel dans sa fonction de réformation²⁵, ne rejuge pas le litige car il « n'est pas appelé à juger les procès, mais seulement à se prononcer sur la légalité des décisions qui les jugent »²⁶.

²⁰ La plus ancienne est la Cour des comptes, créée par la loi du 16 septembre 1807. On peut encore mentionner les juridictions universitaires statuant disciplinairement.

²¹ Les décrets-lois des 6 et 26 septembre 1926 leur ont substitué les conseils de préfecture interdépartementaux. Ces organes disposaient d'une compétence d'attribution en premier ressort (les litiges relatifs aux contributions directes, aux marchés publics, aux réclamations de particuliers contre des entrepreneurs de travaux publics à l'encontre de ces derniers, ...).

²² L'appel est une voie de recours qui n'est ouverte que si elle est instituée par un texte alors que la cassation est ouverte contre toute décision juridictionnelle, même dans le silence des textes (CE, 7 février 1947, *D'Aillières*) : ainsi du recours contre les décisions prises par le conseil supérieur de la magistrature lorsqu'il statue comme conseil de discipline des magistrats du siège (CE, 12 juillet 1969, *L'Etang*, n° 72480).

²³ Succédant aux conseils de préfecture et au tribunal administratif de Strasbourg - qui avait été institué après la première guerre mondiale dans les départements recouvrés par la France.

²⁴ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n°87.

²⁵ Cette fonction est distincte de celle consistant à contrôler la régularité des jugements et elle a « le plus de relief », car elle constitue la « raison d'être de l'appel » (R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n°1332). Le juge d'appel est saisi de tous les moyens invoqués en première instance à l'exception de ceux qui ont été expressément rejetés par le jugement attaqué et qui ne sont pas repris en appel (CE, 28 janvier 1987, *Association comité de défense des espaces verts*, n° 39146).

²⁶ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2ème édition, t. 2, Paris, Nancy, Berger-Levrault, 1896, p. 589.

L'importance de l'enjeu explique que la création des cours ne se soit pas faite sans réticences. En premier lieu, ce n'est qu'après l'échec des deux projets alternatifs que l'on s'est résolu à recourir à cette solution d'une «structure à trois étages», pourtant assez classique et naturelle, dès lors notamment que c'est celle de la justice judiciaire. En second lieu, le transfert de compétences du Conseil d'Etat vers les cours a été progressif. Le premier transfert, effectué dès le 1^{er} janvier 1989, a porté sur les appels formés dans la plupart des contentieux de pleine juridiction²⁷. Ce n'est que plus tard qu'ont été transférés les appels contre des jugements prononcés en matière d'excès de pouvoir. Ce transfert devait initialement être limité au contentieux de la légalité des actes non réglementaires²⁸. Il a été réalisé en trois temps, conformément au décret du 17 mars 1992 : le 1^{er} septembre 1992 ont été transférés les contentieux de l'urbanisme et de la fiscalité, le 1^{er} janvier 1994, celui de la fonction publique, le 1^{er} octobre 1995, le contentieux de l'excès de pouvoir restant. Mais ce dernier a finalement porté, non seulement sur les actes non réglementaires comme initialement prévu, mais encore, sur les actes réglementaires, la loi du 8 février 1995 ayant modifié sur ce point celle du 31 décembre 1987²⁹.

Aujourd'hui, le Conseil d'Etat demeure compétent en appel principalement dans trois domaines dans lesquels la rapidité du règlement définitif des litiges présente un intérêt particulier du point de vue de la bonne administration de la justice : les appels dirigés contre des décisions rendues «sur les recours sur renvoi de l'autorité judiciaire»³⁰, dans le contentieux des élections municipales et cantonales³¹ et en matière de référé-liberté³².

Mon collègue Daniel Chabanol a écrit que les cours ont démontré leur capacité «à assumer leur responsabilité de juge d'appel sans laisser s'écrouler le droit administratif» et que c'est la raison pour laquelle «le périmètre étroit et méfiant qui leur était dévolu par la loi du 31 décembre 1987 a pu si rapidement être étendu». Il

²⁷ Le plein contentieux est celui dans lequel le juge possède d'autres pouvoirs que ceux d'annuler un acte administratif, soit qu'il ait le pouvoir de réformer un tel acte, soit que son intervention n'ait pas pour objet de contrôler la légalité d'un acte, mais au contraire, de statuer sur des droits, résultant d'un contrat ou de la responsabilité extracontractuelle, par exemple.

²⁸ Article 1er de la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif. Les actes non réglementaires sont ceux qui n'ont pas une portée générale et impersonnelle mais visent des catégories de destinataires (s'agissant des décisions individuelle) ou des situations (s'agissant des actes mixtes ou décisions d'espèce) nommément identifiés.

²⁹ Article 75 de la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative modifiant la loi du 31 décembre 1987 précitée.

³⁰ Article R. 321-1 du code de justice administrative. Il s'agit de questions relevant de la compétence du juge administratif qui se posent à l'occasion d'un litige dont est compétemment saisi le juge judiciaire. Ce dernier peut alors être amené à surseoir à statuer pour procéder au renvoi d'une question préjudicielle au juge administratif.

³¹ Article R. 321-1 du code de justice administrative.

³² Article L. 523-1 du même code. Il faut ajouter qu'en application de la loi n°2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste du 21 juillet 2016, le juge des référés du Conseil d'Etat peut autoriser en appel de la décision du juge des référés du tribunal administratif l'autorité administrative à exploiter les systèmes informatiques ou les éléments terminaux saisis lors d'une perquisition administrative dans le cadre de l'état d'urgence.

constatait en 2007 que «l'aventure de vingt ans a conduit les cours à leur majorité, posées aux côtés du Conseil d'Etat non comme des adjuvants mais comme des équipiers»³³.

Toutefois, un garde-fou introduit par l'article 11 de la loi du 31 décembre 1987³⁴ a été conservé : en toute matière, le Conseil d'Etat peut évoquer une affaire après avoir annulé une décision rendue en dernier ressort pour «régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie». De plus, le juge suprême exerce une importante compétence en premier et dernier ressort³⁵. Il demeure donc pour partie un juge du fond et ne s'est pas transformé en «simple» cour régulatrice³⁶.

Il reste que la création des cours administratives d'appel marque une rupture dans l'histoire de la juridiction administrative, qui forme désormais un véritable ordre juridictionnel diversifié, structuré et hiérarchisé, soit un nouvel ensemble institutionnel dont il restait, en 1987, à construire l'unité.

B. La construction de l'unité du nouvel ordre juridictionnel

À compter de 1987, d'importants efforts ont été déployés pour construire l'unité du nouvel ordre juridictionnel, au moyen d'un lien organique avec le Conseil d'Etat

(1) et de la gestion par ce dernier de toutes les juridictions administratives de droit commun (2). Quelques illustrations de cette unité seront données (3).

³³ D. Chabanol, précité.

³⁴ Article 11 de la loi n°87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif, codifié à l'article L. 821-2 du code de justice administrative.

³⁵ Article R. 311-1 du code de justice administrative : «Le Conseil d'Etat est compétent pour connaître en premier et dernier ressort: 1° Des recours dirigés contre les ordonnances du Président de la République et les décrets ; 2° Des recours dirigés contre les actes réglementaires des ministres et des autres autorités à compétence nationale et contre leurs circulaires et instructions de portée générale ; 3° Des litiges concernant le recrutement et la discipline des agents publics nommés par décret du Président de la République en vertu des dispositions de l'article 13 (troisième alinéa) de la Constitution et des articles 1er et 2 de l'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'Etat ; 4° Des recours dirigés contre les décisions prises par les organes des autorités suivantes, au titre de leur mission de contrôle ou de régulation :- l'Agence française de lutte contre le dopage;- l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution ; - l'Autorité de la concurrence ; - l'Autorité des marchés financiers;- l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ; - l'Autorité de régulation des jeux en ligne;- l'Autorité de régulation des transports ferroviaires;- l'Autorité de sûreté nucléaire;- la Commission de régulation de l'énergie;- le Conseil supérieur de l'audiovisuel, sous réserve des dispositions de l'article R. 311-2;- la Commission nationale de l'informatique et des libertés;- la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique;- la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité ; 5° Des actions en responsabilité dirigées contre l'Etat pour durée excessive de la procédure devant la juridiction administrative; 6° Des recours en interprétation et des recours en appréciation de légalité des actes dont le contentieux relève en premier et dernier ressort du Conseil d'Etat; 7° Des recours dirigés contre les décisions ministérielles prises en matière de contrôle des concentrations économiques».

³⁶ M. Lévy, «Vers une nouvelle problématique relationnelle à l'intérieur de la juridiction administrative. D'un modèle monocratique à un modèle polycentrique?», *La loi du 28 pluviôse an VIII*, Paris, PUF 2000, p. 220. Selon l'auteur, le Conseil d'Etat est en partie devenu une «simple Cour régulatrice» mais reste bien plus que cela.

1. La présidence de chaque cour par un membre du Conseil d'Etat

Chaque cour administrative d'appel est présidée par un conseiller d'Etat³⁷. En raison de la double appartenance de leurs présidents, les cours se trouvent, à travers lui, rattachées au Conseil d'Etat, comme un démembrement de ce dernier. On a pu parler de maintien d'un «cordon ombilical» reliant les deux types de juridictions³⁸. Il s'agit d'un facteur de «remarquables liaisons d'ordre personnel» qui unissent les cours, mais aussi, à travers elles, les tribunaux de leur ressort, au Conseil d'Etat, au même titre que leur gestion par ce dernier.

2. La gestion des tribunaux et des cours par le Conseil d'Etat

On peut parler d'une «gestion intégrée»³⁹ des tribunaux et des cours par le Conseil d'Etat.

Tel n'a pas toujours été le cas. Initialement, le Conseil d'Etat s'auto-administrait, tandis que les tribunaux administratifs étaient gérés par le ministère de l'intérieur, même si le Conseil d'Etat est chargé, depuis 1945, d'une mission permanente d'inspection des juridictions administratives⁴⁰.

La loi du 31 décembre 1987 a décidé du transfert de la gestion au Conseil d'Etat. Ce transfert a été réalisé au 1^{er} janvier 1990 en ce qui concerne la gestion du corps des magistrats administratifs, et au 1^{er} janvier 1991 pour l'administration des moyens de fonctionnement et d'équipement des juridictions ainsi que la gestion des personnels de greffe⁴¹.

L'adoption de cette réforme au moment de la création des cours ne doit rien au hasard: le «besoin d'un pilotage global s'est naturellement renforcé» avec l'avènement de ce troisième étage⁴². D'ailleurs, le vice-président du Conseil d'Etat⁴³ et le président de la section du contentieux⁴⁴ de l'époque œuvrèrent personnellement en ce sens, car ils y voyaient le moyen de parachever l'unité de la juridiction administrative⁴⁵.

Aujourd'hui, le vice-président du Conseil d'Etat préside le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (CSTACAA)⁴⁶. Celui-ci connaît des questions individuelles intéressant les magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, établissant notamment les

³⁷ Article L. 222-3 du code de justice administrative.

³⁸ D. Chabanol, précité, p.1258.

³⁹ J.-M. Sauvé, précité, p. 415.

⁴⁰ Articles L. 112-5 et R. 112-1 du code de justice administrative.

⁴¹ Même si ces derniers continuent d'appartenir aux corps relevant du cadre national des préfetures.

⁴² J.-M. Sauvé, précité, p. 413.

⁴³ Marceau Long.

⁴⁴ Michel Combarrous.

⁴⁵ J.-M. Sauvé, précité, p. 414, citant notamment : M. Long et M. Combarrous, « Genèse et élaboration de la loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif », *Conférences Vincent Wright*, tome 1, Paris, La Documentation française, p. 334.

⁴⁶ Article L. 232-4 du même code.

tableaux d'avancement et les listes d'aptitude et exerçant le pouvoir disciplinaire à leur égard⁴⁷. Il traite des questions intéressant le fonctionnement et l'organisation de ces juridictions⁴⁸. Le CSTACAA comprend notamment le conseiller d'Etat président de la mission d'inspection des juridictions administratives, et le secrétaire général du Conseil d'Etat⁴⁹. Ce dernier, avec les divers services qui y sont rattachés, est en réalité celui de la juridiction administrative. Il comprend d'ailleurs un secrétaire général adjoint chargé des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Une réunion des chefs de juridiction se tient annuellement, à laquelle participe le vice-président du Conseil d'Etat. Ce dernier visite par ailleurs régulièrement les tribunaux et les cours ; des membres de la section du contentieux du Conseil d'Etat font de même, dans le cadre de visites dites du contentieux⁵⁰.

Le Conseil d'Etat exerce ainsi trois métiers: il est «le gestionnaire de la juridiction administrative, le conseiller des pouvoirs publics et une juridiction suprême»⁵¹. L'exercice de la fonction de gérer est conciliée avec celle de juger pour préserver l'impartialité de cette dernière. C'est pourquoi un membre du Conseil d'Etat ayant participé à l'élaboration d'un acte relatif à la gestion de la juridiction administrative ne peut statuer au contentieux sur ledit acte⁵². On relève que le Conseil d'Etat, dans sa fonction juridictionnelle, n'hésite pas à annuler les actes qu'il a pris dans ses fonctions de gestionnaire⁵³.

Cette gestion intégrée favorise la cohérence et donc l'efficacité de «l'administration de la justice»⁵⁴. S'agissant d'une autogestion, elle contribue aussi à en forger l'unité.

3. Une illustration en trois points d'application

En premier lieu, dans la logique de cette gestion intégrée de l'ensemble de l'ordre juridictionnel administratif par le Conseil d'Etat, celui-ci bénéficie d'un programme budgétaire autonome par rapport à celui du ministère de la justice, à l'instar de la Cour des comptes et à la différence de la juridiction judiciaire⁵⁵. Il en est ainsi depuis un peu plus de dix ans : c'est en effet le premier budget voté, en 2006, en application de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) du 1^{er} août 2001 qui a réuni l'ensemble des crédits de la juridiction administrative dans un

⁴⁷ Article L. 232-2 du même code, dans sa rédaction modifiée par l'ordonnance n°2016-1366 du 13 octobre 2016.

⁴⁸ Article L. 232-3 du même code, dans sa rédaction modifiée par l'ordonnance précitée.

⁴⁹ Article L. 232-4 du même code, dans sa rédaction modifiée par l'ordonnance précitée.

⁵⁰ J.-M. Sauvé, précité, p. 420.

⁵¹ J.-M. Sauvé, précité, p. 425.

⁵² Conseil d'Etat, 26 mai 2010, n° 309503.

⁵³ Voir par exemple: CE, 10 mars 2004, n° 228933, s'agissant de l'adoption par le CSTACAA d'un projet de tableau d'avancement au grade de premier conseiller sans «examen approfondi de la valeur professionnelle de chaque magistrat».

⁵⁴ J.-M. Sauvé, précité.

⁵⁵ H. Pauliat « Le modèle français d'administration de la justice : distinctions et convergence entre justice judiciaire et justice administrative », *Revue française d'administration publique*, 2008/1 (n°125), p. 93-100.

programme autonome, le programme n°165 «Conseil d'Etat et autres juridictions administratives», au sein d'une mission spécifique, «Conseil et contrôle de l'Etat». Ce programme est placé sous la responsabilité du secrétaire général du Conseil d'Etat, qui le gère sous l'autorité de son vice-président; ces deux autorités sont les interlocuteurs du ministère des finances. Le vice-président est le chef de ce programme : il est l'ordonnateur principal⁵⁶ des dépenses du Conseil d'Etat et de toutes les autres juridictions administratives de droit commun⁵⁷. Cette autonomie budgétaire n'est concevable que dans le cadre de la gestion intégrée déjà décrite. Elle garantit l'autonomie de la juridiction administrative, non seulement vis-à-vis de la justice judiciaire⁵⁸, mais encore, de tous les autres pouvoirs et en protège donc l'indépendance.

En deuxième lieu, l'ordre juridictionnel administratif se caractérise par la même autogestion intégrée en ce qui concerne son infrastructure informatique. Un service unique relevant du secrétariat général du Conseil d'Etat, la direction des services informatiques, a construit et gère deux instruments phares, *Skipper* et *Télérecours*. *Skipper* est un outil de gestion informatisée des dossiers contentieux par les greffes des juridictions. Dans le cadre de la procédure administrative, de nature inquisitoriale, c'est le greffe qui se charge de transmettre les écritures de chaque partie aux autres, jouant ainsi un rôle essentiel. *Skipper*, dans lequel chaque dossier est enregistré, puis chaque évènement le concernant⁵⁹, génère un certain nombre d'externalités positives pour le Conseil d'Etat en tant que gestionnaire : par les statistiques qu'il produit, il permet de suivre l'activité juridictionnelle et de répartir de manière optimale les moyens en fonction des besoins. Il est d'ailleurs décrit par le Sénat comme un outil de contrôle de gestion⁶⁰. *Télérecours* est un système de communication électronique entre les justiciables et la juridiction, au service de la numérisation des procédures juridictionnelles. Les parties pouvant utiliser *Télérecours*, c'est-à-dire les avocats et les administrations⁶¹, doivent désormais le faire, en application du décret du 2 novembre 2016⁶², entré en vigueur au 1^{er} janvier de cette année⁶³. Cette obligation

⁵⁶ Les ordonnateurs secondaires sont les chefs des différentes juridictions.

⁵⁷ Articles R. 121-14 et R. 222-11 du code de justice administrative.

⁵⁸ Comme le souligne J.-M. Sauvé dans l'article « Administrer la justice », précité, p. 415, « le dualisme juridictionnel s'est ainsi doublé d'un dualisme de gestion ».

⁵⁹ Telles les réceptions d'écritures et de pièces de la part d'une partie et leur communication à la partie adverse, les mesures d'instruction par la juridiction, les demandes de report de la clôture de l'instruction ou de réouverture de cette dernière, etc.

⁶⁰ Sénat, avis présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi de finances pour 2013, p. 45, disponible sur <https://www.senat.fr/rap/a12-154-4/a12-154-41.pdf>

⁶¹ Article R. 414-1, alinéa 1 du code de justice administrative: «Lorsqu'elle est présentée par un avocat, un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, une personne morale de droit public autre qu'une commune de moins de 3 500 habitants ou un organisme de droit privé chargé de la gestion permanente d'un service public, la requête doit, à peine d'irrecevabilité, être adressée à la juridiction par voie électronique au moyen d'une application informatique dédiée accessible par le réseau internet. La même obligation est applicable aux autres mémoires du requérant.»

⁶² Décret no 2016-1481 du 2 novembre 2016 relatif à l'utilisation des téléprocédures devant le Conseil d'Etat, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs.

⁶³ Article R. 414-1, alinéa 1 du code de justice administrative.

est prescrite à peine d'irrecevabilité pour les requêtes⁶⁴ et à peine de voir les écritures écartées des débats pour les autres mémoires⁶⁵. Elle s'applique immédiatement, devant toutes les juridictions administratives de droit commun, y compris dans les instances en cours⁶⁶. Le déploiement de *Télérecours* a été progressif⁶⁷, mais son mode de fonctionnement est uniforme dans toutes les juridictions administratives de droit commun. Cette uniformité est le fruit d'une architecture informatique centralisée.

En troisième lieu, l'ordre juridictionnel administratif possède des bases de données qui lui sont propres, accessibles à ses membres *via* le site intranet commun à l'ensemble des juridictions administratives. Il s'agit d'*Ariane* et d'*Ariane Archives*, qui recueillent toutes les décisions des juridictions administratives de droit commun, enrichies de moteurs de recherche, mais aussi d'un système de classement en fonction des thématiques («jurisprudence classée»), de conclusions de rapporteurs publics, d'abstracts (les «analyses») et de références doctrinales.

Aujourd'hui, la juridiction administrative est une. Cette unité en est une force, qui a sans doute favorisé sa pleine reconnaissance, également à l'œuvre depuis 1987.

⁶⁴ Article R. 414-1, alinéa 1 du code de justice administrative.

⁶⁵ Article R. 611-8-2, alinéa 4 du même code.

⁶⁶ L'obligation s'applique aux mémoires et pièces produits à compter du 1er janvier 2017 : articles 3, 1^o et 10 du décret du 2 novembre 2016 précité. N'est pas concerné, toutefois, le contentieux de l'exécution des décisions des juridictions administratives, dans lequel a été introduit, tout récemment, une simple *faculté* de saisine par *Télérecours*.

⁶⁷ Le décret n° 2005-222 du 10 mars 2005, relatif à l'expérimentation de l'introduction et de la communication des requêtes et mémoires et de la notification des décisions par voie électronique, a autorisé que toutes les communications entre la juridiction et les parties, à commencer par l'introduction de la requête, soient effectuées *via* une application informatique, à titre expérimental, dans un champ restreint qui s'est d'abord borné aux échanges entre l'avocat ou l'administration et la juridiction devant le seul Conseil d'Etat et dans le seul contentieux fiscal d'assiette (arrêté du 27 mai 2005 relatif à l'expérimentation de l'introduction et de la communication des requêtes et mémoires et de la notification des décisions par voie électronique devant le Conseil d'Etat, publié au Journal officiel de la République française le 31 mai 2005), avant d'être élargi au tribunal administratif et à la cour administrative d'appel de Paris à compter de 2008 (arrêté du 11 mai 2007 relatif à l'expérimentation de l'introduction et de la communication des requêtes et mémoires et de la notification des décisions par voie électronique devant le tribunal administratif de Paris et la cour administrative d'appel de Paris, publié au Journal officiel de la République française le 16 mai 2007), puis à l'ensemble des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel de la région parisienne, à compter de 2009 (soit les tribunaux administratifs de Melun, Montreuil, Paris, Versailles et les cours administratives d'appel de Paris et de Versailles), année au cours de laquelle le contentieux de la fonction publique militaire devant le Conseil d'Etat a également été inclus dans le champ de l'expérimentation (arrêté du 3 février 2009, relatif à l'extension de l'expérimentation de l'introduction et de la communication des requêtes et mémoires et de la notification des décisions par voie électronique devant le Conseil d'Etat, publié au Journal officiel de la République française le 8 février 2009). Cette phase s'est déroulée de 2005 à 2012 (l'expérimentation a été prolongée jusqu'au 31 décembre 2012 par le décret no 2009-1649 du 23 décembre 2009). L'expérimentation permet de tirer un bilan avant de procéder à une éventuelle généralisation. Le décret n° 2012-1437 relatif à la communication électronique devant le Conseil d'Etat, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs, qui baptise l'application « *Télérecours* », y procède en étendant son utilisation à tout le contentieux administratif et à toutes les juridictions métropolitaines. Le décret du 6 avril 2017 permet d'introduire une demande d'exécution de la décision juridictionnelle par *Télérecours*, alors même que la procédure ainsi déclenchée est d'abord de nature non-juridictionnelle. La mise en œuvre différenciée de *Télérecours* selon les juridictions et les matières s'est bornée à la période d'expérimentation.

C La reconnaissance institutionnelle

C'est en 1987 que la juridiction administrative a obtenu la consécration constitutionnelle, par la décision de 1987, par laquelle le Conseil constitutionnel a reconnu une réserve constitutionnelle de compétence à la juridiction administrative et ainsi l'*existence* de cette dernière au niveau le plus élevé de la hiérarchie des normes. Il l'a fait au moyen d'un retour aux origines, à savoir, par la consécration d'une partie de la loi de 1790⁶⁸ comme principe fondamental reconnu par les lois de la République⁶⁹.

Le pouvoir constituant est venu parachever cette refondation à l'occasion de la révision du 23 juillet 2008, en donnant à la juridiction administrative sa première mention constitutionnelle *expresse* à l'article 61-1 de la Constitution⁷⁰.

Cette élévation du rang de la juridiction administrative au sein de nos institutions conforte son indépendance. L'indépendance est d'ailleurs consubstantielle à la qualité de juge⁷¹.

L'indépendance du Conseil d'Etat a été posée par la loi du 24 mai 1872⁷²; celle du juge administratif a été parachevée à compter des années 1980 : le Conseil constitutionnel a érigé ladite loi en principe fondamental reconnu par les lois de la République dans sa décision du 22 juillet 1980 *Loi portant validation d'actes administratifs*, conférant à l'indépendance du juge administratif un rang constitutionnel. Il restait toutefois à la garantir, surtout pour les membres des

⁶⁸ «15. Considérant que les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor An III qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle ; que, néanmoins, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des «principes fondamentaux reconnus par les lois de la République» celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle».

⁶⁹ A travers cette notion, l'histoire législative devient source du droit constitutionnel (B. Stirn, Y. Aguila, *Droit public européen*, précité, p. 135).

⁷⁰ Aux termes duquel : «Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.»

⁷¹ Le principe d'indépendance est «indissociable de l'exercice de fonctions judiciaires» (Décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003, *Loi organique relative aux juges de proximité*, Considérant 4).

⁷² Elle n'est pas toujours allée de soi, dès lors que le Conseil d'Etat a été créé, par l'article 52 de la constitution de l'an VIII, pour conseiller le gouvernement, que ce soit sur des projets de normes ou sur le règlement de litiges en matière administrative. La loi du 24 mai 1872, en affirmant que le Conseil d'Etat statue «*souverainement*» en matière contentieuse, fonde son indépendance dans l'exercice de ses fonctions *juridictionnelles* qui se trouvent de ce point de vue séparées de ses fonctions administratives.

juridictions administratives autres que le Conseil d'Etat, ne bénéficiant pas de la même prestigieuse tradition⁷³, d'autant que la création de ces dernières est récente.

En vue de garantir leur indépendance, les membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ont reçu la qualification de « magistrats », qui n'est pas toujours allée de soi : la Constitution ne connaissant de magistrats que judiciaires⁷⁴, de son point de vue, les membres des juridictions administratives sont des fonctionnaires comme les autres⁷⁵. Mais la loi du 6 janvier 1986⁷⁶ est venue disposer qu'ils exercent les fonctions de magistrat et bénéficient de l'inamovibilité⁷⁷. La loi du 12 mars 2012⁷⁸ les qualifie directement de « magistrats », étant précisé que le code contenait auparavant déjà de nombreux articles législatifs et réglementaires faisant état des « magistrats » administratifs⁷⁹. En dernier lieu, les ordonnances statutaires n° 2016-1365 et 2016-1366 du 13 octobre 2016, relatives respectivement aux membres du Conseil d'Etat et aux magistrats administratifs, prises sur habilitation de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, « autonomisent »⁸⁰ les dispositions applicables aux juges administratifs par rapport au droit commun de la fonction publique⁸¹ : on note une forte diminution des renvois au statut général de la fonction publique opérés par le code. Par ailleurs, le Conseil supérieur des tribunaux administratifs

⁷³ Les garanties de l'indépendance des membres du Conseil d'Etat sont surtout coutumières, liées au prestige, à l'avancement de grade à l'ancienneté, à une inamovibilité de fait, à la gestion de la carrière par le bureau du Conseil d'Etat lui-même. Ces garanties de nature coutumière ont été validées par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt du 9 novembre 2006, *Sacilor-Lormines*, n°65411/01. Selon la Cour, « l'absence de consécration expresse en droit n'implique pas en soi un défaut d'indépendance du moment qu'il y a reconnaissance de fait ». Il existe néanmoins une tendance à l'inscription dans les textes, ainsi de l'ordonnance n° 2016-1365 du 13 octobre 2016 portant dispositions statutaires concernant le Conseil d'Etat, prise en application de la loi précitée du 20 avril 2016, créant la commission supérieure du Conseil d'Etat qui se substitue à l'actuelle commission consultative. Elle est composée de membres du Conseil d'Etat mais aussi de trois personnalités qualifiées qui apporteront un regard extérieur sur l'organisation de l'institution et la gestion de ses membres. Cette commission constituera une instance de dialogue social et de discipline. Les garanties offertes au sein de la procédure disciplinaire applicable aux membres du Conseil d'Etat sont également renforcées.

⁷⁴ Titre VIII « De l'autorité judiciaire ».

⁷⁵ Article 34 de la Constitution: « La loi fixe les règles concernant (...) les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat ».

⁷⁶ Article 21 de la loi n° 86-14 du 6 janvier 1986 fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs.

⁷⁷ Articles L. 231-1 et suivants du code de justice administrative.

⁷⁸ Article 86 de la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, codifiée à l'article L.231-1 du code de justice administrative.

⁷⁹ D. Chabanol en recense, au sein des deux premiers livres du code, huit d'ordre législatif et vingt-six d'ordre réglementaire, et estime que « le fruit était largement mûr, et que la loi du 12 mars 2012 n'emporte aucune novation » (D. Chabanol, *Code de justice administrative commenté*, 6ème édition, Paris, éditions Le Moniteur, 2014, p. 263).

⁸⁰ D. Moreau, « Autonomiser le statut des juges administratifs pour mieux garantir leur indépendance », *RFDA* 2017, p. 5.

⁸¹ Alors que selon les articles L. 131-1 et L. 231-1 du code de justice administrative, les dispositions statutaires de la fonction publique de l'Etat sont applicables aux membres des juridictions administratives par défaut, en l'absence de règles spécifiques énoncées par le même code.

et cours administratives d'appel (CSTACAA) voit ses pouvoirs considérablement renforcés⁸². Son installation, le 4 juillet 2017, dans sa nouvelle composition, a fait entrer en vigueur les nouvelles dispositions. Le CSTACAA exerce désormais le pouvoir d'établir les tableaux d'avancement aux grades de premier conseiller et de président et les listes d'aptitudes pour l'exercice des fonctions d'encadrement supérieur (notamment de président de tribunal), alors qu'il n'avait, auparavant, qu'un pouvoir de proposition⁸³. Il exerce également le pouvoir disciplinaire⁸⁴. De plus, il sera désormais saisi pour avis conforme sur la nomination des présidents des tribunaux administratifs, alors qu'il n'émettait jusqu'à présent qu'un avis simple, et consulté sur celle des présidents des cours administratives d'appel, qui échappait jusque là à son examen.

On peut aujourd'hui parler d'un «ordre administratif» à l'égal de l'ordre judiciaire, comme le fait d'ailleurs l'article 65 de la Constitution dans sa rédaction issue de la réforme du 23 juillet 2008⁸⁵. À cette unité de l'ordre juridictionnel répond celle de la justice administrative.

II. UNE JUSTICE ADMINISTRATIVE

La justice administrative est une pour le justiciable (A), singulière mais confortée à l'international (B).

A. Une pour le justiciable

1. *Le code de justice administrative*

Le code de justice administrative, adopté par une ordonnance et des décrets du 4 mai 2000⁸⁶, est la première illustration de cette unité. Il comprend des dispositions relatives à l'organisation des juridictions et au statut de leurs membres. Remplaçant l'ancien code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, d'une part, et l'ordonnance du 31 juillet 1945 et le décret du 30 juillet 1963 qui étaient relatifs au seul Conseil d'Etat, de l'autre, il régit l'ensemble des juridictions administratives de droit commun et incarne ainsi, vis-à-vis du justiciable, leur unité.

⁸² Article L. 232-1 du code de justice administrative.

⁸³ Il obtient ainsi les mêmes pouvoirs que la commission d'avancement compétente pour les magistrats judiciaires.

⁸⁴ À l'instar du Conseil supérieur de la magistrature pour les magistrats du siège.

⁸⁵ Article 65, deuxième alinéa de la Constitution : «La formation compétente à l'égard des magistrats du siège est présidée par le premier président de la Cour de cassation. Elle comprend, en outre, cinq magistrats du siège et un magistrat du parquet, un conseiller d'Etat désigné par le Conseil d'Etat, un avocat ainsi que six personnalités qualifiées qui n'appartiennent ni au Parlement, ni à l'ordre judiciaire, ni à l'ordre administratif.»

⁸⁶ Ordonnance n°2000-387 relative à la partie législative du code de justice administrative ; décrets n°2000-388 et 2000-389 relatifs à la partie réglementaire du code de justice administrative.

Le code de justice administrative regroupe aussi toutes les règles de procédure contentieuse. Ce rassemblement des textes dans un instrument unique accentue l'accessibilité de la justice administrative au citoyen. Sa saisine est depuis l'origine relativement aisée en raison du caractère inquisitoire de sa procédure : le requérant s'adresse directement au juge, qu'il saisit d'une « requête » - et non à son adversaire comme dans le cadre d'une assignation de ce dernier à comparaître devant le juge civil. C'est le juge qui se charge ensuite de transmettre les écritures de chaque partie aux autres⁸⁷, alors que les parties au procès civil échangent leurs écritures entre elles⁸⁸. Le juge administratif joue ainsi un rôle actif et centralisateur, assurant la conduite de l'instruction des dossiers.

2. *L'accessibilité de la jurisprudence administrative*

La diffusion de la jurisprudence administrative a beaucoup progressé grâce à la révolution numérique. Les décisions les plus importantes de la juridiction administrative sont accessibles en ligne au même titre que celles de la justice judiciaire depuis la création du service public de la diffusion du droit par internet, *Légifrance*, par le décret n° 2002-1064 du 7 août 2002. Y sont publiées intégralement les décisions des cours suprêmes et les décisions les plus importantes des autres juridictions. Mais la juridiction administrative s'est encore engagée dans un processus d'ouverture de ses bases de données internes au public en créant « Ariane web » : si les décisions disponibles sont les mêmes que sur *Légifrance*, sélectionnées pour leur intérêt juridique, elles le sont avec des données complémentaires, telles que des analyses et conclusions de rapporteurs publics.

L'évolution de la rédaction des décisions de la justice administrative contribue au même objectif. Une réflexion est menée depuis plusieurs années sur la réforme de la motivation et du mode de rédaction pour les rendre plus compréhensibles ; des représentants éminents de la juridiction administrative appellent à une telle réforme⁸⁹. Le Conseil d'Etat a pris position dès 2001 en faveur d'une motivation plus développée⁹⁰, d'un style plus simple et d'une présentation formelle en harmonie avec celles que l'on trouve ailleurs, notamment à l'étranger, pour faciliter la

⁸⁷ Pour assurer le respect de cette exigence processuelle fondamentale qu'est le principe du contrad

⁸⁸ Voir par exemple B. Stirn et Y. Aguila, précité, p. 571.

⁸⁹ Tel J.-M. Sauvé pour qui « notre style juridictionnel, souvent laconique et « apodictique » (le style apodictique présente un caractère de nécessité et d'universalité dispensant, par conséquent, d'aller au-delà de l'énoncé de principes lapidaires), ne facilite pas la compréhension des motifs de nos décisions. A lui seul, ce constat justifie des efforts d'adaptation » (« L'influence par le droit », discours prononcé à l'occasion de la XXIIème conférence des ambassadeurs », le 28 août 2014, disponible sur le site internet du Conseil d'Etat).

⁹⁰ Conseil d'Etat, *L'influence internationale du droit français*, Paris, La documentation française, étude réalisée à la demande du Premier ministre, 2001, p. 106 ; J.-M. Sauvé, « Comprendre et réguler le droit globalisé ou comment dompter la chimère », discours prononcé à l'ouverture de la conférence inaugurale du cycle de conférences « droit comparé et territorialité du droit », co-organisé par le Conseil d'Etat, la Société de législation comparée et l'Institut français des sciences administratives, le 20 mai 2015.

comparaison des raisonnements et ainsi le «dialogue des juges»⁹¹. Il applique lui-même ces recommandations s'agissant de ses propres décisions⁹². Un groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative a rendu son rapport au vice-président du Conseil d'Etat le 14 mai 2012⁹³. Selon ce rapport, il faut «améliorer la lisibilité des décisions de justice» en vue de faciliter autant que possible⁹⁴ sa «compréhension par tous les citoyens». Des expérimentations sont en cours, sur la base du volontariat, aux divers niveaux de la juridiction administrative, dans plusieurs juridictions ou formations de jugement.

La cohérence de la jurisprudence contribue aussi à rendre la justice administrative plus accessible au justiciable.

3. La cohérence de la jurisprudence administrative

La cohérence de la jurisprudence par la «prévention des divergences»⁹⁵ est recherchée au sein de la juridiction administrative, entre les diverses juridictions qui la composent comme au sein de chaque juridiction. Elle présente un enjeu particulier (a). La juridiction administrative a su en maintenir la tradition (b) en dépit de sa diversification interne depuis 1987 (c).

a) L'enjeu particulier de la cohérence de la jurisprudence administrative

La cohérence de la jurisprudence est un enjeu particulièrement important en droit administratif.

Il en est ainsi compte tenu de l'objet de ce droit : si les décisions sont rendues au sujet de litiges particuliers, elles contribuent à orienter l'action administrative dans son ensemble. Tel n'est pas seulement le cas des décisions d'annulation d'actes

⁹¹ Conseil d'Etat, *L'influence internationale du droit français*, précité, p. 71.

⁹² Au travers de l'importance des contenus accessibles en ligne depuis le site du Conseil d'Etat, au rang desquels figure, depuis 2016, l'étude annuelle, de la traduction de ses décisions les plus importantes, en plusieurs langues, ou du chantier qu'il a engagé pour rénover le style rédactionnel des décisions de la justice administrative.

⁹³ Ce rapport qui formule 18 propositions vient conclure plus d'une année de travaux, qui ont été ponctués par des visites auprès de juridictions étrangères et de nombreuses consultations ou auditions de personnes représentatives des principaux publics concernés par la rédaction des décisions de la juridiction administrative (magistrats, avocats, administrations, professeurs français et étrangers). Voir sur <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Groupe-de-travail-sur-la-redaction-des-decisions-de-la-juridiction-administrative-rapport-final>

⁹⁴ Selon le rapport, «compte tenu de la technicité de la matière juridique», «il serait illusoire de viser une parfaite et immédiate compréhension par tous les citoyens de l'ensemble des jugements et arrêts», néanmoins, le mode de rédaction ne doit pas constituer «un obstacle supplémentaire et inutile». Voir le rapport précité, p. 11.

⁹⁵ D. Chabanol, «La prévention des divergences de jurisprudence au sein de la juridiction administrative», in *Les divergences de jurisprudence*, P. Ancel et M.-C. Rivier (Dir), Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, p. 179 et s.

administratifs dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, dont l'effet *erga omnes* est à ce titre emblématique⁹⁶.

Comme ont pu l'écrire certains de mes collègues, on «ne peut se satisfaire (...) d'une situation dans laquelle le juge parlerait au pluriel, estimerait possible le lundi ce qu'il interdirait le vendredi pour le tolérer à nouveau le mardi»⁹⁷ et «si la vérité juridique est, certes, relative, le justiciable a d'abord besoin d'un égal traitement et de prévisibilité et le polycentrisme se distingue de l'anarchie juridictionnelle, comme la liberté raisonnable de la liberté irresponsable»⁹⁸.

La cohérence de la jurisprudence administrative est donc regardée comme répondant à un besoin social impérieux. Tel est encore plus le cas aujourd'hui que par le passé, dès lors que la sécurité juridique a été consacrée comme un principe général du droit administratif il y a dix ans⁹⁹.

En droit administratif, la sécurité juridique est indissociable de la cohérence de la jurisprudence, en raison du caractère fondamentalement jurisprudentiel de ce droit, fruit de la rencontre entre le dualisme juridictionnel et la rareté, à l'origine,

⁹⁶ Les jugements prononçant une annulation pour excès de pouvoir ont autorité absolue de chose jugée : la décision annulée l'est à l'égard de tous ; chacun peut se prévaloir de la chose jugée et celle-ci est opposable à toute personne. Voir R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 1208-2°.

⁹⁷ D. Chabanol, précité, p. 184.

⁹⁸ M. Lévy, précité, p. 224.

⁹⁹ CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG*, n° 288460. Auparavant, le Conseil d'Etat protégeait déjà la sécurité juridique indirectement, à travers d'autres principes tel celui de la non-rétroactivité des actes administratifs, consacré comme principe général du droit par son arrêt du 25 juin 1948, *Société du Journal l'Aurore*.

des textes régissant spécifiquement l'action administrative¹⁰⁰, qui a conduit le juge administratif à forger ce droit.

Certes, les sources écrites du droit administratif se multiplient aujourd'hui. Mais, d'une part, les notions fondamentales du droit administratif, son « ossature » demeurent d'origine prétorienne, comme le manifeste l'importance que conservent

les « grands arrêts » dans le raisonnement juridique, décrite par l'ethnographe Bruno Latour, qui a fait du Conseil d'Etat son objet d'étude¹⁰¹.

D'autre part, on observe, depuis quelques années, une tendance à reconnaître la jurisprudence comme source du droit. Le juge administratif assume aujourd'hui son pouvoir normatif plus ouvertement que par le passé. C'est ainsi qu'il y a dix ans, il a été amené, pour la première fois, à moduler les effets dans le temps de son propre revirement jurisprudentiel¹⁰². Cette modulation était en l'espèce nécessaire pour préserver le droit au recours, dès lors que par le même arrêt, le juge a créé, en matière de contentieux contractuel, de manière purement prétorienne, un nouveau recours¹⁰³, dont l'ouverture a eu mécaniquement¹⁰⁴ pour effet de fermer la voie de

¹⁰⁰ C'est l'histoire de la juridiction administrative qui explique cette singularité au sein de l'ordre juridique national. Le caractère fondamentalement jurisprudentiel du droit administratif est le fruit de la rencontre entre le dualisme juridictionnel et la liaison de la compétence et du fond dans un contexte de vide textuel. L'application au contentieux administratif des règles de droit privé, particulièrement, du code civil, a été rejetée en 1873 par l'arrêt *Blanco*. Or, à l'époque, il n'existait quasiment pas de textes destinés spécifiquement à régir l'action de l'administration, quasiment pas de droit administratif écrit. Face à ce vide textuel combiné à l'esprit de la liaison de la compétence et du fond, ce droit a été progressivement forgé par le Conseil d'Etat – et par le Tribunal des conflits. Les principes généraux du droit sont une illustration emblématique de cette nature prétorienne. Il s'agit de principes s'imposant à l'administration qui ne sont consacrés par aucun texte de droit positif et que le juge administratif dégage de l'esprit d'ensemble du droit. Le juge en a consacré de nombreux et il continue de le faire : le respect des droits de la défense à l'encontre de toute sanction administrative (CE, 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier Gravier*), la non-rétroactivité des actes administratifs (CE, 25 juin 1948, *Société du Journal l'Aurore*), le principe de sécurité juridique (CE, *Société KPMG*, précité), ... La nature prétorienne du droit administratif est une singularité dans le contexte du système juridique français, fondé sur une tradition de droit écrit, par opposition à la *common law*. De plus, la France, pays du code civil adopté dès 1804, fait figure de précurseur en matière de codification. Dans un tel système, la jurisprudence n'est pas regardée comme une source formelle du droit : le juge n'est censé être que la « bouche de la loi » selon l'expression de Montesquieu. Ainsi, l'article 5 du code civil dispose-t-il invariablement, depuis 1804, qu'« il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Le juge administratif occupe toutefois une place traditionnellement centrale dans le processus de production normative du droit administratif. Cette place est héritée du passé. Elle reste cependant d'actualité : on peut dire que malgré le fort développement du droit écrit, le droit administratif demeure fondamentalement jurisprudentiel, puisque ses concepts de base ont été posés par le juge. Ces principes fondamentaux forment son ossature, sa structure qui continue d'exercer une influence, de forger les raisonnements. En témoigne le fait que la référence suprême, la « Bible » pour tout juriste français en droit administratif demeure le *Recueil des Grands arrêts de la jurisprudence administrative* (M. Long, P. Weil, G. Braibant et alii, 20^{ème} édition, Dalloz, 2015, qui reproduit les jurisprudences les plus importantes par ordre chronologique depuis l'arrêt *Blanco* jusqu'à nos jours).

¹⁰¹ B. Latour, *La fabrique du droit*, Paris, La Découverte, 2004, pages 22 à 23.

¹⁰² CE, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545.

¹⁰³ Le recours en contestation de validité du contrat.

¹⁰⁴ En application du principe d'« exception de recours parallèle » qui interdit d'agir par la voie de l'excès de pouvoir lorsqu'on dispose d'un recours de plein contentieux.

recours distincte, traditionnellement seule ouverte aux tiers au contrat¹⁰⁵. Il avait déjà procédé à une telle modulation dans le temps de l'annulation d'un acte administratif pour préserver les intérêts en présence, dans l'intérêt général¹⁰⁶. Mais la modulation dans le temps d'un revirement jurisprudentiel était inédite et sa portée d'une toute autre nature : elle revenait «à admettre implicitement une forme de pouvoir normatif du juge»¹⁰⁷. La reconnaissance du pouvoir normatif de la jurisprudence administrative se manifeste aussi implicitement à travers une décision telle que celle du Tribunal des conflits ayant redéfini la valeur d'une jurisprudence administrative «bien établie» pour le juge judiciaire, puisque celle-ci peut désormais dispenser ce dernier de renvoyer au juge administratif une question préjudicielle qui relèverait en principe du champ de sa compétence, dès lors qu'il en va de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif¹⁰⁸.

Enfin, dans un contexte marqué par l'inflation normative et la dégradation de la qualité de la loi¹⁰⁹, la jurisprudence est, de plus en plus, non seulement reconnue comme une source du droit administratif, mais encore saluée comme telle par la doctrine en raison de ses qualités, qui apparaissent, par contraste, avec d'autant plus d'éclat, notamment sa cohérence et sa stabilité¹¹⁰. Alors qu'il est traditionnellement reproché à la jurisprudence d'être moins accessible au citoyen que les textes¹¹¹, il semble aujourd'hui que ce soit le contraire, dans le contexte de la prolifération des normes et de la dégradation de leur qualité.

L'enjeu de la cohérence de la jurisprudence – administrative comme judiciaire – se trouve encore accru par l'ouverture de plus en plus large de l'accès aux décisions de justice et de l'utilisation qui peut en être faite à l'aide de nouvelles technologies telles que les algorithmes. Or la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique impose une «mise à la disposition du public à titre gratuit» de toutes les décisions rendues par les juridictions administratives¹¹² et judiciaires¹¹³.

¹⁰⁵ Selon la jurisprudence traditionnelle, dans la logique de l'effet relatif des contrats, les tiers ne pouvaient directement agir contre le contrat, mais seulement contre des actes unilatéraux regardés comme en étant détachables (CE, 4 août 1905, *Martin*). En cas d'annulation d'un tel acte, il fallait, au cours d'un second contentieux, en tirer les conséquences éventuelles sur le contrat, conditionnées par un bilan effectué par le juge de l'exécution prenant en compte la nature de l'acte annulé, son motif d'illégalité et l'intérêt général auquel la remise en cause du contrat ne doit pas porter d'«atteinte excessive» (CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, n°248950).

¹⁰⁶ CE 11 mai 2004, *Association AC ! Chômage*, n°255886.

¹⁰⁷ B. Stirn, Y. Aguila, *Droit public français et européen*, précité, p. 426.

¹⁰⁸ Tribunal des conflits, 17 octobre 2011, *SCEA du Chêneau*, n°C3828.

¹⁰⁹ Dénoncées notamment par le Conseil d'Etat dans son étude annuelle de 2016, *Simplification et qualité du droit*, Paris, Direction de l'information légale et administrative. Pour télécharger l'étude : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/164000610-etude-annuelle-2016-du-conseil-d-etat-simplification-et-qualite-du-droit>

¹¹⁰ F. Melleray, «Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel?», *AJDA* 2005, p. 637.

¹¹¹ Voir la référence aux prises de position en ce sens par le doyen Vedel, retracées par F. Melleray précité.

¹¹² Article L. 10 du code de justice administrative.

¹¹³ Article L. 111-13 du code de l'organisation judiciaire.

b) Une tradition de «discipline contentieuse» au sein du Conseil d'Etat

La cohérence de la jurisprudence administrative peut s'appuyer sur une longue tradition de «discipline contentieuse» au sein du Conseil d'Etat. Il convient d'abord de préciser ce que l'on entend par là. Les divergences jurisprudentielles qu'il s'agit d'éviter sont uniquement celles qui ne procèdent pas d'une évolution. La jurisprudence n'étant pas *formellement* une source du droit, le juge n'est pas lié par les précédents ; c'est la raison pour laquelle ces derniers ne sont jamais cités dans les décisions. Avec l'écoulement du temps, l'autorité des précédents faiblit et « cède peu à peu le pas à la nécessité de questionner le droit »¹¹⁴. La recherche de la cohérence jurisprudentielle par son harmonisation n'est donc pas, dans le système français, synonyme de rigidité de cette dernière.

La recherche de l'harmonisation de la jurisprudence administrative ainsi définie s'est avérée nécessaire dès avant 1987, au sein même du Conseil d'Etat, dès lors que la croissance du contentieux a induit une diversification du mode de traitement des affaires qui n'ont plus pu être toutes traitées par des formations de jugement présidées par le président de la section du contentieux. La croissance du contentieux est ainsi un véritable défi en termes de maintien de la qualité des décisions et tout particulièrement de leur cohérence¹¹⁵.

Le Conseil d'Etat a développé une tradition d'harmonisation de la jurisprudence en son sein, au moyen de divers outils.

Il pratique la hiérarchisation de ses décisions à travers une publication différenciée au recueil Lebon depuis le XIX^{ème} siècle¹¹⁶ et un classement de ces dernières dans ses bases de données internes¹¹⁷ en fonction de leur intérêt juridique. Ce dernier dépend notamment des formations de jugement à l'origine des décisions, qui sont hiérarchisées : sous-sections – rebaptisées «chambres» par la loi du 20 avril

¹¹⁴ D. Chabanol, précité, p. 181.

¹¹⁵ B. Genevois, in «L'office du juge», colloque du Sénat, 29 et 30 septembre 2006, p. 313 (disponible sur le site internet du Sénat).

¹¹⁶ Les décisions les plus importantes sont publiées au Recueil, tandis que celles présentant un intérêt juridique moindre mais certain sont mentionnées aux Tables.

¹¹⁷ En catégories A, B ou encore C+.

2016¹¹⁸ – seules ou réunies¹¹⁹, section¹²⁰ ou assemblée¹²¹ du contentieux. La position d'une formation supérieure ne saurait être remise en cause *valablement* par une formation inférieure : une telle décision ne ferait pas «jurisprudence», dépourvue qu'elle serait d'autorité à l'égard d'autres formations de jugement. C'est en raison de l'importance de cette hiérarchisation que l'on peut douter de ce que la politique d'ouverture des données, appliquée aux décisions de justice telle qu'elle est engagée par la loi du 16 octobre 2016 susmentionnée, qui prévoit la diffusion de toutes les décisions de justice sans distinction, serve véritablement «la bonne compréhension et l'intelligibilité de la jurisprudence», car en la matière, «ce qui compte n'est pas l'exhaustivité, mais au contraire la sélection»¹²², le risque étant, pour le public et les justiciables, de se perdre dans «une masse informe et confuse de données»¹²³.

Il existe, par ailleurs, un mécanisme d'harmonisation de la jurisprudence du Conseil d'Etat : la *troïka*, simple usage, non prévu par les textes, qui consiste en une réunion hebdomadaire du président de la section du contentieux et des présidents-adjoints¹²⁴. Son objet est de passer en revue les positions prises par les différentes chambres sur les affaires dont elles ont délibéré – leurs décisions n'ayant pas encore été rendues, «lues» –, en vue de déceler toute dysharmonie¹²⁵. Il s'agit d'un «instrument d'alerte»¹²⁶ : si une discordance est constatée, l'affaire peut revenir devant la formation de jugement initiale, éclairée sur la discordance de sa position avec celle adoptée par une autre formation de jugement. Elle peut aussi être renvoyée devant une formation supérieure pour trancher la divergence.

Mais il restait à assurer l'harmonie de la jurisprudence administrative dans son ensemble, surtout à compter de 1987, la diversification interne de la juridiction

¹¹⁸ Article 62 de la loi du 20 avril 2016 précitée.

¹¹⁹ Article R.122-11 du code de justice administrative.

¹²⁰ Article R. 122-18 du même code: «La section du contentieux en formation de jugement comprend : 1° Le président de la section ; 2° Les trois présidents adjoints; 3° Les présidents de chambre et, en cas d'examen d'une question de droit renvoyée en application de l'article R. 773-12, le président de la formation spécialisée; 4° Le rapporteur».

¹²¹ Article R. 122-20 du même code: «L'assemblée du contentieux comprend: 1° Le vice-président du Conseil d'Etat; 2° Les présidents de section; 3° Les trois présidents adjoints de la section du contentieux; 4° Le président de la chambre sur le rapport de laquelle l'affaire est jugée ou, si l'instruction a été faite dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article R. 611-20, le président de la chambre à laquelle l'affaire a été initialement attribuée ou, en cas d'examen d'une question de droit renvoyée en application de l'article R. 773-12, le président de la formation spécialisée; 5° Les quatre présidents de chambre les plus anciens dans leurs fonctions en dehors du précédent; 6° Le rapporteur. La présidence de l'assemblée du contentieux appartient au vice-président du Conseil d'Etat. L'assemblée ne peut valablement siéger que si neuf de ses membres ou leurs suppléants sont présents. L'assemblée du contentieux ne peut statuer qu'en nombre impair. Lorsque les membres présents à la séance ayant voix délibérative sont en nombre pair, l'assemblée est complétée par le président de chambre le plus ancien dans ses fonctions ne siégeant pas au titre du 4° ou du 5° ou, à défaut, par l'assesseur le plus ancien dans ses fonctions.»

¹²² J.-H. Stahl, «Open data « et jurisprudence », *Droit Administratif*, n° 11, Novembre 2016, repère 10.

¹²³ Selon l'expression du sénateur Alain Richard, cité par J.-H. Stahl, précité.

¹²⁴ Soit entre quatre personnes, et non trois, le nom de *troïka* étant hérité de l'époque où il n'existait que deux et non trois présidents adjoints de section du contentieux: B. Genevois, précité, p. 313.

¹²⁵ Voir F. Melleray, «La justice administrative doit-elle craindre la « justice prédictive » ?», *AJDA* 2017.193 ; D. Labetoulle, «Une histoire de troïka», *Mélanges Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 83.

¹²⁶ D. Chabanol, précité, p. 183.

représentant un défi de ce point de vue. En effet, la cohérence de la jurisprudence administrative doit beaucoup, traditionnellement, à l'architecture singulière de la juridiction administrative, à la circonstance que cette jurisprudence a longtemps été issue – pour l'essentiel – du travail d'un seul juge, le Conseil d'Etat, statuant le plus souvent comme juge du fond, en premier et dernier ressort ou en appel.

c) Le maintien de la cohérence jurisprudentielle au sein du nouvel ordre juridictionnel administratif

À compter de 1987, la question du maintien de la cohérence de la jurisprudence administrative dans son ensemble prend une nouvelle dimension.

L'harmonie de la jurisprudence au sein de l'ordre juridictionnel administratif dans son ensemble est assurée grâce à une culture du respect de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Il faut préciser ce que l'on entend par « culture du respect de la jurisprudence du Conseil d'Etat ». Il ne s'agit pas, pour les juridictions subordonnées, de se conformer sans discernement à toute décision au seul motif qu'elle émane du Conseil d'Etat. D'abord parce que la discipline contentieuse ne vaut qu'à l'égard de décisions qui l'ont elles-mêmes respectée, compte tenu de la hiérarchisation des formations de jugement internes au Conseil d'Etat. Or cela suppose, de la part des juridictions subordonnées, une distance critique à l'égard des décisions de leur juge suprême.

De plus, dans un système faisant une large place à la jurisprudence, sans pour autant l'ériger en source formelle du droit, les juridictions subordonnées sont amenées à prendre l'initiative des évolutions qui lui sont consubstantielles, comme déjà exposé. Elles sont en effet les premières à connaître d'affaires à l'occasion desquelles l'opportunité d'une telle évolution se manifeste. Elles conservent une

«capacité d'initiative»¹²⁷ dont elles n'hésitent pas à faire usage, prenant parfois délibérément le contrepied d'une position du Conseil d'Etat, dans l'espoir de provoquer un revirement jurisprudentiel de la part de ce dernier. C'est parfois effectivement ce qui se produit¹²⁸. Ainsi, «les juridictions du fond n'ont pas renoncé à participer au débat juridique» et il ne s'agit pas pour elles de se conformer à une «pensée unique» qui viendrait du Conseil d'Etat¹²⁹.

L'attachement à leur pouvoir d'initiative se manifeste par le fait qu'elles préfèrent parfois en faire usage délibérément, comme le signale la circonstance qu'elles se

¹²⁷ Selon les expressions de H. Belrhali-Bernard, «Les avis contentieux du Conseil d'Etat: remarques sur vingt années de pratique», AJDA 2010 p.364.

¹²⁸ CE, 13 mars 1998, n°120079 : dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a jugé que si la formation d'un recours administratif contre une décision établit que l'auteur de ce recours a eu connaissance de la décision qu'il a contestée au plus tard à la date à laquelle il a formé son recours, une telle circonstance est par elle-même sans incidence sur l'application des dispositions législatives qui subordonnent l'opposabilité des délais de recours contentieux à la mention des voies et délais de recours dans la notification de la décision, procédant à un revirement de sa jurisprudence antérieure (CE, 2 mars 1994, *Ville de Saint-Louis*, n°135066, T. p. 1105) dont des cours administratives d'appel, dont celle de Paris dans un arrêt du 12 février 1998, n°96PA04612, s'étaient écartées.

¹²⁹ Selon les expressions de H. Belrhali-Bernard, précité.

prononcent en formation solennelle, plutôt que de renvoyer la question au Conseil d'Etat, comme elles en ont la possibilité, dans des affaires dans lesquelles, pourtant, les conditions d'un tel renvoi sont manifestement remplies¹³⁰. D'ailleurs, le recours à la procédure de l'avis contentieux est laissé à l'entière discrétion des juridictions subordonnées.

Dans le cadre de cette procédure, «avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'Etat, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée. Il est sursis à toute décision au fond jusqu'à un avis du Conseil d'Etat ou, à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai». Cette procédure présente l'originalité de permettre de faire intervenir le juge suprême *dès la première instance*¹³¹, avant même que le premier juge ne se soit prononcé. C'est donc un instrument radical de prévention et de remède aux divergences de jurisprudence. Il est significatif qu'il ait été créé en même temps que les cours administratives d'appel, par la même loi du 31 décembre 1987¹³². Les juridictions du fond n'hésitent pas à y recourir¹³³, même si c'est dans une part marginale des affaires dont elles sont saisies. Le Conseil d'Etat a fait une interprétation large de chacune des conditions de l'article 12 de la loi de 1987¹³⁴.

Les avis rendus ne s'imposent pas, en droit, aux juridictions subordonnées, mais celles-ci les suivent très naturellement, s'agissant de l'expression de la position de leur juge de cassation¹³⁵. Ces avis participent de la fonction de régulation du nouvel ordre juridictionnel administratif issu de la réforme de 1987. Deux demandes d'avis, formulées par deux tribunaux administratifs sur le fondement de l'article L. 113-1 du code de justice administrative, ont ainsi permis au Conseil d'Etat de déterminer, sur la question entièrement inédite des perquisitions dites « administratives » dans le cadre de l'état d'urgence, mis en œuvre au lendemain des attaques terroristes qui ont frappé la France le 13 novembre 2015, l'office du juge administratif¹³⁶.

¹³⁰ S'agissant de la portée juridique à accorder, par la qualification de ligne directrice, à une circulaire édictée par le ministre de l'intérieur relative à l'octroi de titres de séjour à des étrangers séjournant en France illégalement, contentieux de masse s'il en est : Tribunal administratif de Paris, Formation plénière, 18 décembre 2013, n° 1306958 ; Conseil d'Etat, Sect., 4 février 2015, *Ministre de l'intérieur*, n° 383267.

¹³¹ D. Chabanol, précité, p. 181.

¹³² L'article 12 de la loi du 31 décembre 1987, qui a pris effet le 1er janvier 1989, codifié à l'article L. 113-1 du code de justice administrative. Le Conseil d'Etat a rendu ses premiers avis contentieux le 7 juillet 1989 (CE Ass. 7 juillet 1989, *Cofiroute*, n° 106284 et Mlle Calé, n° 106902).

¹³³ F. Melleray, précité, qui parle d'un large usage contrastant avec celui que font les juridictions judiciaires de la procédure analogue dont elles disposent et qui d'ailleurs a été inspirée de celle mise en place par la loi de 1987 dans la justice administrative.

¹³⁴ Dans certaines limites toutefois : il a refusé de répondre à une question de qualification juridique des faits qui relevait de la juridiction du fond (CE, Ass., avis 24 octobre 1997, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom*, n° 187122).

¹³⁵ A quelques rares exceptions près : CE, avis, 4 novembre 1992, *SA Lorenzy-Palanca*, n° 138380 ; CAA Lyon plén. 5 avril 1993, *SA Lorenzy-Palanca*, n° 90LY00810.

¹³⁶ CE Ass., avis, 6 juillet 2016, n° 398234.

Pour assurer l'harmonie de la jurisprudence au sein d'une même cour administrative d'appel, le mécanisme de la *troïka* y a été transposé. Les discordances constatées peuvent donner lieu à des renvois en formation plénière pour y être tranchées. L'harmonie de la jurisprudence est ainsi assurée par ce moyen au sein d'une même cour. Elle présente un intérêt particulier pour les tribunaux administratifs de leur ressort, comme pour les justiciables, qui peuvent ainsi apprécier l'opportunité d'interjeter ou non appel contre les jugements.

Au sein de la juridiction administrative, dans 96% des cas, les litiges sont définitivement réglés conformément à la solution adoptée en première instance – qu'il n'y ait pas appel ou pourvoi en cassation ou que l'exercice de ces voies de recours se traduise par la confirmation de la solution adoptée par les premiers juges¹³⁷. La juridiction administrative a donc su relever le défi que constituait sa diversification interne¹³⁸ du point de vue de la cohérence de sa jurisprudence.

L'unité de la juridiction administrative se manifeste encore à travers la déontologie commune à ses membres.

4. La déontologie des membres de la juridiction administrative

Il existe aujourd'hui un *corpus* de règles de déontologie qui s'applique aussi bien aux membres du Conseil d'Etat qu'à ceux des tribunaux et des cours. Ainsi de la charte de déontologie, adoptée dès 2011 et, formellement, dans sa nouvelle version, par décision du vice-président du Conseil d'Etat du 14 mars 2017 sur le fondement de la loi du 20 avril 2016¹³⁹. Si elle n'est pas intégrée au code de justice administrative, elle participe de la même entreprise de codification que ce dernier, en vue de rendre la juridiction administrative plus accessible au justiciable.

La charte de déontologie de la juridiction administrative et les avis rendus par le collège de déontologie peuvent être consultés sur internet¹⁴⁰ dans le souci de les rendre accessibles.

La juridiction administrative a ainsi pu gagner la reconnaissance par le justiciable, en même temps qu'elle a été confortée à l'international en dépit de sa singularité.

B. Singulière, mais confortée à l'international

La confirmation internationale de la juridiction administrative s'est faite en deux temps et à propos de deux questions successivement.

¹³⁷ J.-M. Sauvé, précité, p. 427.

¹³⁸ M. Lévy, précité, p. 217.

¹³⁹ Loi n°2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

¹⁴⁰ <http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Organisation/Deontologie-des-membres-de-la-juridiction-administrative>

1. *Le dualisme fonctionnel, caractéristique de la juridiction administrative*

Le dualisme fonctionnel caractérise surtout le Conseil d'Etat¹⁴¹, mais les tribunaux et les cours exercent aussi une fonction consultative, même si elle est beaucoup plus réduite¹⁴². Le dualisme joue un rôle essentiel, fondateur dans l'histoire de l'institution, et contribue à réaliser l'exigence de connaissance intime de l'administration par son juge¹⁴³. Il en résulte une «alchimie complexe»¹⁴⁴.

La Cour de Strasbourg a jugé en 1995 que le dualisme fonctionnel, tel qu'il était pratiqué au sein d'une institution inspirée du modèle français, à savoir, le Conseil d'Etat du Luxembourg¹⁴⁵, méconnaissait le principe d'impartialité de la justice, dans la mesure où il aboutissait à ce qu'un même membre connaisse d'une même question dans sa fonction consultative puis juridictionnelle.

Par la suite, elle a néanmoins admis, en son principe, l'exercice, par le juge administratif, d'une fonction consultative parallèlement à sa fonction contentieuse¹⁴⁶. Toutefois, elle a imposé une certaine étanchéité entre les deux fonctions dans leur exercice, confirmant qu'est contraire au principe d'impartialité le fait qu'une même personne se prononce sur une même question en formation consultative puis en

¹⁴¹ Aujourd'hui, six de ses sept sections (administration, contentieux, finances, intérieur, section du rapport et des études, sociale, travaux publics) sont consacrées à la fonction consultative. C'est en vue de cette dernière que le Conseil d'Etat a d'abord été institué, pour «rédiger les projets de loi et les règlements d'administration publique et (...) résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative» (article 52 de la constitution de l'an VIII). La consultation du Conseil d'Etat peut être obligatoire pour l'adoption de certains textes, tels les ordonnances (article 38 de la Constitution), les projets de loi (article 39 de la Constitution) ou encore les décrets en Conseil d'Etat (en application d'une loi, par exemple). L'avis du Conseil d'Etat ne lie pas le gouvernement – sauf dans le cas particulier d'avis conformes. En revanche, si ce dernier s'écarte de cet avis, il ne peut que reprendre son projet initial, et non adopter un nouveau projet, sur lequel l'institution n'aurait pas été consultée. La méconnaissance de cette obligation est sanctionnée tant par le Conseil constitutionnel (décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, *Election des conseillers régionaux*, censurant une disposition législative n'ayant pas été soumise à la consultation du Conseil d'Etat) que par le Conseil d'Etat au contentieux, pour lequel il s'agit, au terme d'une évolution jurisprudentielle, d'un vice de procédure qu'il relève, au besoin, d'office - et non plus d'un vice d'incompétence (Conseil d'Etat, 29 octobre 2008, *Caisse nationale d'assurance vieillesse des professions libérales*, n° 305746). Par ailleurs, le Gouvernement peut, de manière facultative, soumettre tout projet de texte à l'examen du Conseil d'Etat, mais aussi toute autre question en vue de la réalisation d'une étude (article R. 123-5 du code de justice administrative).

¹⁴² Articles L. 212-1 («Outre leurs attributions juridictionnelles, les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel exercent des fonctions consultatives») et R. 212-1 du code de justice administrative («Les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel peuvent être appelés à donner leur avis sur les questions qui leur sont soumises par les préfets. Les questions relevant des attributions des préfets de région de la métropole sont soumises par ces derniers à la cour administrative d'appel, les autres au tribunal administratif»).

¹⁴³ Conformément à l'idée selon laquelle «juger l'administration, c'est encore administrer», il doit exister une certaine proximité entre l'administration et son juge afin que ce dernier lui applique un droit spécialement adapté aux particularités de son action, qui tend à la réalisation de l'intérêt général. Le juge administratif, distinct de l'autorité judiciaire, a été institué à cette fin. C'est ce que traduit la notion de liaison de la compétence et du fond exprimée par l'arrêt du Tribunal des conflits du 8 février 1873 *Blanco*.

¹⁴⁴ Selon l'expression de l'ancien vice-président du Conseil d'Etat M. Marceau Long, cité dans P. Gonod, *Le Conseil d'Etat et la refondation de la justice administrative*, précité, p. 71.

¹⁴⁵ Cour européenne des droits de l'homme, 28 septembre 1995, *Procola contre Luxembourg*, n°14570/89.

¹⁴⁶ Cour européenne des droits de l'homme, *Sacilor-Lormines contre France*, précité.

formation contentieuse, par exemple, en rendant un avis sur un texte lors de son élaboration avant de juger de sa légalité¹⁴⁷.

Tirant les conséquences de cet arrêt, le décret du 6 mars 2008 a procédé à la codification de la pratique coutumière du déport en disposant qu'un membre du Conseil d'Etat ayant participé à la délibération d'un avis ne peut juger un recours dirigé contre un acte pris après cet avis¹⁴⁸. Il dispose encore que les membres qui participent au jugement des recours dirigés contre des actes pris après avis du Conseil d'Etat ne peuvent pas prendre connaissance de ces avis, dès lors que ces derniers n'ont pas été rendus publics, ni des dossiers des formations consultatives y relatifs¹⁴⁹. Il dispose enfin que lorsque le Conseil d'Etat est saisi d'un recours contre un acte pris après avis d'une de ses formations consultatives, la liste des membres ayant pris part à la délibération de cet avis est communiquée au requérant qui en fait la demande¹⁵⁰.

2. *Le rapporteur public*

Le rapporteur public¹⁵¹ – anciennement dénommé commissaire du gouvernement – est un membre de la juridiction qui a pour fonction de prononcer, à l'audience, des conclusions, proposant publiquement et en toute indépendance un raisonnement et une solution pour trancher un litige sans prendre part à la décision sur ce dernier¹⁵².

Dans un arrêt *Kress contre France* du 7 juin 2001¹⁵³, la Cour a jugé que la participation de ce dernier au délibéré, après qu'il ait prononcé publiquement ses conclusions à l'audience et donc exprimé sa position, méconnaissait le principe d'impartialité dans son volet « objectif », celui des apparences, conformément à l'idée selon laquelle la justice doit non seulement être impartiale, mais encore apparaître comme telle au justiciable¹⁵⁴.

Le décret du 7 janvier 2009 a mis fin à cette participation¹⁵⁵ et ainsi procédé aux ajustements nécessaires, à la suite desquels la Cour a reconnu la compatibilité des conditions d'intervention du commissaire du gouvernement avec l'impartialité objective¹⁵⁶. Le décret du 7 janvier 2009 a d'ailleurs procédé à une réforme dont la nécessité ne découlait pas de la jurisprudence de la Cour mais qui poursuivait

¹⁴⁷ Cour européenne des droits de l'homme, *Sacilor Lormines contre France*, précité, confirmant *Procola c/ Luxembourg*, précité.

¹⁴⁸ Article R.122-21-1 du code de justice administrative.

¹⁴⁹ Article R.122-21-2 du même code.

¹⁵⁰ Article R.122-21-3 du même code.

¹⁵¹ Cour européenne des droits de l'homme, grande chambre, 7 juin 2001, *Kress contre France*, n°39594/98.

¹⁵² Article L.7 du code de justice administrative.

¹⁵³ N°39594/98.

¹⁵⁴ Selon le principe issu de la jurisprudence anglaise selon lequel «*not only must justice be done; it must also be seen to be done*».

¹⁵⁵ Décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions.

¹⁵⁶ Cour européenne des droits de l'homme, 15 septembre 2009, *Étienne contre France*, n° 11396/08.

le même objectif de clarification de l'institution aux yeux du justiciable : il a rebaptisé le commissaire du gouvernement en rapporteur public pour dissiper tout doute sur la nature de cette institution et sur son indépendance du pouvoir exécutif. L'ancienne dénomination, fruit d'un passé lointain qui ne reflétait plus la réalité du fonctionnement institutionnel, pouvait poser problème au regard de la conception de la notion d'impartialité que retient la Cour, qui fait une large place aux apparences au nom de l'impartialité «objective».

Dans cet arrêt, la Cour a par ailleurs écarté les moyens tirés de la méconnaissance du principe du contradictoire tenant à ce que le commissaire du gouvernement prononce ses conclusions en dernier à l'audience, après les parties, aux motifs qu'il est, en pratique, loisible à ces dernières de prendre connaissance du sens de ses conclusions avant l'audience et d'ajouter des observations ultérieurement à celle-ci sous forme d'une note en délibéré. Les pratiques dont l'observation conditionne ainsi la conventionalité de l'institution ont alors été formalisées, inscrites dans les textes. La possibilité pour les parties de connaître à l'avance le sens des conclusions – et ainsi mieux se préparer à l'audience – est devenue non seulement un droit formalisé, inscrit dans le code de justice administrative depuis le décret du 7 janvier 2009¹⁵⁷, mais encore une pratique systématique qui n'est plus subordonnée à une demande de la part du justiciable, le sens des conclusions devant être systématiquement renseigné dans l'application *Sagace* quelques jours avant l'audience pour que les parties puissent en prendre connaissance en ligne.

De plus, l'ordre des prises de parole a été réformé. Devant les tribunaux et les cours, il a été inversé par décret du 23 décembre 2011¹⁵⁸ : ce sont désormais les parties, et non plus le rapporteur public, qui ont le dernier mot. Devant le Conseil d'Etat, les parties présentent toujours leurs observations avant le rapporteur public, mais elles peuvent ensuite reprendre la parole pour présenter de brèves observations, en application du décret du 7 janvier 2009¹⁵⁹. La justice administrative est par conséquent devenue plus « interactive »¹⁶⁰, par le renforcement des échanges oraux dans le procès administratif, qui traditionnellement leur faisait relativement peu de place, dès lors que la procédure de droit commun est écrite, c'est-à-dire que l'instruction est close avant l'audience, au cours de laquelle de nouvelles conclusions ne peuvent être présentées ni de nouveaux moyens soulevés et que le juge jouant un rôle actif durant l'instruction, comme nous l'avons vu, il connaît le dossier, de sorte qu'il est inutile que les plaideurs lui présentent leur argumentation de manière exhaustive.

Enfin, dans un arrêt *Marc-Antoine contre France* du 4 juin 2013¹⁶¹, la Cour a validé, au regard du principe invoqué d'égalité des armes, la circonstance que le rapporteur public ait, à la différence des parties, connaissance de la note et du projet

¹⁵⁷ Codifié à l'article R. 711-3 du code de justice administrative.

¹⁵⁸ Codifié à l'article R. 732-1 du même code.

¹⁵⁹ Codifié à l'article R. 733-1 du même code.

¹⁶⁰ J.-M. Sauvé, précité, p. 426.

¹⁶¹ N°54984/09.

du rapporteur, aux motifs qu'il n'est pas l'adversaire de quelque partie que ce soit, mais un membre de la juridiction. À cette occasion, la Cour a salué l'existence de cette institution dans une formule élogieuse mettant en lumière ce qu'elle apporte au justiciable: «les conclusions du rapporteur public, en ce qu'elles intègrent l'analyse du conseiller rapporteur, sont de nature à permettre aux parties de percevoir les éléments décisifs du dossier et la lecture qu'en fait la juridiction, leur offrant ainsi l'opportunité d'y répondre avant que les juges n'aient statué (...)», permettant aux justiciables «de saisir la réflexion de la juridiction pendant qu'elle s'élabore et de faire connaître leurs dernières observations avant que la décision ne soit prise». Le rapporteur public «est une fenêtre ouverte sur le fonctionnement interne, intime de la juridiction et sur le travail des juges»¹⁶².

La juridiction administrative n'a donc eu en rien à renoncer à ses caractéristiques essentielles. Des réformes se sont toutefois nourries du débat avec la Cour européenne des droits de l'homme, qui ont été menées alors même qu'elles n'étaient pas exigées par cette dernière, en vue de la rénovation de la juridiction administrative. Ces réformes montrent les capacités d'adaptation de la juridiction administrative, qui facilitent d'ailleurs elles-mêmes sa reconnaissance, en une sorte d'interaction.

Cette modernisation a aussi été réalisée en vue de rendre la justice de manière plus efficace.

III. UNE JUSTICE ADMINISTRATIVE EN MOUVEMENT

Depuis 1987, la justice administrative est sans cesse en mouvement pour améliorer son effectivité, pour non seulement dire le droit, mais encore, trancher les litiges¹⁶³. Elle a enregistré un gain d'effectivité qui se mesure aussi par un retentissement nouveau, notamment dans les médias. Selon Jean-Marc Sauvé¹⁶⁴, «beaucoup de controverses qui traversent notre société trouvent un écho devant nous, parce que nous sommes en capacité de vite nous prononcer, (...) que nos décisions s'exécutent et que nos prises de position sont respectées»¹⁶⁵.

¹⁶² B. Stirn, *Droit public français et européen*, précité, p. 575.

¹⁶³ D. d'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle: dire le droit et trancher les litiges*, Paris, LGDJ, collection thèses, 1994.

¹⁶⁴ B. Stirn, «Ordre public et libertés publiques», colloque sur l'Ordre public, organisé par l'Association française de philosophie du droit les 17 et 18 septembre 2015.

¹⁶⁵ J.-M. Sauvé, Vœux du vice-président aux membres et agents du Conseil d'Etat, Musée des Arts et Métiers, 16 janvier 2017, citant à titre d'exemples les affaires du port du «burkini», de l'installation de crèches de Noël dans des services ou espaces publics et des décisions d'arrêt de traitements de personnes en fin de vie. La même idée a été exprimée par B. Stirn: «parce qu'il conduit le juge des référés à se prononcer très rapidement, le référé, et singulièrement le référé-liberté, peut aussi le placer sous les feux de l'actualité politique et médiatique. Il donne à la juridiction administrative non seulement une grande efficacité mais aussi une visibilité accrue dans son rôle de défense des libertés» (B. Stirn, «Ordre public et libertés publiques», précité).

Les décisions du juge administratif sont aujourd'hui plus rapides (A) et mieux exécutées (B) ; la justice administrative doit néanmoins continuer de prévoir pour prévenir plutôt que guérir (C).

A. Des décisions rapides

La célérité est l'une des caractéristiques les plus évidentes d'une justice utile, effective et donc efficace. La juridiction administrative s'est organisée pour réduire ses délais de jugement de manière générale (1) et pour être en mesure de juger en urgence (2).

1. La réduction des délais de jugement

Depuis 1987, on enregistre une forte baisse des délais de jugement devant les juridictions administratives, parallèlement à une nette croissance du contentieux: «20 000 requêtes avaient été enregistrées en 1970; plus de 172 000 l'ont été en 2009. Depuis une quarantaine d'années, le contentieux administratif a augmenté en moyenne de 6% par an et il double presque tous les dix ans»¹⁶⁶. En dépit de cette croissance du contentieux, il pouvait être constaté en 2009 une réduction historique des délais de jugement, divisés par deux en première instance et par trois en appel en dix ans¹⁶⁷. Depuis, la célérité de la justice administrative a encore progressé, notamment sur les cinq dernières années¹⁶⁸. En 2016, le délai constaté de jugement des affaires ordinaires¹⁶⁹ était en moyenne d'un an, huit mois et vingt-huit jours devant les tribunaux administratifs, d'un an, un mois et vingt-six jours devant les cours administratives d'appel et d'un an et douze jours devant le Conseil d'Etat¹⁷⁰.

La création des cours, dont c'était l'objectif, explique pour partie ces progrès, de même que les renforts d'effectifs. L'usage qu'a fait la juridiction administrative de certains instruments procéduraux y a également contribué. Ainsi de la procédure de l'avis contentieux, déjà évoquée. Cette procédure est de nature à raccourcir considérablement le délai au terme duquel les litiges concernés peuvent trouver une solution définitive, par comparaison avec la voie « normale » de l'exercice

¹⁶⁶ J.-M. Sauvé, «Dix années de croissance du contentieux: Quelles réalités? Quelles réponses?», Colloque organisé à l'occasion du Xème anniversaire du tribunal administratif de Cergy-Pontoise, novembre 2010, disponible en ligne <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Dix-annees-de-croissance-du-contentieux-Quelles-realites-Quelles-reponses>

¹⁶⁷ « Le Conseil d'Etat et la justice administrative en faits et chiffres », 2009, disponible sur http://www.conseil-etat.fr/content/download/2301/6931/version/1/file/faits_chiffres_2009.pdf

¹⁶⁸ Entre 2012 et 2016, le délai constaté de jugement des affaires ordinaires, qui correspond au délai moyen de jugement des affaires, de leur enregistrement à leur notification, à l'exclusion des ordonnances de référés et des affaires dont le jugement est enserré dans des délais particuliers, est passé, devant les tribunaux administratifs, de un an et dix mois à un an et huit mois, devant les cours administratives d'appel, de un an et deux mois à un an et un mois et, devant le Conseil d'Etat, de un an et quatre mois à un an et douze jours.

¹⁶⁹ C'est-à-dire, à l'exclusion des procédures d'urgence et des affaires dont le jugement est enserré dans des délais particuliers.

¹⁷⁰ Conseil d'Etat, *Rapport public 2017*, Paris, La Documentation française, p. 66.

des voies de recours que sont l'appel et la cassation, surtout dans le cadre d'une justice administrative à trois niveaux depuis 1987. Par ailleurs, le Conseil d'Etat a fait usage de la possibilité que lui a conférée l'article 11 de la loi du 31 décembre 1987¹⁷¹ déjà mentionnée, lorsqu'il prononce la cassation, de «régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie», pour mettre un terme définitif au litige, en vue de respecter des délais raisonnables de jugement: tant que les délais de jugement étaient trop longs, il en a fait un large usage; il y a moins souvent recours depuis qu'ils sont satisfaisants¹⁷² – il reste que cette faculté procédurale conserve tout son intérêt notamment pour prévenir la méconnaissance du droit au délai raisonnable dans une affaire particulière dont le jugement aurait déjà trop tardé.

D'autres facteurs de la célérité accrue de la justice administrative sont à rechercher dans des aménagements de la procédure administrative de droit commun dans le sens de son adaptation à la nature des affaires traitées, à leur difficulté.

Le décret du 13 août 2013 a ainsi institué la possibilité de dispenser le rapporteur public de prononcer ses conclusions à l'audience dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel dans certaines matières, regardées comme présentant de faibles enjeux et difficultés. Il ne peut en être fait usage qu'au cas par cas, compte tenu des caractéristiques de chaque affaire¹⁷³.

Il en est de même de l'aménagement de la collégialité, principe directeur du procès administratif¹⁷⁴, «garantie de bonne justice (...) qui s'impose tout particulièrement en matière de contentieux administratif, la collégialité étant pour les juges qui sont chargés de le régler une condition de leur indépendance dans leurs rapports avec le plus puissant et le plus constant de leurs justiciables, c'est-à-dire l'administration»¹⁷⁵. Les procédures qui par exception relèvent d'un juge

¹⁷¹ Codifié à l'article L. 821-2 du code de justice administrative.

¹⁷² « L'article L. 821-2 du code de justice administrative a servi, en quelque sorte, de régulateur des stocks entre Conseil d'Etat et cours administratives d'appel, dans une utilisation conforme à sa lettre et à son objet. Rapidement, les cours se sont trouvées inondées sous la masse des dossiers d'appels, transférés du Conseil d'Etat ou nouvellement enregistrés. Parallèlement, le Conseil d'Etat tirait les bénéfices de l'opération, et redressait sa situation de façon spectaculaire. La pratique s'est donc tout naturellement instaurée de ne renvoyer, après annulation, aucune affaire en cour sauf si des caractéristiques de l'affaire justifiaient un tel renvoi » (D. Chabanol, « Les cours administratives d'appel et le Conseil d'Etat », précité, p.1258).

¹⁷³ Décret n°2013-730 portant modification du code de justice administrative, codifié à l'article R. 732-1-1 du code de justice administrative: «Sans préjudice de l'application des dispositions spécifiques à certains contentieux prévoyant que l'audience se déroule sans conclusions du rapporteur public, le président de la formation de jugement ou le magistrat statuant seul peut dispenser le rapporteur public, sur sa proposition, de prononcer des conclusions à l'audience sur tout litige relevant des contentieux suivants : 1° Permis de conduire ; 2° Refus de concours de la force publique pour exécuter une décision de justice; 3° Naturalisation ; 4° Entrée, séjour et éloignement des étrangers, à l'exception des expulsions; 5° Taxe d'habitation et taxe foncière sur les propriétés bâties afférentes aux locaux d'habitation et à usage professionnel au sens de l'article 1496 du code général des impôts ainsi que contribution à l'audiovisuel public; 6° Prestation, allocation ou droit attribués au titre de l'aide ou de l'action sociale, du logement ou en faveur des travailleurs privés d'emploi».

¹⁷⁴ L'article L.3 du code de justice administrative dispose que «les jugements sont rendus en formation collégiale, sauf s'il en est autrement disposé par la loi».

¹⁷⁵ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n°53.

statuant seul se sont développées ces dernières années. Par exemple, en application de dispositions introduites par le décret du 24 juin 2003¹⁷⁶, certaines affaires, en première instance, relèvent d'un juge statuant seul en application des articles R. 222-

13¹⁷⁷ à R. 222-15 du code, en raison de l'objet du litige¹⁷⁸. Est toutefois préservée la possibilité, pour ce dernier, de renvoyer une affaire en formation collégiale, au

¹⁷⁶ Décret n°2003-543.

¹⁷⁷ Article R. 222-13 du code de justice administrative: «Le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il désigne à cette fin et ayant atteint au moins le grade de premier conseiller ou ayant une ancienneté minimale de deux ans statue en audience publique et après audition du rapporteur public, sous réserve de l'application de l'article R. 732-1-1: 1° Sur les litiges relatifs aux prestations, allocations ou droits attribués au titre de l'aide ou de l'action sociale, du logement ou en faveur des travailleurs privés d'emploi, mentionnés à l'article R. 772-5; 2° Sur les litiges relatifs à la notation ou à l'évaluation professionnelle des fonctionnaires ou agents publics ainsi qu'aux sanctions disciplinaires prononcées à leur encontre qui ne requièrent pas l'intervention d'un organe disciplinaire collégial; 3° Sur les litiges en matière de pensions; 4° Sur les litiges en matière de consultation et de communication de documents administratifs ou d'archives publiques; 5° Sur les litiges relatifs aux impôts locaux et à la contribution à l'audiovisuel public, à l'exception des litiges relatifs à la contribution économique territoriale; 6° Sur les litiges relatifs aux refus de concours de la force publique pour exécuter une décision de justice; 7° Sur les requêtes contestant les décisions prises en matière fiscale sur des demandes de remise gracieuse; 8° Sur les litiges relatifs aux bâtiments menaçant ruine ou aux immeubles insalubres; 9° Sur les litiges relatifs au permis de conduire; 10° Sauf en matière de contrat de la commande publique sur toute action indemnitaire ne relevant pas des dispositions précédentes, lorsque le montant des indemnités demandées n'excède pas le montant déterminé par les articles R. 222-14 et R. 222-15.»

¹⁷⁸ Article L. 222-1 du code de justice administrative. Par ailleurs, en application de l'article R. 222-1 du code de justice administrative, des affaires relèvent d'un juge statuant seul en raison des questions posées par l'affaire: «Les présidents de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, les premiers vice-présidents des tribunaux et des cours, le vice-président du tribunal administratif de Paris, les présidents de formation de jugement des tribunaux et des cours et les magistrats ayant une ancienneté minimale de deux ans et ayant atteint au moins le grade de premier conseiller désignés à cet effet par le président de leur juridiction peuvent, par ordonnance: 1° Donner acte des désistements; 2° Rejeter les requêtes ne relevant manifestement pas de la compétence de la juridiction administrative; 3° Constater qu'il n'y a pas lieu de statuer sur une requête; 4° Rejeter les requêtes manifestement irrecevables, lorsque la juridiction n'est pas tenue d'inviter leur auteur à les régulariser ou qu'elles n'ont pas été régularisées à l'expiration du délai imparti par une demande en ce sens; 5° Statuer sur les requêtes qui ne présentent plus à juger de questions autres que la condamnation prévue à l'article L. 761-1 ou la charge des dépens; 6° Statuer sur les requêtes relevant d'une série, qui, sans appeler de nouvelle appréciation ou qualification de faits, présentent à juger en droit, pour la juridiction saisie, des questions identiques à celles qu'elle a déjà tranchées ensemble par une même décision devenue irrévocable, à celles tranchées ensemble par une même décision du Conseil d'Etat statuant au contentieux ou examinées ensemble par un même avis rendu par le Conseil d'Etat en application de l'article L. 113-1 et, pour le tribunal administratif, à celles tranchées ensemble par un même arrêt devenu irrévocable de la cour administrative d'appel dont il relève; 7° Rejeter, après l'expiration du délai de recours ou, lorsqu'un mémoire complémentaire a été annoncé, après la production de ce mémoire, les requêtes ne comportant que des moyens de légalité externe manifestement infondés, des moyens irrecevables, des moyens inopérants ou des moyens qui ne sont assortis que de faits manifestement insusceptibles de venir à leur soutien ou ne sont manifestement pas assortis des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé. Les présidents des cours administratives d'appel, les premiers vice-présidents des cours et les présidents des formations de jugement des cours peuvent, en outre, par ordonnance, rejeter les conclusions à fin de sursis à exécution d'une décision juridictionnelle frappée d'appel, les requêtes dirigées contre des ordonnances prises en application des 1° à 5° du présent article ainsi que, après l'expiration du délai de recours ou, lorsqu'un mémoire complémentaire a été annoncé, après la production de ce mémoire les requêtes d'appel manifestement dépourvues de fondement. Ils peuvent, de même, annuler une ordonnance prise en application des 1° à 5° du présent article à condition de régler l'affaire au fond par application de l'une de ces dispositions.»

regard de la difficulté qu'elle présente¹⁷⁹. Le juge statuant seul n'est ainsi pas une juridiction distincte – à la différence, dans la justice judiciaire, du juge d'instance –, mais seulement une «émanation provisoire» de la juridiction collégiale à laquelle il appartient¹⁸⁰.

Les adaptations procédurales sont donc modulées en fonction de la difficulté et de l'enjeu des affaires.

La justice administrative a ainsi obtenu une réduction généralisée de ses délais de jugement ; mais c'est surtout sa capacité à «juger en urgence»¹⁸¹ les affaires qui le nécessitent qui détermine son effectivité.

2. La capacité à juger en urgence

Il y a urgence «lorsque la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre»¹⁸².

Le juge administratif a certes prouvé de longue date sa capacité à adapter la rapidité de son intervention à l'enjeu du litige dont il est saisi. Ainsi, il a rendu son arrêt d'Assemblée *Canal, Robin et Godot*, annulant l'ordonnance instituant la Cour militaire de justice qui avait condamné à mort les requérants, le 19 octobre 1962, alors que l'exécution du Sieur Canal était fixée au lendemain, 20 octobre¹⁸³. Mais il n'a pas toujours réussi à faire preuve d'une réactivité suffisante. Ainsi, l'arrêt du 19 mai 1933 *Benjamin*, emblématique du rôle de gardien des libertés assumé par le juge administratif pour être à l'origine du contrôle de proportionnalité lorsqu'il leur est porté atteinte, a-t-il été rendu plusieurs années après l'interdiction illégale d'une réunion et n'a donc eu, pour toute conséquence concrète, que la condamnation, en 1938, de la ville de Nevers à verser une indemnité au requérant, qui avait été empêché d'y prononcer une conférence¹⁸⁴.

Durant ces trente dernières années, cette capacité a changé de dimension grâce à l'efficacité renforcée de procédures dédiées au jugement en urgence. C'est avant tout le fruit d'une réforme, celle des référés.

La loi du 30 juin 2000¹⁸⁵ a fortement accru l'efficacité des référés, notamment en créant le référé-suspension. La possibilité d'une suspension rapide de l'exécution

¹⁷⁹ Aux termes du second alinéa de l'article R. 222-19 du code de justice administrative: «Dans les cas mentionnés à l'article R. 222-13, le président du tribunal ou le magistrat désigné pour statuer peuvent, de leur propre initiative ou sur proposition du rapporteur public décider d'inscrire l'affaire au rôle d'une formation collégiale de la chambre» ou de l'une des formations de jugement mentionnées à l'alinéa précédent.»

¹⁸⁰ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 53-3°.

¹⁸¹ Selon l'expression de B. Stirn et Y. Aguila, *Droit public français et européen*, précité, p. 376.

¹⁸² CE Sect., 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, n° 228815.

¹⁸³ M. Long, P. Weil, G. Braibant *et alii*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 20^{ème} édition, Dalloz, p. 512.

¹⁸⁴ B. Stirn, Y. Aguila, précité, p. 377.

¹⁸⁵ Loi n°2000-597 relative au référé devant les juridictions administratives.

d'un acte administratif, en attendant qu'il soit jugé de sa légalité au fond, est cruciale du point de vue de l'effectivité de la justice *administrative*, car l'administration, disposant du «privilège du préalable», édicte des actes administratifs exécutoires, s'imposant aux administrés tant qu'ils n'ont pas été annulés ou réformés par le juge. Il s'agit là de la règle fondamentale du droit public selon l'expression du

Conseil d'Etat dans l'arrêt du 2 juillet 1982 *Huglo*¹⁸⁶. Avant la réforme de 2000, la suspension pouvait être prononcée dans le cadre de l'ancien sursis à exécution, mais ce dernier était dénoncé comme inefficace ; il l'a été notamment dans un article publié en 1962 *Le Huron au Palais-Royal* mettant en scène un visiteur étranger et son hôte au Conseil d'Etat¹⁸⁷. L'ancien sursis à exécution ne pouvait être prononcé contre une décision de rejet¹⁸⁸. En application de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, issu de la loi de 2000, en revanche, «quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision».

Les référés, tels que réformés par la loi du 30 juin 2000, ont tout particulièrement accru la capacité d'intervention rapide du juge lorsqu'une liberté est en jeu, grâce à une procédure propre, le référé-liberté. Aux termes de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, «saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante huit heures.»

L'application que fait le juge administratif de ces dispositions les rend particulièrement efficaces, dès lors que la condition d'urgence de ce recours est présumée remplie compte tenu de l'objet et des effets de certaines décisions administratives, ainsi qu'il a été jugé au sujet des assignations à résidence prononcées dans le cadre de l'état d'urgence¹⁸⁹. Le juge accepte par ailleurs d'exercer dans ce cadre un contrôle de conventionalité de la loi, au terme d'un revirement récent¹⁹⁰.

¹⁸⁶ N° 25288.

¹⁸⁷ J. Rivero, «*Le Huron au Palais-Royal*», Dalloz, 1962, Chronique VI, p. 38-39.

¹⁸⁸ Ainsi, le Conseil d'Etat a longtemps jugé que faute pour le juge administratif de pouvoir adresser des injonctions à l'administration, il ne pouvait en principe ordonner le sursis à exécution d'une décision de rejet (CE Ass. 23 janvier 1970 *Ministre d'Etat chargé des affaires sociales contre Amoros* et autres, n°77861Lebon p. 51). Dix jours avant l'entrée en vigueur des dispositions suscitées de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, issues de la loi du 30 juin 2000, il abandonnait cette jurisprudence (Conseil d'Etat, Section, 20 décembre 2000, n°206745).

¹⁸⁹ CE, Sect., 11 décembre 2015, n°395009.

¹⁹⁰ CE, Ass., 31 mai 2016 *Mme C... A...*, n° 396848, revenant sur CE, 30 décembre 2002, *Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement*, n° 240430.

Ainsi, comme souligné par mon collègue Bernard Stirn¹⁹¹, une ordonnance du 19 août 2002, *Front national*¹⁹², qui enjoint au maire d'Annecy de laisser se dérouler dans sa ville l'université d'été du Front national, se borne à faire application des principes de la jurisprudence *Benjamin*. Mais, au lieu d'intervenir plusieurs années après l'interdiction de la réunion, elle a été rendue en temps utile pour que l'université d'été en cause se tînt effectivement à la fin du mois d'août.

L'effectivité de la justice se caractérise encore par la bonne exécution de ses décisions.

B. Des décisions mieux exécutées

L'exécution avait été dénoncée comme un point faible de la juridiction administrative, notamment dans le *Huron au Palais-Royal*¹⁹³. Le problème est apparu avec plus d'acuité à compter de 1987, année au cours de laquelle la Cour de cassation a jugé les voies d'exécution de droit commun inapplicables aux personnes publiques¹⁹⁴, alors que, quelques années plus tard, la bonne exécution des décisions de justice était promue au rang de condition du droit au procès équitable¹⁹⁵. De grands progrès ont été réalisés en matière d'exécution des décisions de la juridiction administrative au cours des trois dernières décennies, au moyen du pouvoir d'adresser des injonctions à l'administration (1), d'une meilleure sanction de l'inexécution (2) et de la facilitation de la bonne exécution des décisions (3).

1. Le pouvoir d'adresser des injonctions à l'administration

L'une des évolutions majeures de l'office du juge administratif porte sur son pouvoir d'adresser des injonctions à l'administration. Traditionnellement, il s'y refusait¹⁹⁶. Le fondement de cette réticence, qui a pu être critiquée par la doctrine¹⁹⁷, est exclusivement prétorien. Elle peut s'expliquer par l'ambiguïté de l'idée selon laquelle «juger l'administration, c'est encore administrer», le juge pouvant craindre de se substituer à l'administration, de sortir de son office pour empiéter sur la mission propre de cette dernière. Selon l'hôte du *Huron au Palais-Royal*, «la nature des choses commande; et la nature des choses veut que la fonction de juger soit, au sein de l'exécutif, distincte de celle d'agir. Où irions-nous si le juge administratif tirait,

¹⁹¹ B. Stirn, «Ordre public et libertés publiques», précité.

¹⁹² N° 249666.

¹⁹³ J. Rivero, précité, p. 38-39.

¹⁹⁴ Cour de cassation, Civ. 1ère, 21 décembre 1987, *Bureau de recherches géologiques et minières*, n°86-14167, publié au bulletin.

¹⁹⁵ Cour européenne des droits de l'homme, 19 mars 1997, *Hornsby contre Grèce*, n°18357/91.

¹⁹⁶ Alors qu'il acceptait d'en adresser aux personnes privées «ordinaires»: CE, 4 février 1976, *Elissonde*, n°92742.

¹⁹⁷ J. Rivero, précité, p. 38 : pour le Huron: «la justice est faite pour le justiciable, et (...) sa valeur se mesure en termes de vie quotidienne» et le juge, en se désintéressant du règlement des situations concrètes qui lui sont soumises ne va pas «au bout de sa tâche» comme «un bûcheron qui couperait les racines de l'arbre, mais se refuserait à l'abattre, laissant ce soin à la tempête d'hiver».

de l'annulation, les conséquences nécessaires, dictait à l'Administration la conduite à tenir pour rétablir le droit ou osait substituer lui-même, à la décision annulée, une décision juridiquement correcte?»; ce à quoi le Huron répond «chez nous, on pense que la nature de la fonction du juge est, en toute matière, de dire ce que le droit exige ; lorsque notre juge décide lequel des deux chasseurs qui se disputent le corps d'un élan dont chacun prétend l'avoir tué a vraiment tué l'élan, et doit l'emporter, selon les lois de la chasse, nous pensons qu'il reste juge, et ne devient pas chasseur d'élangs». De plus, l'«autocensure» du juge suggérait son manque d'autorité réelle, dissimulé derrière un prestige de façade : comme souligné dans le *Huron*: «ne rien commander est le moyen le plus sûr de n'être pas désobéi»¹⁹⁸.

La donne a été modifiée en 1995. En effet, aux termes de la loi du 8 février 1995¹⁹⁹, le juge, saisi de conclusions en ce sens, peut et doit prononcer toute injonction de prendre une mesure d'exécution dans un sens déterminé qui est nécessairement impliquée par le jugement²⁰⁰ ou encore toute injonction de prendre de nouveau une décision, après une nouvelle instruction impliquée par le jugement²⁰¹. Le juge peut assortir l'injonction ainsi prononcée d'une astreinte²⁰².

Le prononcé d'injonctions à l'égard de l'administration, lui indiquant dès la décision juridictionnelle les obligations qui en découlent, c'est-à-dire, les mesures qu'il lui incombe de prendre, est de nature à *prévenir* toute difficulté d'exécution.

Ensuite, en sus du pouvoir d'injonction que la loi lui a conféré, le Conseil d'Etat a, dans un arrêt de 2001 *Vassilikiotis*, consacré de manière *prétorienne* un pouvoir d'indiquer d'office – sans être saisi de conclusions en ce sens –, dans le *dispositif* de sa décision, que celle-ci implique pour l'administration une obligation énoncée dans les *motifs* de sa décision²⁰³. Le juge administratif manifeste ainsi qu'il assume aujourd'hui pleinement son pouvoir d'injonction d'exécution, à rebours de sa position initiale.

L'exercice par le juge administratif de son pouvoir d'injonction a considérablement renforcé l'effectivité de son intervention, son incidence concrète sur les litiges. Dans l'arrêt *Vassilikiotis* précité, le juge est allé loin: annulant partiellement un règlement en ce qu'il ne prévoyait pas certaines dispositions, il a enjoint à l'administration non seulement d'édicter les dispositions manquantes, mais encore, dans l'attente de cette édicition, de ne pas opposer leur absence aux particuliers. Alors que les ouvrages publics étaient traditionnellement regardés comme intangibles malgré l'irrégularité qui pouvait, le cas échéant, entacher leur construction, en 2003, le juge a ordonné la démolition d'un tel ouvrage après avoir pesé les intérêts en

¹⁹⁸ J. Rivero, précité, p. 38.

¹⁹⁹ Loi n°95-125 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

²⁰⁰ Article L. 911-1 du code de justice administrative.

²⁰¹ Article L. 911-2 du même code.

²⁰² Article L. 911-3 du même code.

²⁰³ CE, Ass. 29 juin 2001, n° 213229.

présence²⁰⁴. Dans le contentieux de la responsabilité, le pouvoir d'injonction ouvre de nouvelles perspectives quant aux formes de la réparation, qui traditionnellement est exclusivement pécuniaire et non pas en nature : en 2015, le Conseil d'Etat a jugé que, lorsque le juge administratif statue sur un recours indemnitaire tendant à la réparation d'un préjudice imputable à un comportement fautif d'une personne publique et qu'il constate que ce comportement et ce préjudice perdurent à la date à laquelle il se prononce, il peut, en vertu de ses pouvoirs de pleine juridiction et lorsqu'il est saisi de conclusions en ce sens, enjoindre à la personne publique en cause de mettre fin à ce comportement ou d'en pallier les effets²⁰⁵. Certaines injonctions prononcées ont un fort retentissement, précisément en raison de leur impact sur les politiques publiques. Des affaires récentes en témoignent. Ainsi, dans un arrêt du 12 juillet 2017, le Conseil d'Etat a enjoint au Premier ministre et aux ministres chargés de l'environnement et de la santé de prendre des mesures pour lutter contre la pollution de l'air²⁰⁶ ; dans un arrêt du 8 février 2017, il a enjoint au ministre chargé de la santé de prendre des mesures pour rendre disponibles des vaccins correspondant aux seules obligations de vaccinations²⁰⁷.

De plus, le juge administratif des référés exerce, depuis la réforme de 2000, un pouvoir d'injonction *au principal*²⁰⁸. Tel est le cas dans les référés «liberté»²⁰⁹ et «mesures utiles»²¹⁰. Si les mesures ordonnées doivent en principe avoir un caractère provisoire compte tenu de l'office du juge des référés²¹¹, ce dernier peut ordonner une mesure ayant un caractère définitif lorsqu'elle est la seule à même de sauvegarder la liberté fondamentale en cause²¹².

Par ailleurs, l'inexécution est mieux sanctionnée.

²⁰⁴ CE, Sect., 29 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et commune de Clans*, n° 245239. L'injonction, qui en l'espèce a été prononcée postérieurement à la décision juridictionnelle à la suite d'une demande d'exécution de cette dernière, a été prononcée après application de la théorie du bilan : («Considérant que lorsque le juge administratif est saisi d'une demande d'exécution d'une décision juridictionnelle dont il résulte qu'un ouvrage public a été implanté de façon irrégulière il lui appartient, pour déterminer, en fonction de la situation de droit et de fait existant à la date à laquelle il statue, si l'exécution de cette décision implique qu'il ordonne la démolition de cet ouvrage, de rechercher, d'abord, si, eu égard notamment aux motifs de la décision, une régularisation appropriée est possible ; que, dans la négative, il lui revient ensuite de prendre en considération, d'une part, les inconvénients que la présence de l'ouvrage entraîne pour les divers intérêts publics ou privés en présence et notamment, le cas échéant, pour le propriétaire du terrain d'assiette de l'ouvrage, d'autre part, les conséquences de la démolition pour l'intérêt général, et d'apprécier, en rapprochant ces éléments, si la démolition n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général»).

²⁰⁵ CE, 27 juillet 2015, n°367484. En l'espèce, l'administré demandait, outre la réparation du préjudice qu'il avait subi par la faute de la commune, d'ordonner à cette dernière de prendre les mesures nécessaires pour mettre fin aux pollutions dont il était victime ou, à défaut, de mettre à sa disposition une pâture saine.

²⁰⁶ CE, 12 juillet 2017, *Association Les amis de la terre France*, n°394254.

²⁰⁷ Alors qu'ils ne sont souvent disponibles qu'en combinaison avec d'autres vaccins, qui eux sont facultatifs : CE, 8 février 2017, n°397151.

²⁰⁸ Il est objet même de la saisine de la juridiction, contrairement au pouvoir d'injonction d'exécution.

²⁰⁹ Article L. 521-2 du code de justice administrative.

²¹⁰ Article L. 521-3 du même code.

²¹¹ Article L. 511-1 du même code: «Le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire».

²¹² CE, Ord., 30 mars 2007 *Ville de Lyon*, n°304053, s'agissant de l'injonction de louer une salle en vue de la tenue d'une réunion publique.

2. L'inexécution mieux sanctionnée

Des progrès avaient été réalisés dès la loi du 16 juillet 1980. Celle-ci a introduit la possibilité de saisir la juridiction administrative en cas d'inexécution d'une de ses décisions en vue du prononcé d'une astreinte²¹³. Par ailleurs, dans le cas particulier d'une décision passée en force de chose jugée portant condamnation au paiement d'une somme d'argent²¹⁴, cette loi dispose que si la personne publique condamnée est l'Etat, à défaut d'ordonnancement de cette somme dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision, « le comptable assignataire doit, à la demande du créancier et sur présentation de la décision de justice, procéder au paiement ». La loi dispose, par ailleurs, que si la personne publique condamnée est une collectivité territoriale ou un établissement public, à défaut de mandatement ou d'ordonnancement de la somme dans un délai de deux mois à compter de la décision de justice, il y est procédé d'office par le représentant de l'Etat dans le département ou par l'autorité de tutelle.

Beaucoup plus récemment, la juridiction administrative a été dotée du pouvoir de demander compte de la bonne exécution de ses décisions à l'administration. Le décret du 6 avril 2017²¹⁵ a renforcé le suivi, par la juridiction administrative elle-même, de l'exécution de ses décisions, ce qui va permettre de pallier le désintérêt dont les requérants font parfois preuve, par lassitude peut-être, quant à l'exécution de la décision de justice qu'ils ont obtenue, se contentant de la victoire morale qu'elle représente pour eux. Les limites de procédures d'exécution entièrement laissées aux mains des justiciables avaient été soulignées dans *Le Huron au Palais-Royal*. Le Huron s'interrogeait : «et si la victime est pauvre, ou mal informée, ou lasse de plaider? Car, de recours en recours, le temps, me semble-t-il, s'écoule? Et si elle ne s'engage pas dans la seconde instance? Que se passe-t-il?». Son hôte lui répondait : «que voulez-vous qu'il se passe? Le juge, en annulant, a rempli tout son office (...); les exégètes en apprécieront la haute portée doctrinale. Voudriez-vous qu'ils dussent suivre, dans ses démêlés ultérieurs, et souvent mesquins, avec l'Administration, ce modeste comparse qu'est le requérant?»²¹⁶. Le nouvel article R. 931-6²¹⁷ issu du décret permet au président de la section du rapport et des études de demander *de sa propre initiative* à l'administration de justifier de l'exécution

²¹³ Articles 2 et 6 de la loi du 16 juillet 1980, codifiés à l'article L. 911-5 du code de justice administrative.

²¹⁴ Article 1er de ladite loi, codifiée à l'article L. 911-9 du même code.

²¹⁵ Décret n° 2017-493 du 6 avril 2017 modifiant le code de justice administrative.

²¹⁶ J. Rivero, précité, p. 39.

²¹⁷ «Le président de la section du rapport et des études peut, même s'il n'est pas saisi en application de l'article R.931-2 [par les parties intéressées], demander aux personnes morales mentionnées à l'article L. 911-5 [morales de droit public ou les organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public] de justifier de l'exécution d'une décision du Conseil d'Etat. Les dispositions du deuxième et du troisième alinéa de l'article R. 931-3 sont applicables. Lorsqu'il estime que la décision du Conseil d'Etat n'a pas été exécutée, le président de la section du rapport et des études saisit le président de la section du contentieux aux fins d'ouverture d'une procédure d'astreinte d'office. La saisine est accompagnée de la note prévue au premier alinéa de l'article R. 931-4. Le président de la section du contentieux prononce par ordonnance l'ouverture de la procédure. L'ordonnance est enregistrée au secrétariat de la section du contentieux et notifiée aux parties. Les dispositions de l'article R. 931-5 sont applicables.»

de certaines décisions rendues par la section du contentieux ; en l'absence de ces justifications, une procédure d'astreinte d'office peut être ouverte par le président de la section du contentieux. Par ailleurs, le nouvel article R. 921-7²¹⁸ issu du même décret renforce le suivi des astreintes prononcées par les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel.

Enfin, il est beaucoup plus difficile à l'administration de contourner son obligation d'exécuter les décisions du juge administratif aujourd'hui qu'en 1987. La voie d'un tel contournement est devenue plus étroite à mesure que l'encadrement des validations législatives d'actes administratifs est devenu plus drastique. De telles validations rétroactives d'actes administratifs illégaux peuvent avoir pour effet d'abolir l'obligation, pour l'administration, d'exécuter certaines décisions du juge administratif. Elles ont été exclues par le Conseil constitutionnel dès sa décision du 22 juillet 1980 *Loi portant validation d'actes administratifs*, au nom de l'indépendance du juge administratif, dans la mesure où elles contreviendraient à l'autorité de chose jugée. En revanche, une validation demeurerait possible pour prévenir l'annulation d'actes administratifs illégaux parce que pris sur le fondement d'un autre acte, dont l'annulation a été prononcée. Le Conseil constitutionnel a en effet reconnu, dans la même décision, au législateur, «pour des raisons d'intérêt général, la faculté d'user de son pouvoir de prendre des dispositions rétroactives afin de régler, comme lui seul, en l'espèce, pouvait le faire, les situations nées de l'annulation» d'un acte administratif²¹⁹. La validation ne saurait donc porter sur l'acte même qui a été annulé, mais elle peut porter sur les mesures prises sur ce fondement ou en conséquence de ce dernier²²⁰.

Il peut s'agir en pratique pour l'administration de se soustraire elle-même à l'obligation d'exécuter la chose jugée, dès lors que c'est le gouvernement qui pourra prendre l'initiative de saisir le Parlement d'un projet de loi de validation dont il obtiendra l'adoption. Il y est fait allusion avec ironie dans le *Huron au Palais-Royal*²²¹. Or cela revient à réduire considérablement l'autorité des décisions du juge administratif. «On ne saurait pour autant condamner dans son principe la technique

²¹⁸ «À compter de la date d'effet de l'astreinte prononcée, même à l'encontre d'une personne privée, par le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel, le président de la juridiction ou le magistrat qu'il désigne, après avoir accompli le cas échéant de nouvelles diligences, fait part à la formation de jugement concernée de l'état d'avancement de l'exécution de la décision ». Dans sa rédaction antérieure, il disposait que : « Lorsqu'à la date d'effet de l'astreinte prononcée par le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel, cette juridiction constate, d'office ou sur la saisine de la partie intéressée, que les mesures d'exécution qu'elle avait prescrites n'ont pas été prises, elle procède à la liquidation de l'astreinte dans les conditions prévues aux articles L. 911-6 à L. 911-8. »

²¹⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980 *Loi portant validation d'actes administratifs*, Considérant 9.

²²⁰ Par exemple, les nominations prononcées à la suite d'une délibération d'un jury de concours qui a été annulée.

²²¹ J. Rivero, précité, p. 39 : l'hôte du Huron note qu'il «suffit» à l'administration «d'obtenir une loi qui efface les effets de la chose jugée, et rétablisse l'ancien état des choses, en le revêtant de l'autorité suprême; elle l'obtient, le plus souvent, sans grande difficulté; et le règne du Droit, par là, reprend son empire».

des lois de validation»²²² compte tenu des difficultés qui peuvent découler de l'exécution de certaines annulations et notamment des atteintes aux droits des tiers.

L'encadrement des lois de validation est toutefois devenu plus drastique à compter des années 1990. En premier lieu, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a évolué, conditionnant la constitutionnalité de la validation notamment à l'existence d'un intérêt général «suffisant»²²³. Par ailleurs, le respect du droit au procès équitable garanti par l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales impose, lorsque la validation modifie les règles d'un procès en cours, l'existence d'«impérieux motifs d'intérêt général», faute de quoi la loi est inconstitutionnelle²²⁴. Le juge administratif peut alors écarter la loi pour annuler les actes que cette dernière entendait valider²²⁵, voire engager la responsabilité de l'Etat²²⁶.

La sanction de l'inexécution, par l'administration, des décisions de son juge s'est renforcée au cours des trois dernières décennies. Parallèlement, la bonne exécution de ces dernières a été facilitée.

3. La bonne exécution facilitée

C'est ce qui résulte de deux évolutions majeures de l'office du juge administratif.

Selon l'expression du vice-président du Conseil d'Etat, Jean-Marc Sauvé, le bandeau qui couvre les yeux de la justice dans les allégories «ne doit masquer au juge ni la réalité des litiges qui lui sont soumis, ni les conséquences prévisibles de ses décisions»²²⁷. Dans les années récentes, le juge administratif a redoublé d'efforts pour rendre des décisions adaptées aux litiges dont il est saisi en tenant compte des intérêts en jeu. Par conséquent, le législateur n'est plus tout à fait le «seul» à pouvoir régler les situations nées des annulations qu'il prononce, contrairement à la formule du Conseil constitutionnel dans sa décision de 1980 : dans une certaine mesure, le juge administratif lui-même s'en charge, en s'efforçant, plus nettement encore que par le passé, de faire preuve de pragmatisme dans le constat des irrégularités et de discernement dans la censure de ces dernières.

Le juge administratif a toujours fait preuve de pragmatisme dans le constat des irrégularités, pour éviter la remise en cause *inutile* des actes administratifs. Il n'a jamais conçu son office comme un exercice purement «académique» et au contraire

²²² R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité. L'auteur cite l'exemple de l'annulation, par un arrêt d'Assemblée du 28 mars 1949, *Chalvon-Demersay*, Lebon p. 134 du concours d'entrée de 1947 à l'Ecole centrale des arts et manufactures, prononcée au motif d'une erreur du jury, en conséquence de laquelle 225 élèves auraient dû se présenter à un nouveau concours d'entrée et recommencer leur scolarité, si la validation de leur admission n'avait été prononcée par la loi du 2 août 1949.

²²³ Conseil constitutionnel, décision n°96-375 DC du 9 avril 1996, *Dispositions d'ordre économique et financier*.

²²⁴ Cour européenne des droits de l'homme, 28 octobre 1999, *Zielinski contre France*, n°24846/94.

²²⁵ CE, Ass., Avis contentieux, 27 mai 2005, n°277975.

²²⁶ CE, Ass., 8 février 2007, n°279522.

²²⁷ J.-M. Sauvé, « Administrer la juridiction administrative », précité, p. 428.

toujours eu conscience qu'il s'agissait, non pas seulement de «dire le droit», mais d'abord, de trancher un litige, démentant certaines critiques formulées dans le *Huron au Palais-Royal*²²⁸. Pour éviter de prononcer des annulations inutiles qui perturberaient l'ordonnancement juridique en pure perte, il refuse ainsi de longue date de regarder comme illégaux des actes qui devaient de toute manière être pris, nonobstant un motif erroné, comme dans les cas où l'administration est en situation de compétence liée²²⁹, ou qui pouvaient l'être au regard de motifs surabondants²³⁰. Il refuse encore de regarder comme illégaux des actes entachés d'une irrégularité procédurale lorsque cette dernière est mineure et qu'elle n'a pu porter à conséquence : seul le vice de procédure *substantiel* peut être une source d'irrégularité, un cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir²³¹.

Ces dernières décennies ont fait apparaître de manière éclatante tout l'intérêt de cette approche pragmatique qui caractérise traditionnellement l'exercice, par le juge administratif, de son office, à travers la consécration, déjà évoquée, du principe de sécurité juridique. Cette consécration a donné un fondement plus solide au souci de préservation d'une certaine - et nécessairement relative - stabilité de l'ordonnancement juridique et à l'approche pragmatique du juge administratif, qui par conséquent s'est pleinement déployée.

En témoigne l'admission, dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, au terme d'une importante évolution de la jurisprudence, de la réfaction par le juge de l'acte administratif reposant sur des motifs erronés, par *substitution* des motifs sur lesquels l'administration aurait dû se fonder, qu'il s'agisse de la base légale²³² ou d'autres motifs²³³, sous certaines conditions²³⁴. Cette tendance se manifeste encore par la réaffirmation de ce qu'en matière d'irrégularités procédurales, seules celles ayant un caractère substantiel, c'est-à-dire, ayant privé l'administré d'une garantie, ont pu avoir une incidence sur le sens de la décision prise, entraînent l'irrégularité de cette dernière dans le contentieux portant sur la légalité d'un acte administratif²³⁵.

Même lorsqu'il conclut à une irrégularité, le juge administratif fait preuve de discernement quant à la sanction qu'il prononce. Longtemps, toute irrégularité a entraîné l'annulation dans le contentieux de l'excès de pouvoir, sanction très forte

²²⁸ J. Rivero, précité, page 38.

²²⁹ CE, Sect., 3 février 1999, n°149722, précisant l'abondante jurisprudence antérieure et pour partie ancienne.

²³⁰ CE, Ass., 12 janvier 1968, *Ministre de l'économie et des finances contre Mme Perrot*, n°70951.

²³¹ CE, Ass., 23 décembre 2011, n°335033.

²³² CE, Sect., 3 décembre 2003, *Préfet de la Seine-Maritime*, n°240267.

²³³ CE, Sect., 6 février 2004, n°240560.

²³⁴ Sous certaines conditions tenant, en particulier, à ce que l'administré ne soit pas privé de garanties, ainsi qu'il résulte de ces arrêts.

²³⁵ La solution vaut qu'il s'agisse du contentieux de l'excès de pouvoir, comme dans l'arrêt de 2011 précité, ou dans celui du plein contentieux objectif, dans lequel le juge dispose d'un pouvoir de réformation (CE, Sect., 16 avril 2012, n° 320912, transposant la jurisprudence précitée dans le contentieux fiscal d'assiette en jugeant qu'une irrégularité procédurale demeure sans conséquence sur le bien-fondé de l'imposition s'il est établi que, n'ayant privé le contribuable d'aucune garantie, elle n'a pas pu avoir d'influence sur la décision de redressement).

en raison de son caractère rétroactif, imposant en principe à l'administration de prendre toutes les mesures nécessaires pour effacer toute conséquence de l'acte administratif illégal²³⁶.

Dans la période récente, s'inscrivant dans le mouvement déjà décrit consistant à accorder plus de valeur à la sécurité juridique, le juge administratif ajuste l'exercice de ses pouvoirs au litige, modulant les effets des annulations qu'il prononce dans le temps pour maintenir aux actes annulés certains des effets qu'ils ont produit lorsque la balance qu'il effectue des intérêts en présence, dont l'intérêt général, le commande²³⁷ mais aussi édicter des mesures transitoires²³⁸. La modulation, par le juge, des effets de certains de ses revirements jurisprudentiels, que nous avons évoquée sous l'angle de la reconnaissance de la jurisprudence comme source du droit, procède d'ailleurs d'une extension de ce pouvoir des actes administratifs à la jurisprudence²³⁹.

Procède de la même logique l'importante évolution observée dans un contentieux subjectif de pleine juridiction, à savoir, le contentieux contractuel : le Conseil d'Etat juge aujourd'hui que l'objectif de stabilité des relations contractuelles, lorsque la gravité et la nature des irrégularités le permet, commande au juge de maintenir celles-ci²⁴⁰.

Ce faisant, le juge administre son propre office pour tenir compte de la réalité du litige et des intérêts en présence dans la prise de décision. Cette démarche s'inscrit dans la conception qui est à l'origine de l'existence même du juge administratif, selon laquelle «juger l'administration, c'est encore administrer». Ce faisant, la singularité de l'office du juge administratif, dont la raison d'être est l'application, à l'administration, d'un droit adapté à son action, se trouve réaffirmée.

Malgré les succès enregistrés, la justice administrative doit continuer de prévenir plutôt que guérir.

C. Continuer à prévoir pour prévenir

1. Le décret du 2 novembre 2016

Par exemple, le décret du 2 novembre 2016²⁴¹ a procédé à l'élargissement des possibilités de rejet par ordonnance dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel²⁴² et introduit la possibilité pour le président de la

²³⁶ CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, Lebon p. 1065.

²³⁷ CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! Chômage*, n° 255886.

²³⁸ CE, 14 mai 2014, *Société Addmedica*, n°363195 et 29 janvier 2014 *Conseil national des professions de l'automobile, branche professionnelle des recycleurs de l'automobile*, n°360791 (se référant expressément au principe de sécurité juridique et décidant que des dispositions des actes administratifs annulés continuent de s'appliquer jusqu'à une date donnée, postérieure à la lecture de l'arrêt).

²³⁹ CE, 4 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, précité.

²⁴⁰ CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n°237137.

²⁴¹ Décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016 portant modification du code de justice administrative.

²⁴² Article 3 du décret précité modifiant l'article R. 222-1 du code de justice administrative.

formation de jugement, ou, au Conseil d'Etat, le président de la chambre chargée de l'instruction, de fixer d'office, et dans tous les litiges, une date à partir de laquelle de nouveaux moyens ne peuvent plus être invoqués²⁴³. Il faut en effet continuer de progresser dans le traitement des litiges sur la voie de l'efficacité, mais aussi tenter de prévenir le contentieux.

2. La prévention du contentieux par le développement de la médiation

Le Conseil d'Etat avait réalisé, à la demande du Premier ministre, une étude *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*²⁴⁴, adoptée par l'assemblée générale le 29 juillet 2010. Cette demande s'inscrivait dans la perspective de la transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, transposition à laquelle l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 a procédé. La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle²⁴⁵ a procédé, en son article 5, à la ratification de l'ordonnance de 2011, tout en allant plus loin dans le sens du développement de la médiation devant le juge administratif. Elle entend « favoriser les modes alternatifs de règlement des différends », comme l'énonce son titre II. L'intention du législateur rejoint la position du Conseil d'Etat, qui dans son étude de 2010, estimait que « la société a tout à gagner au développement encadré de ces pratiques consensuelles »²⁴⁶. Le Conseil d'Etat avait d'ailleurs promu cette idée dès 1993, dans un rapport *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*.

La loi ajoute un nouveau chapitre au code de justice administrative²⁴⁷, qui définit la médiation de manière plus directe et complète que ne le faisaient les anciennes dispositions qu'elle vient abroger²⁴⁸. Désormais, c'est dans ce code directement - et non plus par renvoi aux articles 21, 21-2 à 21-4 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative - que la médiation est définie. Cette démarche correspond à celle préconisée par le Conseil d'Etat, qui souhaitait que l'essor de la médiation trouve une traduction concrète dans le code²⁴⁹. La médiation²⁵⁰ est ouverte dans les matières administratives non régaliennes. Les principes d'impartialité, de compétence, de diligence et de confidentialité la régissent. L'accord auquel parviennent les parties ne peut porter atteinte à des droits dont celles-ci n'ont pas la libre disposition. La

²⁴³ Article 16 dudit décret, modifiant l'article R. 611-7-1 du même code.

²⁴⁴ Pour télécharger l'étude sur le site de la Documentation française : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/104000625/index.shtml>

²⁴⁵ Loi n°2016-1547.

²⁴⁶ Étude précitée, p. 69.

²⁴⁷ Chapitre III du titre Ier du livre II du code de justice administrative.

²⁴⁸ Ancien chapitre Ier ter du titre VII du livre VII du même code.

²⁴⁹ Étude précitée, p. 31.

²⁵⁰ Définie par la loi comme un processus structuré par lequel des parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends avec l'aide d'un tiers choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction.

définition d'un régime de la médiation répond à l'exigence formulée par le Conseil d'Etat d'un niveau élevé de qualité de la médiation et de sécurité juridique dans le recours à cette procédure²⁵¹.

La loi consacre aussi, plus clairement que par le passé, l'existence de la médiation conventionnelle, effectuée à l'initiative des parties et en-dehors de toute procédure juridictionnelle²⁵², conformément à la définition large de la procédure que le Conseil d'Etat avait préconisé de retenir²⁵³.

La loi élargit enfin le champ de la médiation, qui n'est plus borné aux litiges administratifs transfrontaliers comme par le passé²⁵⁴: il inclut désormais les litiges d'ordre interne, car il aurait été «regrettable que coexistent, dans notre droit national, deux régimes de médiation distincts selon la nature des litiges ou différends en cause, transfrontalière ou purement interne»²⁵⁵.

CONCLUSION

La juridiction administrative a connu, au cours des trois dernières décennies, des changements dont l'ampleur est spectaculaire. Cette évolution a véritablement commencé en 1987, qui est un mouvement plus qu'un moment²⁵⁶, car depuis, la juridiction administrative n'a eu de cesse de se réformer. Si sa modernisation fut rapide, elle n'a pas, pour autant, emporté de renoncement aux caractéristiques essentielles qui font l'identité et l'originalité de cette institution. C'est parce que cette évolution trentenaire a été faite de ruptures autant que de continuités, de nouveaux départs comme de retours aux origines, que l'on peut vraiment parler de refondation.

Il aurait sans doute été plus facile de se complaire dans la croyance, aussi naïve que présomptueuse, dénoncée avec ironie dans le *Huron au Palais-Royal*, en la supériorité intrinsèque du modèle français de contrôle de l'administration. Mais

«sans peine, il n'y a pas de science», dit un proverbe²⁵⁷. C'est la même idée qu'a exprimée La Fontaine dans l'une de ses fables, dans laquelle il mettait en scène un laboureur mourant invitant ses enfants à «travaill[er]» et «pren[dre] de la peine» en leur faisant croire qu'un trésor était caché dans la terre; ses fils, à force de travailler la terre en espérant le trouver, gagnèrent la prospérité, car «le travail est un trésor»²⁵⁸.

²⁵¹ Conseil d'Etat, rapport public 2011, p. 278 au sujet de l'étude de 2010.

²⁵² Nouvel article L. 213-5 du code de justice administrative.

²⁵³ Étude de 2010 p. 23.

²⁵⁴ Ancien article L. 771-3 du même code.

²⁵⁵ Étude de 2010, p. 6.

²⁵⁶ P. Gonod, *Le Conseil d'Etat et la refondation de la justice administrative*, Paris, Dalloz, 2014.

²⁵⁷ Selon un proverbe serbo-croate: «bez muke nema nauke».

²⁵⁸ J. de La Fontaine, «Le laboureur et ses enfants», premier recueil de fables, livre V, neuvième fable, éditions Claude Barbin, Paris, 1668.

C'est aussi en se donnant de la peine que la juridiction administrative a pu se renforcer en se réinventant. Pour ce faire, il a d'abord fallu qu'elle acquière une «science» ou plutôt une «conscience» de ses propres faiblesses, qu'elle prenne une certaine distance critique vis-à-vis d'elle-même. C'est sans doute là le chemin le plus difficile. Heureusement, elle n'a pas eu à le parcourir seule: elle s'est nourrie des influences étrangères – entretenues par des rencontres telles que la nôtre, aujourd'hui. Elle s'est en effet beaucoup ouverte à l'international durant la même période des trois dernières décennies, et la simultanéité des deux mouvements ne doit rien au hasard, l'ouverture et la réforme allant de pair. Le droit comparé remplit en effet une «fonction subversive» qui «nous permet d'explicitier et d'interroger la pertinence de nos paradigmes et de nos pratiques (...) à la lumière des solutions inventées par [nos] voisins»²⁵⁹, exactement comme le regard extérieur posé par un Huron sur le Palais-Royal.

SAŽETAK:

1987-2017 ILI OBNOVA UPRAVNOG SUDOVANJA U FRANCUSKOJ

Rad analizira razvoj francuskog upravnog sudovanja u razdoblju od reforme iz 1987. godine do danas. Ključna značajka bila je donošenje zakona kojim su osnovani upravni prizivni sudovi, čime je stvoren trostupanjski sustav upravnog sudovanja između upravnih sudova prvog stupnja i Državnog savjeta. Cilj reforme bio je rasteretiti Državni savjet zbog velikog broja predmeta te povećati učinkovitost i dostupnost upravnosudske zaštite. Reforma je označila početak duboke preobrazbe francuskog upravnog pravosuđa u jedinstven i hijerarhijski organiziran sustav. Upravni sudovi i prizivni sudovi povezani su s Državnim savjetom kroz zajedničko upravljanje, organizaciju i nadzor rada. Time je osigurana veća dosljednost sudske prakse i učinkovitije funkcioniranje cijelog sustava. Posebna važnost pridaje se neovisnosti upravnih sudaca, koja je postupno dobila ustavnu zaštitu i dodatno ojačana reformama tijekom 2000-ih godina. Uvedene su i brojne modernizacije, poput elektroničke komunikacije putem sustava *Télérecours* te digitalizacije sudskih baza podataka, čime je građanima olakšan pristup upravnom sudovanju. Rad također naglašava važnost jedinstvene i stabilne sudske prakse u upravnom pravu, budući da odluke upravnih sudova imaju velik utjecaj na djelovanje javne uprave i pravnu sigurnost građana. Francusko upravno sudovanje prikazuje se kao sustav koji se kontinuirano prilagođava novim društvenim i pravnim izazovima, uz očuvanje svoje autonomije i institucionalne važnosti.

²⁵⁹ J.-M. Sauvé, «Comprendre et réguler le droit globalisé ou comment dompter la Chimère?», discours d'ouverture de la conférence inaugurale du cycle de conférences «Droit comparé et territorialité du droit», organisé par le Conseil d'Etat en association avec la Société de législation comparée (SLC) et l'Institution française des sciences administratives (IFSA), disponible sur le site internet du Conseil d'Etat.

Dr. sc. Sanja Otočan*

NAČELO UČINKOVITOSTI UPRAVNOG SPORA U SVJETLU KONVENCIJSKOG PRAVA NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU

UDK: 342.9:347.932
DOI: 10.31141/zrpf.2020.57.135.179
Pregledni znanstveni rad
Primljeno: 1. studenog 2019.

Prava iz članka 6. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Vijeća Europe počivaju na ideji djelotvorne pravne zaštite. Suđenje u razumnom roku u uskoj je vezi s poimanjem poštenog suđenja o kojemu nije moguće govoriti u slučaju pretjerano duge neizvjesnosti stranaka u pogledu njihovih prava i obveza o kojima se odlučuje pred sudom. U tom je kontekstu za hrvatski upravni spor iznimno značajna 2012. godina u kojoj je zaživio bitno izmijenjen sustav upravnog sudstva u Republici Hrvatskoj. Pored nove organizacije upravnog sudstva i ovlasti upravnih sudova i Visokog upravnog suda proizašlih iz reforme upravnog sudstva u Republici Hrvatskoj, koja se odrazila i na trajanje upravnih sporova u Republici Hrvatskoj, novi je Zakon o upravnim sporovima u upravni spor ugradio mehanizme čija je svrha postizanje što veće učinkovitosti upravnih sudova. Važnost zahtjeva za bržim i efikasnijim upravnim sporom, kao i suđenjem u razumnom roku hrvatski je zakonodavac izrazio inkorporirajući načelo učinkovitosti u novi Zakon o upravnim sporovima kao jedno od temeljnih načela upravnosudskog postupka. Normativna rješenja Zakona o upravnim sporovima upućuju na zaključak da je tim Zakonom učinjen prvi korak usmjeren k učinkovitom upravnom sporu odnosno ostvarenju prava na suđenje u razumnom roku u upravnim stvarima, čime su stvorene normativne pretpostavke za poštovanje konvencijskog prava na donošenje odluke u upravnim stvarima u razumnom roku. Praksa upravnih sudova pokazuje da se upravni sporovi u pravilu vode u skladu s načelom učinkovitosti, što potkrepljuju i statistički podaci o prosječnom trajanju upravnih sporova u Republici Hrvatskoj koji ne izlaze izvan okvira razumnog roka prema standardima Europskog suda za ljudska prava. Ipak, uvažavajući potrebu uspostavljanja ravnoteže između zahtjeva za učinkovitim postupanjem suda i zahtjevima poštenog suđenja u ostalim aspektima koji bi u slučaju pretjeranog formalizma u tumačenju načela učinkovitosti, mogli biti dovedeni u pitanje, u svakom je konkretnom slučaju potrebno koristiti procesne mehanizme upravnog spora na način da oba zahtjeva budu zadovoljena.

Ključne riječi: *konvencija, pravo na suđenje u razumnom roku, upravni spor, načelo učinkovitosti, efikasnost upravnih sudova*

* Visoki upravni sud Republike Hrvatske

1. UVOD

O pravnoj zaštiti nije moguće govoriti bez njezine djelotvornosti. Pravna zaštita koja ostaje na razini deklaracije i kojoj nedostaje djelotvornost ne može opravdati svoje postojanje jer ne ispunjava svrhu radi koje je ustanovljena. Međutim, još uvijek nisu uspostavljeni potpuno jasni kriteriji za definiranje i vrednovanje djelotvornosti, odnosno efikasnosti pojedinog pravnog sustava.¹

Svaki pravni poredak utemeljen na načelima pravne države i vladavine prava teži što efikasnijem sustavu zaštite građanskih i ljudskih prava. Odlučivanje pred sudovima u razumnom roku u interesu je osobe koja zahtijeva da sud odluči o njezinim pravima ili obvezama ili o sumnji ili optužbi zbog kaznenog djela, ali i pravne sigurnosti, kao načela na kojemu se temelji objektivni pravni poredak zbog čega bi ono trebalo postati imperativ u svakoj državi koja teži ostvarivanju ideala vladavine prava.²

Pravni promet zahtijeva efikasno suđenje odnosno brzo okončanje sporova pa se pred sudove postavlja zadaća postupanja u skladu s načelom učinkovitosti. Efikasna pravda od iznimne je pravne i pravno-političke važnosti. Ona potiče brži i sigurniji opticaj kapitala i pridonosi stvaranju osjećaja pravne sigurnosti.³ Načelo učinkovitosti zauzima nezaobilazno mjesto u pružanju kvalitetne sudske zaštite. U tom smislu hrvatski procesni zakoni određuju da je sud dužan nastojati da se postupak provede bez odugovlačenja.⁴ Isto vrijedi i za upravni postupak⁵ i upravni spor.⁶

Vrste i narav prava koja se ostvaruju u upravnom i upravnosudskom postupku upućuju na važnost pravodobnog odlučivanja u upravnim stvarima. Donošenje odluke o upućivanju na liječenje, o pravu na dječji doplatak, o nekom pravu

¹ Više o tome, Uzelac, Alan, „Efikasnost pravosuđa u europskom kontekstu: usporedba funkcioniranja europskih pravosudnih sustava“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 55:3-4/2005.

² Neki autori iznose mnogo pragmatičnije razloge zbog kojih je državi u interesu odlučivanje u razumnom roku. Tako npr. Ivica Crnić ističe: „... odlučivanje u takvom (razumnom - op.) roku u interesu je i države koja financira rad sudstva, jer bi kraće trajanje postupaka za posljedicu trebalo imati manje financijske obveze države za potrebe funkcioniranja sudstva“, Crnić, Ivica, „Hrvatska sudbena vlast i pravo na suđenje u razumnom roku“, *Hrvatska pravna revija*, studeni 2002., str. 125.

³ Usp. Radolović, Aldo, „Zaštita prava na suđenje u razumnom roku – realna mogućnost, (pre)skupa avantura ili utopija?“, *Hrvatska pravna revija*, travanj 2008., str. 7.

⁴ Članak 10. stavak 1. Zakona o parničnom postupku, Narodne novine, 53/91., 91/92., 112/99., 88/01., 117/03., 88/05., 2/07. – odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, 84/08., 96/08. – odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, 123/08., 57/11., 148/11. – pročišćeni tekst, 25/13., 89/14. – odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske i 70/19., propisuje: „Sud, stranke i drugi sudionici moraju nastojati da se postupak provede bez odugovlačenja, u razumnom roku i sa što manje troškova. Sud je dužan onemogućiti svaku zlouporabu prava u postupku.“

⁵ Članak 10. Zakona o općem upravnom postupku, Narodne novine, 47/09., uređuje načelo učinkovitosti i ekonomičnosti, propisujući: „U upravnim stvarima postupa se što je moguće jednostavnije, bez odgode i uz što manje troškova, ali tako da se utvrde sve činjenice i okolnosti bitne za rješavanje o upravnoj stvari.“ Raniji Zakon o općem upravnom postupku, Narodne novine, 53/91. i 103/96. – odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, sadržavao je načelo efikasnosti prema kojemu su tijela koja rješavaju u upravnim stvarima dužna osigurati efikasno ostvarivanje prava i interesa stranaka.

⁶ Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine, 20/10., 143/12., 152/14., 94/16. – odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske i 29/17., u članku 8. sadržava načelo učinkovitosti.

iz područja socijalne skrbi i sl. nakon određenog vremena postaje bespredmetno budući da se u takvim slučajevima zakašnjelim odlučivanjem ne može postići svrha zbog koje je zahtjev podnesen.

2. KONVENCIJSKO PRAVO NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU

Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (engl. *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*; franc. *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*)⁷ kao najznačajniji europski pravni akt kojim se jamče ljudska prava i razrađuje sustav njihove zaštite, u članku 6. stavku 1. uvodi faktor "vremena" kao bitan uvjet za ostvarivanje pravde.

Budući da bi dugotrajni sudski postupci mogli ugroziti efikasnost, ali i vjerodostojnost pravosuđa, Konvencija naglašava važnost provođenja pravde bez kašnjenja, propisujući da sudski postupci moraju biti okončani u razumnom roku. Konvencija u članku 6. stavku 1. jamči pravo na pošteno suđenje (*right to a fair trial*), koje objedinjuje više temeljnih procesnih prava, među kojima je i pravo na suđenje u razumnom roku.

Sustav procesnih prava iz članka 6. Konvencije počiva na ideji djelotvorne pravne zaštite o kojoj nije moguće govoriti ako ona nije pravodobna.⁸ Svrha je članka 6. stavka 1. Konvencije u dijelu kojim se jamči suđenje u razumnom roku zaštititi stranke pred sudovima od prevelikih odugovlačenja postupaka te naglasiti važnost provođenja pravde bez kašnjenja koje bi moglo ugroziti učinkovitost i vjerodostojnost pravosudnih sustava.⁹

Suđenje u razumnom roku u uskoj je vezi s poimanjem poštenog suđenja o kojemu nije moguće govoriti u slučaju pretjerano duge neizvjesnosti stranaka

⁷ O Konvenciji opširno u: Omejec, Jasna, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Strasbourški acquis*, Novi informator, Zagreb, 2013.; Greer, Steven: *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge Studies in European Law and Policy, Cambridge, 2006.; Jacobs, Francis, Geoffrey; White, Robin C. A.; Ovey, Clare, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2006.

⁸ Stara uzrečica "Justice rétive, justice fautive" (franc.) odnosno "Justice delayed justice denied" (engl.) najbolje ilustrira potrebu izbjegavanja dugotrajnih suđenja.

⁹ Opširnije o tome u: Goranić, Ivana, „Suđenje u "razumnom roku" – jedan od uvjeta za pravično suđenje (članak 6. st. 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda)“, *Vladavina prava*. 6 (2000.), str. 51.

u pogledu njihovih prava i obveza o kojima se odlučuje pred sudom.¹⁰ Svrha je zahtjeva za razumnim rokom iz članka 6. stavka 1. Konvencije pružanje jamstva da će pojedinačni slučaj pred sudom biti okončan unutar razumnog vremena, što znači da će vrijeme neizvjesnosti i nesigurnosti za stranku u postupku biti svedeno na prihvatljivu mjeru.¹¹

Objedinjujući stajališta Europskog suda za ljudska prava glede zahtjeva iz članaka 6. stavka 1. i 13. Konvencije u vezi s djelotvornim pravnim sredstvom za zaštitu prava na razumnu duljinu sudskih postupaka, zahtjeve koji se postavljaju pred stranke ugovornice moguće je sažeti na sljedeće:

- Stranke ugovornice moraju organizirati svoje pravne sustave na način koji omogućava ostvarivanje jamstva na donošenje konačne odluke u sporovima koji se odnose na prava i obveze građanske naravi u razumnom roku.
- U slučaju nastanka povrede prava na suđenje u razumnom roku, nadležna nacionalna tijela moraju priznati povredu članka 6. stavka 1. Konvencije i onome tko je pretrpio povredu, dodijeliti primjerenu naknadu.
- Ako nacionalni pravni sustav ne omogućava ostvarivanje prava na suđenje u razumnom roku, potrebno je ustanoviti pravno sredstvo za ubrzavanje postupaka.
- Ako sudski postupci ne završavaju u razumnom roku, potrebno je ustanoviti “kompenzacijsko pravno sredstvo”, bilo u obliku novčane naknade, bilo u nekom drugom obliku.

3. POVREDE PRAVA NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU PRED EUROPSKIM SUDOM ZA LJUDSKA PRAVA

Duljina sudskih postupaka i neizvršavanje sudskih odluka predstavljaju najznačajniji problem funkcioniranja pojedinih pravosudnih sustava u Europi. Od 1959. do 2018. predmeti u kojima je utvrđena povreda prava na pošteno suđenje činili su gotovo 40 % svih predmeta pred Europskim sudom za ljudska prava u

¹⁰ Svrhu razumnog roka iz članka 6 stavka 1. Konvencije Goranić vidi u sljedećem: “Temeljna je svrha uvođenja pojma ‘razumnog roka’ u članku 6. Konvencije osigurati pravnu sigurnost, odnosno omogućiti dovoljnu brzinu rješavanja predmeta pred sudovima, kako bi se stranci omogućilo da ne bude predugo pod optužbom ili u neizvjesnosti u svezi sa svojim pravnim statusom, što – uz ostale – čini nezaobilazni uvjet za pravično suđenje. Cilj je postavljanja kriterija ‘razumnog roka’ i zaštita svih stranaka u postupku od odugovlačenja postupka. Neki postupci štete reputaciji osoba protiv kojih se vode, te ih je potrebno okončati u najkraćim rokovima, ali da to ne ide na štetu kvalitetne pripreme svih stranaka za suđenje. Odugovlačenje postupka također narušava kredibilitet i učinkovitost pravde koju su sudovi dužni provoditi.” Goranić, Ivana, „Suđenje u “razumnom roku” – jedan od uvjeta za pravično suđenje (članak 6. st. 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda)“.

¹¹ Detaljnije: Van Dijk, Pieter; Van Hoof, Fried, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen - Oxford, 2006., str. 511-651.

kojima je utvrđena povreda nekog konvencijskog prava.¹² Od toga, na povredu prava na suđenje u razumnom roku otpada 20,06 %.

Od stupanja na snagu Konvencije u Republici Hrvatskoj¹³ do 31. prosinca 2018., Europski sud za ljudska prava donio je 401 presudu protiv Republike Hrvatske. U 316 presuda utvrđena je povreda najmanje jednog konvencijskog prava. U 97 presuda utvrđena je povreda prava na suđenje u razumnom roku, što čini 30,7 % svih utvrđenih povreda.

Unatoč smanjenju broja neriješenih predmeta pred hrvatskim sudovima u posljednjih nekoliko godina, broj neriješenih predmeta¹⁴ kao i trajanje određenih vrsta sudskih postupaka¹⁵ upućuju na zaključak da Republika Hrvatska (još uvijek) ulazi u skupinu zemalja s izraženim problemom prekomjernog trajanja sudskih postupaka. Taj se zaključak, međutim, ne može protegnuti i na postupke pred upravnim sudovima i Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: Visoki upravni sud) koji upravne sporove rješavaju (u prosjeku) u rokovima koji nisu predugi sa stajališta konvencijskog prava na donošenje odluke u razumnom roku.

4. UTJECAJ REFORME UPRAVNOG SUDOVANJA U REPUBLICI HRVATSKOJ NA TRAJANJE UPRAVNIH SPOROVA

U višegodišnjoj raspravi koja je prethodila reformi upravnog sudstva u Republici Hrvatskoj prevladalo je mišljenje da je Republici Hrvatskoj potrebna reforma institucionalnog ustroja upravnog sudovanja kroz koju bi, između ostalog, bilo potrebno osigurati ostvarivanje svih procesnih jamstava poštenog suđenja iz članka 6. stavka 1. Konvencije.

Zakon o upravnim sporovima¹⁶ (u daljnjem tekstu: ZUS), koji je donesen 2010., a stupio na snagu 2012., značajno je izmijenio sustav upravnog sudstva u Republici Hrvatskoj.¹⁷ Svrha donošenja toga Zakona bilo je usklađivanje hrvatskog upravnosudskog postupka s pravnom stečevinom Europske unije i sa zahtjevima

¹² Overview 1959-2018 ECHR, European Court of Human Rights, March 2019, str. 6., www.echr.coe.int.

¹³ 5. studenoga 1997.

¹⁴ Prema podacima Ministarstva pravosuđa, na dan 31. prosinca 2018. na svim sudovima u Republici Hrvatskoj bilo je neriješeno 407.062 predmeta, što predstavlja smanjenje od 12 % u odnosu na prethodnu godinu. Od toga broja pred upravnim sudovima i Visokim upravnim sudom bila su neriješena 11.183 predmeta. Statistički pregled za 2018. godinu, str. 9-11, www.pravosudje.gov.hr

¹⁵ Vidi Statistički pregled za 2018. godinu, str. 13, www.pravosudje.gov.hr

¹⁶ Zakon je donesen na sjednici Hrvatskog sabora 29. siječnja 2010., objavljen u Narodnim novinama broj 20/10., a stupio na snagu 1. siječnja 2012.

¹⁷ Više o tome u Đerđa, Dario; Pičuljan, Zoran, „Nastanak i temeljni instituti novog Zakona o upravnim sporovima“, u: *Europeizacija upravnog sudovanja u Hrvatskoj*, Zagreb, 2014., str. 93-122.

poštenog suđenja iz članka 6. stavka 1. Konvencije.¹⁸ U to se vrijeme očekivalo da će procesna rješenja novoga ZUS-a doprinijeti efikasnijoj i učinkovitijoj upravnosudskoj zaštiti prava i pravnih interesa stranaka.^{19, 20} Analizirajući novouspostavljenu ulogu upravnih sudova u sudskoj kontroli uprave u Republici Hrvatskoj, neki su autori isticali da novine koje je donio novi ZUS “pred suce upravnih sudova postavljaju vrlo tešku zadaću efikasnog postupanja koje mora biti usklađeno sa standardima pravne zaštite građana od povrede prava na suđenje u razumnom roku”.²¹ Najveća promjena u institucionalnom ustroju upravnog sudstva u Republici Hrvatskoj uspostavljena novim ZUS-om dvostupanjsko je odlučivanje u upravnom sporu. Provođenje usmene rasprave u upravnom sporu pune jurisdikcije,²² koje je propisano kao pravilo te dvostupanjski upravni spor nedvojbeno predstavljaju pozitivan pomak u zaštiti prava stranaka²³ i ostvarivanju nekih od ustavnih i konvencijskih zahtjeva. Međutim, s druge strane, postojala je realna opasnost da nova koncepcija upravnog spora već nakon nekoliko godina dovede u pitanje ostvarivanje prava na suđenje u razumnom roku u upravnosudskim postupcima.²⁴ Ipak, novi ZUS sadržava rješenja koja sprečavaju opetovana vraćanja predmeta tuženim tijelima,²⁵ što je u ranijem sustavu upravnog spora vrlo često dovodilo do prekomjernog trajanja postupaka.

Novi sustav upravnog sudovanja u Republici Hrvatskoj polučio je, kako pozitivan, tako i negativan utjecaj na ostvarivanje prava na suđenje u razumnom roku.

¹⁸ Jedna od najvećih promjena odnosi se na provođenje usmene rasprave pred upravnim sudom. Opširnije o tome u: Karlovičan-Đurović, Ljiljana, „Usmena rasprava u upravnosudskom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 47, 1/2010.

¹⁹ U tom smislu Galić, Rostaš-Beroš i Vezmar Barlek ističu: “Ideja vodilja u postupku izrade novog Zakona o upravnim sporovima bila je da se novim rješenjima hrvatsko upravno sudovanje približi europskim standardima upravnog sudovanja. Novi Zakon o upravnim sporovima svakako je sveobuhvatniji, moderniji te sadržava niz novih procesnih rješenja usmjerenih postizanju veće efikasnosti u upravnom sporu, a to bi kao povratni efekt trebalo dobiti bolju sudsku zaštitu.” Galić, Ante; Rostaš-Beroš, Lidiija; Vezmar Barlek, Inga, *Upravni spor u praksi, Tužbe, žalbe, ostali podnesci, presude, rješenja s napomenama i abecednim kazalom pojmova*, Zakon o upravnim sporovima, Organizator, Zagreb, 2011., Predgovor.

²⁰ U posljednje četiri godine koje su prethodile reformi (2008.-2011.), prosječno trajanje upravnosudskih postupaka iznosilo je oko 2,5 godine, a u razdoblju prije toga preko tri godine.

²¹ Šikić, Marko, „Pravo na suđenje u razumnom roku u upravnosudskim postupcima - novi problemi i izazovi“, u: *Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku, Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe*, Liber amicorum Mihajlo Dika, ur. Uzelac, Alan, Garašić, Jasnica, Maganić, Aleksandra, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2013., str. 979.

²² Opširnije o sporu pune jurisdikcije vidi u: Britvić Vetma, Bosiljka; Ljubanović, Boris, „Posebnosti upravnog spora pune jurisdikcije“, u: *Novosti u upravnoj i upravnosudskoj praksi*, Novi informator, Zagreb, 2015., str. 23-46.; Pićuljan, Zoran; Britvić Vetma, Bosiljka, „Primjena i evolucija upravnog spora pune jurisdikcije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 47 (2010.), 1(95), str. 53-64.

²³ Više o utvrđivanju činjenica i dokaznom postupku u upravnom sporu u: Rajko, Alen, „Utvrđivanje činjenica i dokazni postupak u upravnom sporu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* (1991.), v. 34, br. 1, (2013.), str. 495-524.

²⁴ O takvoj mogućnosti svjedoče iskustva u Republici Sloveniji. Zalar smatra da se “ekstenzivnom praksom suđenja na usmenim raspravama bitno ugrožava pravo na suđenje u razumnom roku”. Zalar, Boštjan, *Usmena rasprava - Problemi u praksi: Primjer Slovenije*, Seminar za suce Vrhovnog i Upravnog suda Crne Gore, 4-5. prosinca 2008., Bečići, Crna Gora, www.sudovi.me/podaci/uscg/dokumenta/85.doc.

²⁵ Prema ZUS-u, sud ima obvezu presudom riješiti upravnu stvar. Donošenje kasacijske odluke moguće je samo iznimno.

Pored nove organizacije upravnog sudstva i ovlasti upravnih sudova i Visokog upravnog suda proizašlih iz reforme upravnog sudstva u Republici Hrvatskoj, koja se odrazila i na trajanje upravnih sporova u Republici Hrvatskoj, novi je ZUS u sam upravni spor ugradio mehanizme čija je svrha postizanje što veće učinkovitosti upravnih sudova.

U prvih nekoliko godina novog sustava, novoustrojeni sudovi nisu imali značajnih zaostataka i relativno su uspješno mogli udovoljavati zahtjevu za suđenjem u razumnom roku. Pravo na žalbu protiv odluka prvostupanijskih sudova novim je ZUS-om bilo uređeno vrlo restriktivno²⁶ zbog čega je Visoki upravni sud imao zanemariv priljev predmeta, što je rezultiralo kraćim ukupnim trajanjem postupka. U pravilu više nema mogućnosti višekratnog vraćanja predmeta upravnom tijelu na ponovni postupak, što je u razdoblju prije stupanja na snagu ZUS-a iz 2010. bio jedan od najčešćih razloga predugog trajanja postupaka u kojima se odlučuje u upravnim stvarima.

Unatoč nespornim pozitivnim stranama novog ustroja upravnog spora u Republici Hrvatskoj, određena zakonska rješenja ne idu u prilog ostvarivanju prava na suđenje u razumnom roku. Među takvim je rješenjima spor pune jurisdikcije u kojemu se u pravilu provodi usmena rasprava, utvrđuju činjenice i ocjenjuju dokazi,²⁷ što u pravilu zahtijeva više vremena no što je potrebno za odlučivanje u sporu o zakonitosti upravnog akta (vrsta upravnog spora koja je prevladavala u razdoblju do 2012.). Nakon stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama ZUS-a, 2014.,²⁸ žalba protiv presuda prvostupanijskih sudova postala je pravilo,²⁹ čime se u određenoj mjeri produljilo ukupno trajanje upravnog spora.³⁰

5. NAČELO UČINKOVITOSTI UPRAVNOG SPORA

Zahtjev za bržim i efikasnijim upravnim sporom, kao i suđenjem u razumnom roku obuhvaćen je načelom učinkovitosti kao jednim od temeljnih načela

²⁶ Člankom 66. stavkom 2. ZUS-a bilo je propisano da se žalba može podnijeti kada je upravni sud presudom sam odlučio o pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke.

²⁷ Među različitim dokaznim prijedlozima u upravnom sporu stranke često predlažu provođenje dokaza sudskim vještačenjem, koje u pravilu, bitno produljuje postupak.

²⁸ Zakon o izmjenama i dopunama ZUS-a, Narodne novine, 152/14., stupio je na snagu 30. prosinca 2014.

²⁹ Zakonom o izmjenama i dopunama ZUS-a iz 2014. brisan je stavak 2. članka 66. ZUS-a koji je ograničavao pravo na žalbu protiv prvostupanijskih presuda te je u ZUS dodan članak 66.a koji glasi: „(1) Žalba nije dopuštena protiv presude kojom je pojedinačna odluka javnopravnog tijela poništena ili oglašena ništavom i predmet prvi put vraćen na ponovni postupak, kao ni protiv presude kojom je sud naložio donošenje pojedinačne odluke koja nije donesena u propisanom roku. (2) Protiv dijela presude iz članka 89. stavka 4. ovog Zakona u koji je uključen sadržaj sudske nagodbe žalba nije dopuštena.“

³⁰ Prema statističkim podacima, žalbeni postupak pred Visokim upravnim sudom 2015. godine trajao je prosječno 61 dan, 2016. godine 119 dana, 2017. godine 153 dana, a 2018. godine 195 dana.

upravnosudskog postupka inkorporiranog u ZUS iz 2010.³¹ Ovo načelo zahtijeva od sudova vođenje upravnog spora brzo i bez odugovlačenja, izbjegavanje nepotrebnih radnji i troškova, sprečavanje zlouporabe prava stranaka i drugih sudionika u sporu i donošenje odluke u razumnom roku.³²

Nakon analize različitih normativnih rješenja ZUS-a, može se zaključiti da je tim Zakonom učinjen prvi korak usmjeren k učinkovitom upravnom sporu odnosno ostvarenju prava na suđenje u razumnom roku u upravnim stvarima. ZUS-om iz 2010. stvorene su normativne pretpostavke za poštovanje ustavnog i konvencijskog prava na donošenje odluke u upravnim stvarima u razumnom roku.

Jedno od pozitivnih rješenja iz ZUS-a nalazimo u članku 32. stavku 2. kojim je određen vremenski raspon roka za dostavu odgovora na tužbu, propisujući da sud određuje rok za odgovor na tužbu prema okolnostima slučaja koji ne može biti kraći od osam niti dulji od 30 dana.^{33, 34}

Kao primjer norme koja je inspirirana načelom učinkovitosti upravnog spora valja spomenuti odredbu članka 34. stavka 1. ZUS-a kojom je propisano da su stranke obvezne u tužbi i odgovoru na tužbu iznijeti sve činjenice na kojima temelje svoje zahtjeve, predložiti dokaze potrebne za njihovo utvrđivanje i izjasniti se o činjeničnim navodima i dokaznim prijedlozima drugih stranaka.

Promatrano s aspekta zahtjeva za suđenjem u razumnom roku odnosno načela učinkovitosti sudova koji postupaju u upravnim sporovima, ovakvo normativno rješenje valja pozdraviti. Međutim, upitan je stvarni doseg te odredbe u praksi

³¹ Načelo učinkovitosti uređeno je člankom 8. ZUS-a koji glasi: "Sud će upravni spor provesti brzo i bez odugovlačenja, uz izbjegavanje nepotrebnih radnji i troškova, onemogućit će zlouporabu prava stranaka i drugih sudionika u sporu te će odluku donijeti u razumnom roku."

³² Raniji Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine, 53/91., 9/92. i 77/92., nije sadržavao sličnu odredbu.

³³ Ako bismo propisani vremenski raspon za dostavu odgovora na tužbu promatrali u svjetlu kompleksnosti tužbenih navoda u prosječnoj tužbi upravnim sudovima ili Visokom upravnom sudu, mogli bismo doći do zaključka da je maksimalni propisani rok od 30 dana u većini slučajeva predug i da ne postoji opravdani razlog za određivanje upravo takvog roka, već bi i znatno kraći rok bio dostatan tuženiku (i eventualno zainteresiranim osobama) za pripremu i dostavu sudu kvalitetnog odgovora na tužbu. S druge strane, postoje složeni predmeti u kojima je opravdano odrediti rok od 30 dana za dostavu odgovora na tužbu.

³⁴ Ovdje valja uputiti na pojavu neusklađenosti dvaju zakona koji uređuju postupanje Visokog upravnog suda u predmetima javne nabave u kojima je taj sud prva i posljednja instanca suđenja. Neusklađenost ZUS-a i Zakona o javnoj nabavi, Narodne novine, 120/16., dovodi do problema u praksi. Naime, Zakonom o javnoj nabavi propisano je da će se odluka u upravnom sporu pokrenutom protiv Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave donijeti u roku od 30 dana od dana podnošenja uredne tužbe. S druge strane, rok za dostavu odgovora na tužbu prema ZUS-u, ne smije biti kraći od osam dana, ali je dopušteno određivanje roka i od 30 dana, što u slučaju upravnog spora radi javne nabave, zbog roka za okončanje spora, nije primjenjivo. Unatoč nedvojbeno legitimnom cilju koji se ovakvim uređenjem trajanja upravnih sporova radi javne nabave želio postići, ne može se opovrgnuti činjenica da takvom uređenju (motiviranom isključivo željom za što kraćim trajanjem sudskih postupaka u ovoj vrsti upravnih stvari) nije prethodila analiza mogućih negativnih posljedica takvog zakonskog rješenja. Te se posljedice prije svega i u najvećoj mjeri odnose na potencijalni pad kvalitete sudskih odluka donesenih pod pritiskom vremenskog okvira postavljenog pozitivnim propisom, ali i na mogućnost uskraćivanja procesnih prava stranaka u toj vrsti postupaka, što se može negativno odraziti na zaštitu njihovih subjektivnih prava zbog kojih se postupci i vode.

sudova s obzirom na to da ZUS ne propisuje nastupanje bilo kakvih negativnih posljedica za stranku koja ne postupi u skladu s tom odredbom.³⁵

Osobit doprinos kraćem trajanju upravnog spora očekuje se od odredbe članka 23. stavka 3. ZUS-a koja propisuje obvezu tužitelja koji nema prebivalište, odnosno boravište ili sjedište u Republici Hrvatskoj da u tužbi naznači opunomoćenika ili opunomoćenika za primanje pismena. Naime, u predmetima u kojima su tužitelji izvan Republike Hrvatske, uobičajena dostava pismena diplomatskim putem traje mjesecima, ponekad čak i godinama, što uzrokuje probleme u vođenju postupka te dovodi u pitanje ostvarivanje prava stranaka na suđenje u razumnom roku.³⁶

Odredba ZUS-a koja dopušta rješavanje spora bez rasprave³⁷ u određenom, manjem broju slučajeva, može doprinijeti kraćem trajanju upravnog spora. Ipak, s obzirom na vrlo restriktivno propisivanje pretpostavki za upravni spor bez rasprave,³⁸ nije realno očekivati ozbiljan doprinos zakonske mogućnosti vođenja spora bez rasprave ukupnom prosječnom kraćem trajanju upravnih sporova.

Nastojeći oživotvoriti načelo učinkovitosti, zakonodavac je propisao da se u upravnom sporu u pravilu zakazuje jedno ročište za raspravu radi izvođenja svih dokaza.³⁹ Ta je odredba, osim u najsloženijim upravnim sporovima, zaživjela pa se u najvećem broju slučajeva rasprava zaključuje nakon prvog i jedinog ročišta.

Promatrajući učinkovitost upravnih sudova s aspekta stranaka koje sudjeluju u upravnim sporovima, najveći korak k ostvarivanju načela učinkovitosti zasigurno su ovlasti upravnih sudova u slučajevima u kojima utvrde osnovanost tužbenog zahtjeva. Naime, ako sud utvrdi da je pojedinačna odluka javnopravnog tijela nezakonita, usvojiti će tužbeni zahtjev, poništiti pobijanu odluku i sam riješiti stvar, osim kada to ne može učiniti s obzirom na prirodu stvari ili je tuženik rješavao po slobodnoj ocjeni.⁴⁰ Ako pak sud utvrdi da javnopravno tijelo nije u propisanom roku donijelo pojedinačnu odluku koju je prema propisima trebalo donijeti, presudom će usvojiti tužbeni zahtjev i sam riješiti stvar, osim kada to ne može učiniti s obzirom na prirodu

³⁵ Način na koji pojedini suci upravnih sudova vide tu odredbu razvidan je iz prakse prema kojoj se strankama ne priznaju troškovi za sastav podnesaka sastavljenih i dostavljenih sudu nakon podnošenja tužbe odnosno odgovora na tužbu, ako je riječ o podnescima koji sadrže navode koji su mogli odnosno morali biti izneseni u tužbi ili u odgovoru na tužbu.

³⁶ Međutim, u nekim je upravnim područjima, primjerice u području mirovinskog osiguranja, posebnim zakonom propisana iznimka od pravila o obvezi tužitelja koji boravi u inozemstvu da odredi opunomoćenika ili opunomoćenika za primanje pismena, čime se u upravnim sporovima iz toga upravnog područja uklonio, inače učinkovit, mehanizam za sprečavanje predugog trajanja postupaka. Ovakvo je rješenje osobito upitno s obzirom na predmet odlučivanja u upravnim sporovima iz toga upravnoga područja jer prema mjerilima Ustavnog suda Republike Hrvatske i Europskog suda za ljudska prava za ocjenu razumnosti trajanja postupaka, većina tih sporova ulazi u kategoriju sporova koji zbog važnosti za podnositelje zahtjeva, često i zbog njihove dobi, zahtijevaju brže postupanje sudova.

³⁷ Članak 36. ZUS-a.

³⁸ Prema članku 36. ZUS-a, sud može presudom riješiti spor bez rasprave: ako je tuženik priznao tužbeni zahtjev u cijelosti, u predmetu u kojem se rješava na temelju pravomoćne presude donesene u oglednom sporu, ako utvrdi da pojedinačna odluka, postupanje ili upravni ugovor sadržava nedostatke koji sprečavaju ocjenu njihove zakonitosti te ako tužitelj osporava samo primjenu materijalnog prava, činjenice su nesporne, a stranke u tužbi ili u odgovoru na tužbu izričito ne zahtijevaju održavanje rasprave.

³⁹ Članak 37. stavak 5. ZUS-a.

⁴⁰ Članak 58. stavak 1. ZUS-a.

stvari ili je tuženik rješavao po slobodnoj ocjeni.⁴¹ Takvo normativno rješenje, kojim je znatno ograničena mogućnost donošenja kasacijskih odluka upravnih sudova, već je u pravilu propisana dužnost donošenja reformacijskih odluka upravnih sudova, bitno smanjuje prostor za predugo trajanje postupka. Međutim, da bismo mogli govoriti o stvarnim efektima toga zakonskog rješenja, potrebno je ispitati u kojoj mjeri sudovi koriste tu svoju ovlast i donose reformacijske presude, što uvelike prelazi okvire ovoga rada. U međuvremenu možemo samo iznijeti vlastitu procjenu kako je znatno veći broj sporova u kojima se donose kasacijske presude umjesto reformacijskih, koje bi, u skladu s jednim od temeljnih ciljeva reforme upravnog sudovanja u Republici Hrvatskoj 2012. godine, trebale prevladavati.

Ideju rješavanja upravne stvari u prvostupanjskom upravnom sporu, umjesto vraćanja predmeta javnopravnom tijelu na ponovni postupak, zakonodavac je protegnuo i na žalbeni postupak pred Visokim upravnim sudom propisavši da će Visoki upravni sud poništiti prvostupanjsku presudu, sam otkloniti nedostatke i presudom riješiti stvar ako utvrdi da je upravni sud počinio bitnu povredu pravila sudskog postupka, da je pogrešno ili nepotpuno utvrdio činjenično stanje ili da je pogrešno primijenio materijalno pravo.⁴² Čak i bez egzaktnih podataka o broju predmeta u kojima je Visoki upravni sud iskoristio tu svoju ovlast, moguće je izraziti sumnju u stvarni efekt takvog zakonskog rješenja. Za donošenje zaključaka o razlozima takvog stanja potrebno je istražiti stvarno stanje i utvrditi razloge nedovoljnog broja reformacijskih presuda u drugostupanjskom upravnom sporu.

6. NAČELO UČINKOVITOSTI U PRAKSI UPRAVNIH SUDOVA

Nastojeći voditi upravne sporove u skladu s načelom učinkovitosti, upravni sudovi koriste različite procesne mehanizme usmjerene na postizanje toga cilja. Korištenje tih procesnih mehanizama ilustrirat ćemo s nekoliko primjera.

U predmetu, poslovni broj: 6 UsI-979/17, Upravni sud u Osijeku usvojio je dokazni prijedlog za provođenje medicinskog vještačenja po ovlaštenom sudskom vještaku. Međutim, tužitelj nije uplatio predujam ni nakon pet mjeseci od donošenja rješenja kojim je pozvan na uplatu, već je predlagao produljenje roka. Sud nije prihvatio prijedlog, pozivajući se na načelo učinkovitosti, smatrajući da je tužitelju ostavljeno dovoljno vremena za uplatu predujma te da nije naveo niti jedan bitan razlog zbog kojega ga nije uplatio.⁴³

U određenim situacijama tuženici svojim (ne)postupanjem mogu dovesti do odugovlačenja postupka. U predmetu Upravnog suda u Rijeci, poslovni broj: 3 UsI-1347/2018, tuženik u ostavljenom roku nije dostavio sudu odgovor na tužbu sa spisima koji se odnose na predmet spora, niti je dostavio cjeloviti spis predmeta, već samo dio spisa. Pozivajući se na načelo učinkovitosti, sud je riješio spor bez

⁴¹ Članak 58. stavak 3. ZUS-a.

⁴² Članak 74. stavak 2. ZUS-a.

⁴³ Upravni sud u Osijeku, presuda, poslovni broj: 6 UsI-979/17 od 31. listopada 2018.

spisa predmeta,⁴⁴ poništivši rješenje tuženika i vrativši predmet tuženiku na ponovni postupak.^{45, 46}

Ako stranke u tužbi odnosno odgovoru na tužbu izričito ne zahtijevaju održavanje rasprave, sudovi upravni spor rješavaju bez rasprave, pozivajući se na načelo učinkovitosti.⁴⁷

Pojedine primjere postupanja sudova koja se obrazlažu pozivanjem na načelo učinkovitosti mogli bismo podvrgnuti kritici s obzirom na to da je u svakom pojedinom slučaju nužno uspostaviti ravnotežu između zahtjeva za učinkovitim postupanjem suda i zahtjevima poštenog suđenja koji bi u slučaju pretjeranog formalizma u tumačenju načela učinkovitosti, mogli biti dovedeni u pitanje.

Primjer u kojemu je postignuta ravnoteža između zahtjeva poštenog suđenja i načela učinkovitosti upravnog suda predmet je Upravnog suda u Splitu, poslovni broj: UsImio-278/16. Riječ je o upravnom sporu radi prava iz mirovinskog osiguranja u kojemu je provedeno sudsko vještačenje. Nalaz i mišljenje sudskog vještaka dostavljeni su strankama na očitovanje te im je određen rok od 15 dana radi dostavljanja očitovanja uz upozorenje da u slučaju dostavljanja očitovanja po proteku roka, ono neće biti predmetom razmatranja. Tuženik nije dostavio očitovanje o nalazu i mišljenju vještaka u roku koji je odredio sud, već je na ročištu koje je održano mjesec dana po proteku roka za dostavljanje očitovanja zatražio produljenje roka za dostavljanje očitovanja. Sud je odbio zahtjev, pozivajući se na načelo učinkovitosti.⁴⁸

U predmetu upravnog suda u Zagrebu, poslovni broj: UsI-1323/18, radi poreza na promet nekretnina, tužitelj je tvrdio da je tržišna vrijednost nekretnina procijenjena nerealno s obzirom na njezinu lokaciju te mogućnost daljnje eksploatacije kao i pad tržišne vrijednosti nekretnina zbog recesije na tržištu zbog čega je predlagao vještačenje radi utvrđivanja vrijednosti nekretnina.

Tržišna vrijednost predmetnih nekretnina u upravnom je postupku utvrđena na temelju vještačenja stručnjaka sukladno članku 9a. Zakona o porezu na promet nekretnina.⁴⁹ Uvidom u nalaz ovlaštenog vještaka sud je utvrdio da je vještak pri procjeni tržišne vrijednosti uzeo u obzir sve parametre koji umanjuju tržišnu vrijednost predmetnih nekretnina te zaključio kako je procjena obavljena sukladno Zakonu o porezu na promet nekretnina.

⁴⁴ Upravni sud u Rijeci, presuda, poslovni broj: 3 UsI-1347/2018 od 8. siječnja 2019.

⁴⁵ Slična je situacija u predmetima Upravnog suda u Rijeci, poslovni broj: 2 UsI-1404/15 (presuda od 2. svibnja 2017.) i Upravnog suda u Splitu, poslovni broj: 18 UsImio-852/18 (presuda od 28. studenoga 2018.).

⁴⁶ Ovdje se već na prvi pogled javlja dvojba o učincima takvog postupanja u svjetlu ostvarivanja prava stranke na odlučivanje o njenim pravima i obvezama u razumnom roku. Naime, promatrajući slučaj s aspekta ukupnog trajanja postupka, upitno je hoće li stranka biti u boljoj poziciji nakon ovakvog postupanja suda ili bi sa stajališta trajanja postupka bilo uputnije pokušati pribaviti spis i okončati spor na način koji neće dodatno produljiti postupak.

⁴⁷ Upravni sud u Osijeku, presuda, poslovni broj: 1 UsI-52/17 od 19. ožujka 2018.

⁴⁸ Upravni sud u Splitu, presuda, poslovni broj: UsImio-278/16 od 13. srpnja 2018.

⁴⁹ Zakon o porezu na promet nekretnina, Narodne novine, 69/97., 26/00., 153/02. i 22/11.

Sud je odbio dokazni prijedlog za provođenje sudskog vještačenja s obrazloženjem da tužitelj svojim navodima nije doveo u sumnju pravilnost utvrđenja upravnih tijela te da tužitelj samo tvrdi, a ničim ne dokazuje da bi se za predmetne nekretnine mogla postići niža cijena od one koja je utvrđena u upravnom postupku. Stoga sud nije našao svrsishodnim provoditi dokaz vještačenjem na okolnost utvrđivanja vrijednosti nekretnina, pozivajući se na načelo učinkovitosti.⁵⁰

Primjer postupanja suda u skladu s načelom učinkovitosti upravnog spora koji treba slijediti u upravnim sporovima zbog šutnje uprave u svim onim slučajevima u kojima to dopušta činjenični i pravni supstrat predmeta, nalazimo u predmetu Upravnog suda u Zagrebu, UsI-2501/14. U tom je predmetu bila riječ o šutnji drugostupanjskog javnopravnog tijela koje u zakonom propisanom roku nije odlučilo o tužiteljevoj žalbi protiv prvostupanjskog rješenja.

Sud je usvojio tužbeni zahtjev u dijelu u kojem je tužitelj tražio donošenje odluke o žalbi protiv prvostupanjskog rješenja i odlučio o žalbi.

Kao bitan dio obrazloženja presude kojom je usvojen tužbeni zahtjev u dijelu u kojem je zatraženo donošenje odluke o žalbi tužitelja, valja izdvojiti sljedeće:

„Člankom 8. Zakona⁵¹ određeno je da će Sud upravni spor provesti brzo i bez odugovlačenja, uz izbjegavanje nepotrebnih radnji i troškova, onemogućit će zlouporabu prava stranaka i drugih sudionika u sporu te će odluku donijeti u razumnom roku.

Promatrajući naprijed naznačenu odredbu, Sud uočava kako načelo učinkovitosti, propisano člankom 8. Zakona, nalaže sudu standard postupanja, sukladno kojem treba, uz izbjegavanje nepotrebnih radnji, osigurati zakonitost i sudsku zaštitu prava i pravnih interesa fizičkih i pravnih osoba, a što je sadržajno cilj Zakona.

Člankom 58. stavak 3. Zakona propisano je da ako Sud utvrdi da javnopravno tijelo nije u propisanom roku donijelo pojedinačnu odluku koju je prema propisima trebalo donijeti, presudom će usvojiti tužbeni zahtjev i sam riješiti stvar, osim kada to ne može učiniti s obzirom na prirodu stvari ili je tuženik rješavao po slobodnoj ocjeni. Tada će tuženiku narediti donošenje odluke i za to mu odrediti primjereni rok.

Slijedom navedenog, Sud smatra da u slučaju u kojem je dopušteno izjaviti pravni lijek i u kojem je taj lijek izjavljen, stranka ima na zakonu ustanovljeno legitimno očekivanje da će o tom lijeku i u propisanim rokovima, biti odlučeno te okolnost u kojoj javno pravno tijelo po propisanom pravnom lijeku ne postupa, pravo na pravni lijek čini formalnim propisom, izvan cilja zakona, a što po mišljenju ovoga Suda tada daje pravo stranci da se o njenom zahtjevu odluči u sporu pune jurisdikcije. Stoga Sud zaključuje da je u predmetima šutnje administracije tužbeni zahtjev sadržajno sastavljen od dva traženja i to prvotno da se donese rješenje koje u roku nije doneseno, ali i da se o zahtjevu odluči na način na koji stranka smatra da treba biti učinjeno.“⁵²

⁵⁰ Upravni sud u Zagrebu, presuda, poslovni broj: UsI-1323/18-9 od 9. travnja 2019.

⁵¹ ZUS-a.

⁵² Upravni sud u Zagrebu, presuda, poslovni broj: UsI-2501/14-24, od 28. prosinca 2016.

U konkretnom je slučaju sud odlučio o tužiteljevoj žalbi protiv prvostupanjskog rješenja, pozivajući se na članak 58. stavak 3. ZUS-a kojim je propisano da će sud, ako utvrdi da javnopravno tijelo nije u propisanom roku donijelo pojedinačnu odluku koju je prema propisima trebalo donijeti, presudom usvojiti tužbeni zahtjev i sam riješiti stvar (ako priroda stvari to dopušta).

Takvim se pristupom suda ostvaruje jedan od glavnih ciljeva reforme upravnog sudstva u Republici Hrvatskoj – učinkovito odlučivanje o pravima i obvezama stranaka u upravnim stvarima i onemogućavanje vraćanja predmeta javnopravnom tijelu na ponovni postupak.

7. EFIKASNOST UPRAVNIH SUDOVA I VISOKOG UPRAVNOG SUDA

Upravni sudovi i Visoki upravni sud – trajanje upravnosudskih postupaka od 2013. do 2018., po godinama

Sud	2013.	2014.	2015.	2016.	2017.	2018.
Zagreb	393	429	531	619	373	324
Split	186	342	425	169	164	105
Rijeka	629	455	481	358	239	161
Osijek	155	94	146	168	166	95
VUS	233	68	61	119	153	195

Izvor: Visoki upravni sud

Podaci iz tablice pokazuju (pozitivan) trend skraćivanja trajanja sporova pred sva četiri prvostupanjska upravna suda, dok se na Visokom upravnom sudu bilježi trend produljenja trajanja postupaka. Međutim, neovisno o sve duljem trajanju postupaka pred Visokim upravnim sudom, prosječno ukupno trajanje postupaka u dva stupnja još uvijek ne zove na uzbunu s aspekta prava na suđenje u razumnom roku.⁵³

8. ZAKLJUČAK

Put do učinkovitog upravnog spora zahtijeva poduzimanje različitih mjera koje samo u svojoj ukupnosti mogu rezultirati ishodom kojim će biti zadovoljni svi sudionici u sporu, ali i društvo kao cjelina. Prije svega, nužno je zakonsko uređenje upravnog spora koje će biti u funkciji učinkovitog pružanja sudske zaštite. Gotovo

⁵³ Godine 2015. prosječno trajanje upravnog spora u dva stupnja iznosilo je 457 dana (15 mjeseci), 2016. godine 448 dana (15 mjeseci), 2017. godine 388 dana (13 mjeseci), a 2018. godine 366 dana (12 mjeseci).

jednako je važna i briga o ljudskim kapacitetima na kojima počiva efikasan sustav zaštite prava stranaka. Pored navedenog, iznimno je bitno kvalitetno normativno uređenje pojedinog upravnog područja i unapređenje kvalitete rada uprave što bi rezultiralo manjim brojem upravnih sporova, a posljedično i njihovim trajanjem u skladu s ustavnim i konvencijskim pravom na suđenje u razumnom roku.

Reformom upravnog sudstva u Republici Hrvatskoj u dijelu koji se odnosi na promjenu institucionalnog ustroja upravnog sudovanja stvoreni su preduvjeti za učinkovito odlučivanje o pravima i obvezama stranaka u upravnim stvarima pred upravnim sudovima i Visokim upravnim sudom. S druge strane, sama normativna rješenja „novog“ upravnog spora pružaju sudovima adekvatan i dostatan „alat“ za okončanje upravnih sporova u razumnom roku. Međutim, efikasnost upravnih sudova i Visokog upravnog suda u najvećoj mjeri ovisi o tome kako i u kojoj mjeri suci tih sudova koriste procesna ovlaštenja koja im ZUS stavlja na raspolaganje u funkciji učinkovitog odlučivanja o pravima i obvezama stranaka u upravnom sporu. Uvidom u praksu upravnih sudova može se zaključiti da ti sudovi u pravilu vode sporove u skladu s načelom učinkovitosti, ali postoje i primjeri iz kojih je razvidno da se to načelo shvaća na način koji onemogućava pravilno i potpuno utvrđivanje činjeničnog stanja⁵⁴ i/ili ostvarivanje različitih procesnih jamstava poštenog suđenja. U tom je smislu, u svakom pojedinom slučaju nužno uspostaviti ravnotežu između zahtjeva za učinkovitim postupanjem suda i zahtjevima poštenog suđenja u ostalim aspektima koji bi u slučaju pretjeranog formalizma u tumačenju načela učinkovitosti, mogli biti dovedeni u pitanje.

⁵⁴ Tako se, primjerice, mogu pronaći slučajevi u kojima prvostupanjski upravni sud, pozivajući se na načelo učinkovitosti, odbija dokazni prijedlog stranke čije bi izvođenje zasigurno doprinijelo pravilnom utvrđivanju činjeničnog stanja. Postoje i primjeri u kojima se pozivom na načelo učinkovitosti stranci onemogućava raspravljanje pred sudom.

RÉSUMÉ:

LE PRINCIPE DE L'EFFICIENCE DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF À LA LUMIÈRE DU DROIT CONVENTIONNEL SUR LE JUGEMENT DANS UN DÉLAI RAISONNABLE

Les droits garantis par l'article 6 de la Convention du Conseil de l'Europe de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales reposent sur le principe d'une protection juridique effective. Un procès dans un délai raisonnable est indissociable de la notion de procès équitable, laquelle ne peut être garantie en cas d'incertitude excessive quant aux droits et obligations des parties devant le tribunal. Dans ce contexte, l'année 2012 a été particulièrement marquante pour les litiges administratifs en Croatie, avec l'entrée en vigueur d'un système de justice administrative profondément remanié. Outre la nouvelle organisation du système et les nouvelles compétences des tribunaux administratifs et de la Haute Cour administrative, découlant de la réforme et ayant également influé sur la durée des procédures, la nouvelle loi relative aux litiges administratifs a intégré des mécanismes visant à optimiser l'efficacité des juridictions administratives. L'importance de la nécessité de procédures administratives plus rapides et plus efficaces, ainsi que de jugements dans un délai raisonnable, a été soulignée par le législateur croate, qui a intégré le principe d'efficacité dans la nouvelle loi sur les litiges administratifs comme l'un des principes fondamentaux de la procédure juridictionnelle administrative. Les dispositions normatives de cette loi indiquent qu'elle constitue une première étape vers des procédures administratives efficaces, c'est-à-dire la réalisation du droit à un jugement dans un délai raisonnable en matière administrative, créant ainsi les conditions préalables normatives au respect du droit, garanti par la Convention, à ce qu'une décision soit rendue en matière administrative dans un délai raisonnable. La pratique des juridictions administratives montre que les litiges administratifs sont généralement traités conformément au principe d'efficacité, ce que confirment les statistiques relatives à la durée moyenne des litiges administratifs en République de Croatie, laquelle n'excède pas le délai raisonnable selon les normes de la Cour européenne des droits de l'homme. Toutefois, reconnaissant la nécessité d'établir un équilibre entre les exigences d'une procédure judiciaire efficace et celles d'un procès équitable sur d'autres points qui, en cas de formalisme excessif dans l'interprétation du principe d'efficacité, pourraient être remis en question, il est nécessaire, dans chaque cas particulier, d'utiliser les mécanismes procéduraux du règlement des différends administratifs afin de satisfaire à ces deux exigences.

Prof. dr. sc. Bosiljka Britvić Vetma*

Dr. sc. Ivan Malenica**

UPRAVNOSUDSKA PRAKSA – INSTRUMENT KONTROLE KVALITETE PRAVNE NORME

UDK: 342.9 : 340.13

DOI: 10.31141/zrpf.2023.60.148.355

Pregledni znanstveni rad

Primljeno: 16. 7. 2023.

U ovome radu bavimo se upravnosudskom praksom kao instrumentom kontrole pravne norme, i to s različitih aspekata. S aspekta koji prikazuje razvoj i važnost sudske kontrole pravnih propisa, zatim s obzirom na komparativnu relevantnu sudsku praksu kao i s obzirom na širinu ovlasti suca u odlučivanju o pravima i obvezama stranke u francuskom upravnom pravu.

Ključne riječi: *upravnosudska praksa, kontrola, kvaliteta pravne norme*

1. UVOD

Tumačenje pravnih pravila, ako ga primijenimo na upravno sudstvo, može se mjeriti samo kao „proces“ koji se tiče izrade sudskih odluka. Kvalitetno sudstvo trebalo bi biti u stanju kvalitetno tumačiti pravne propise. Tekstualne definicije ponekad nisu cjelovite, sažete ili jednostavno ne postoje, pa postaje nužno u sudskom postupanju namijenjenom upravnom aktu istraživati dominantna mjerila za definiciju, a znamo da ove dvije istraživačke metode o sastavnicama pojma upravnog akta, tekstualni temelj ili pristup kroz spor, svakako nemaju svrhu isključivanja, već naprotiv, nadopunjavanja.¹

U donošenju odluke o usklađenosti upravnog akta s načelom zakonitosti, upravni sudac raspolaže ovlastima koje mogu biti šire ili uže. Svakako je nužno i naglasiti kako se argument u procesnopravnoj teoriji ne svodi samo na sredstvo interpretacije pravne norme. Ništa manje nisu važni ni činjenični sudovi te zaključivanje i argumentacija pri utvrđivanju činjenica. I nad činjenicama se, da bismo došli do onih koje tvore činjenično stanje, obavlja kvalifikacija koju je nekad zaista teško

* Redovita profesorica na Katedri za upravno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu. E-mail: bosiljka.britvic@pravst.hr. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3393-5895>

** Ministar pravosuđa i uprave Republike Hrvatske

¹ Vidi o tome Britvić Vetma, B., *Uloga upravnih sudova i Suda Europske unije u kreiranju pravnih propisa i upravnosudske prakse*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol 40, br. 1, Rijeka, 2019., str. 400-401.

odvojiti od interpretacije. I činjenični problemi mogu utjecati na primjenu pravnog propisa te karakteriziranje nekog slučaja „lakim“ ili „teškim“.²

Sudovi kroz sudsku praksu stvaraju nova rješenja. U kontekstu navedenoga, trebamo se podsjetiti, u nastojanju približavanja upravnog spora strankama te, između ostaloga, i u namjeri otklanjanja nedostataka modela ocjene zakonitosti, u hrvatski sustav uvodi se spor pune jurisdikcije. Razlikovanje između spora pune jurisdikcije i spora o zakonitosti treba sagledati i kao instrument definiranja ovlasti suca u primjeni pravnih pravila. Naime, u jednoj situaciji riječ je o ovlasti poništenja, dok je u drugoj riječ o ovlasti odlučivanja. Pritom logika kontrole zakonitosti navodi suca da se prvo očituje o zakonitosti odluke, a zatim, u slučaju poništenja, da pristupi zamjenjivanju odluke. Logika učinkovitosti zahtijeva da se djeluje brže i da se spor riješi bez zaustavljanja na utvrđivanje nezakonitosti. Nastavno i sukladno navedenim ciljevima, mijenja se i smisao sudske kontrole rada državne uprave s ocjene zakonitosti rješenja na zaštitu subjektivnog prava stranaka. Za predmetno razlikovanje ovlasti suca potrebno je podsjetiti kako se smatralo prirodnim ograničavanjem ovlasti suca u sporu o zakonitosti u kojem on nije mogao ići dalje od poništenja predmetne odluke. U nedostatku zakona koji će izričito odrediti pojedinu vrstu upravnog spora kao spor pune jurisdikcije, koji podrazumijeva ovlasti za rješavanje konkretnog spora! U tu svrhu upravni sudac pragmatično primjenjuje svoje ovlasti sudovanja prilagođene prirodi predmeta, a kad je to potrebno, koristi različite „alate“ pune jurisdikcije. Tako je priroda predmeta postala središnji element na temelju kojega sudac odabire ovaj ili onaj alat u upravnosudskoj kontroli, ali, osim tehnike, postoje i drugi elementi koji se, barem u nekim slučajevima, nameću, ovisno o duhu vremena, kao što je to „priroda stvari“, a koje upravni sudac mora uzeti u obzir u svojoj jurisprudenciji. Iz toga proizlazi složenost sudske prakse koja djelomično proizlazi iz „same prirode stvari“. Posve je neupitno da se prilikom proučavanja razlike između spora o zakonitosti i spora pune jurisdikcije može primijetiti da u „tradicionalnim predmetima“, prema klasičnom razlikovanju navedene vrste spora, upravni sudac obično primjenjuje spor o zakonitosti, kako bi izbjegao upuštanje u preosjetljivo ocjenjivanje. Naime, u upravnom sudovanju prevladava jurisprudencijalna politika koja daje prednost sporu o zakonitosti u predmetima koji zapravo pripadaju sporu pune jurisdikcije. Međutim, došlo je vrijeme da se odgovori i na druga očekivanja društva, na očekivanja u pogledu učinkovitosti, djelotvornosti i brzine rješavanja predmeta. Stoga se smjer spora pune jurisdikcije čini najdjelotvornijim, budući da sucu daje ovlast svojom odlukom zamijeniti odluku uprave. Dvadeset prvo stoljeće najavljeno je kao stoljeće pune jurisdikcije i zakonodavac je, posebice pod utjecajem sudske prakse Europskog suda za zaštitu ljudskih prava, intervenirao kako bi sporove o zakonitosti okvalificirao kao sporove pune jurisdikcije. Međutim, izgleda da je zakonodavac, više nego upravni sudac, sklon tome da sporove o zakonitosti preoblikuje u sporove pune jurisdikcije. Način rješavanja spora više ne ovisi nužno o kategoriji spora na

² Više o tome Harašić, Ž., *Autoritet i sud*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 52, 2/2015, Split, str. 413.

koju se odnosi spor. Ne postoji više samo izbor između spora o zakonitosti i spora pune jurisdikcije. Zadaća je suca u lepezi svojih sudskih ovlasti potražiti onu ili one ovlasti koje mu se čine najprikladnijima za učinkovito rješavanje spora s obzirom na prirodu stvari, uzimajući u obzir sve vidove tih ovlasti, kako pravne i stručne, tako i praktične. Naime, sudac će odabrati zamjenu odluke uprave svojom odlukom samo ako mu se ta zamjena čini nužnom ili oportunom. U nedostatku zakona koji će izričito odrediti spor kao spor pune jurisdikcije, koji podrazumijeva ovlast zamjenjivanja (reformacije), upravni sudac ima punu slobodu, ne samo odrediti spor koji se pred njim pokreće, nego i izabrati najprikladnije sudbene ovlasti za rješavanje spora.³

Sudac u sporu pune jurisdikcije, nakon što je poništio odluku uprave, može donijeti novu odluku kojom zamjenjuje poništenu odluku uprave. Kako bi to učinio, mora uzeti u obzir pravno i činjenično stanje na dan kada donosi odluku. Sudac u sporovima o zakonitosti djeluje u dvije faze: najprije kontrolira zakonitost upravne odluke, a zatim, u slučaju poništenja, svojom odlukom zamjenjuje odluku uprave. On se usredotočuje na pravno stanje zainteresirane osobe, a ne samo na zakonitost akta. Upravo priroda predmeta opravdava rješavanje spora u sporu pune jurisdikcije ili u sporu o zakonitosti.⁴

U 20. stoljeću dolazi do pojačanog interesa za pravnu praksu. Jedan od važnijih motiva vezan je uz izmjenu stajališta o ulozi suca. Naime, u 19. stoljeću dominantna ideologija bila je Montesquieuova doktrina o podjeli vlasti, prema kojoj je zadatak zakonodavca bio formulirati jasne i nedvosmislene norme, dok je zadatak sudbene vlasti bio primijeniti ih na konkretne slučajeve. Iz dogme da samo zakonodavac može stvarati pravo proizlazi pretpostavka da je zakon potpun i da zakonodavac donosi zakone koji su jasni, jednostavni i laki za primjenu. Kada bi značenje zakona bilo razvidno, ne bi bilo potrebe za interpretacijom. Stoga bi sudac samo morao podvesti relevantne činjenice konkretnog pravnog slučaja pod opće pravne norme. Međutim, na samom prijelazu stoljeća, a poglavito početkom 20. stoljeća, bitno se mijenjaju shvaćanja o ulogama zakonodavca i suca. Budući da zakonodavac ne može predvidjeti sve moguće slučajeve prouzročene dinamikom društvenog života, on se mora ograničiti na generalno formuliranje pravnih normi, koje onda moraju biti interpretirane da bi se mogle primijeniti, a to znači uvijek i stvaralački dopunjavanje od subjekata adresata pravne norme. Na značenje pravne norme utječe ukupna društvena situacija iz vremena donošenja i primjene norme koja uključuje sve važne društvene odnose i vrijednosti, te funkcije i ciljeve zakonodavca. Upravnosudske odluke otkrivaju iz dana u dan nove potrebe društva: otkrivanjem novih potreba otkrivaju se i novi izvori prava. Sudska praksa ne može biti samo puko donošenje odluka – jer čak i taj proces podrazumijeva svjesni angažman suca koji uključuje i tumačenje i prosuđivanje – već svaka sudska odluka otkriva sociološku situaciju i njezin odnos s pravnim sustavom. Sudska odluka otkriva izvore prava i u materijalnom i u formalnom i u vrijednosnom poimanju izvora prava. Sudac

³ Vidi o tome: Britvić Vetma, B., *Primjenjivost upravnog spora pune jurisdikcije u Republici Hrvatskoj*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2017., str. 97-110.

⁴ Vidi o tome: Britvić Vetma, B.; Bassegli Gozze, V., *Prava i obveze upravnih sudova – sporna pitanja u praksi*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, Split, 2017., str. 207-232.

ne primjenjuje zakon samo formalno, niti mehaničkim čitanjem zakona pronalazi pravnu osnovu, već tumačenjem pronalazi pravnu volju zakonodavca (duh zakona), dakle stvaralački se odnosi prema svakom pojedinom slučaju.⁵

Sudska praksa nalazi rješenja za ono što je ostalo nejasno. Ona otklanja proturječnosti koje su izmakle zakonodavcu i koje sprečavaju pravilnu primjenu pravnih tekstova. Sudska praksa oblikuje smjernična načela, koja ujedinjuju raznorodne tekstove, dajući im smisao i jedinstvo, na osnovi cjeline pozitivnog prava. Treba podsjetiti kako i opća načela prava imaju veliku ulogu u interpretaciji, prvenstveno zbog toga što izražavaju temeljne vrijednosti s kojima moraju biti u skladu i prema kojima se moraju tumačiti sve ostale pravne norme. Naime, velik broj općih načela nije samo izraz pravne znanosti i pravne prakse, nego je i normiran, tj. ušao je u pravne norme kao njihov sadržaj. Upravni sudovi pozivaju se na opća načela prava i osiguravaju njihovo poštovanje. Primjenjivaču pravnih pravila osnovna načela predstavljaju putokaz u interpretaciji pravnih pravila, naročito kad u tekstu pravnog pravila nema direktnog odgovora na postavljeni problem, ili kad sama gramatička i logička interpretacija nisu dovoljne za pronalaženje rješenja koja će biti u skladu s općim duhom određenog pravnog sustava. Sudska praksa može postojati ako sudac interpretira zakon istodobno i jasno i trajno. U tom smislu i jest uloga Vrhovnog suda Republike Hrvatske.⁶

U okvirima kodificiranog prava, kao i u sustavima pisanog prava, sudska praksa ima i obavlja više funkcija. 1. Ona ponajprije primjenjuje tzv. „opći zakon” koji je *a priori* teoretski i apstraktan. Ta primjena dovodi suca do toga da mora precizirati domet pravnog pravila u odnosu na različite životne situacije, i to tako da primjenjuje propis u praksi. Tom prigodom upravni sudac i sudska praksa omeđuju područje primjene pravnih tekstova i, ako je potrebno, ustanovljuju smisao pojedinih pojmova koje pravni tekstovi nisu definirali. 2. Upravnosudska praksa, kao što je već i rečeno, isto tako ispunjava pravne praznine koje mogu postojati u pravnom pravilu. 3. I konačno, upravnosudska praksa nalazi rješenja za ono što je ostalo nejasno.⁷

Za značenje i stvarni domet upravnosudske prakse, ali i općenito sudske prakse, posebno je važno stajalište Ustavnog suda Republike Hrvatske iskazano u jednoj njegovoj odluci iz 2011. godine. „Pozitivni smisao zahtjeva za određenosti i preciznošću pravne norme... nije ispunjen ako građani, kao savjesne i razumne osobe, nagađaju o njezinu smislu i sadržaju, a njezini se primjenjivači često razilaze u njezinu tumačenju i primjeni u konkretnim slučajevima. Prijeporna tumačenja neke pravne norme, koja rezultiraju neujednačenom praksom upravnih i sudskih tijela, predstavljaju sigurnu naznaku pogrešaka i nedostataka u njezinoj određenosti. Negativni smisao zahtjeva za određenošću i preciznošću pravne norme upućene tijelu državne vlasti znači da njezin izričaj mora vezati to tijelo tako da mu ne dopušta postupanje izvan svrhe određene njezinim sadržajem. To je važno

⁵ Vidi o tome: Britvić Vetma, B., *Uloga upravnih sudova i suda Europske unije u kreiranju pravnih propisa i upravnosudske prakse*, str. 400.

⁶ *Ibid.*, str. 401.

⁷ *Ibid.*, str. 402.

i za postupanje tijela državne i javne uprave i za postupanje tijela sudbene vlasti. Prva smiju postupati samo na temelju dovoljno jasnih zakonskih mjerila koja ih pravno vezuju ili im pak dopuštaju određeni stupanj slobodne prosudbe (najčešće u obliku diskrecijske ocjene). U suprotnom bi ono ugrozilo slobodu građana od samovolje i zlouporabe državne vlasti, posebice u slučajevima mjera i radnji koje se poduzimaju prema njima bez njihova prethodnog znanja.” U istom kontekstu važno je istaknuti i odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske iz 2000. i 2008. godine: „Zakonodavac može na različite načine izbjeći neodređenost i nepreciznost pravne norme, uključujući i to da posebnim zakonskim definicijama odredi sadržaj pojedinim zakonskim pojmovima. No, pri tome je uvijek potrebno da činjenice-uvjeti u hipotezi zakonske norme sadrže elemente predvidljivosti ponašanja pravnih subjekata sukladne njezinom ustavnopravno prihvatljivom cilju (arg. iz zaključka njemačkog Saveznog ustavnog suda 1 BvF 3/92 od 3. ožujka 2004., § 113.). Konačno, moguće je i da se ustaljenom praksom sudbenih tijela u tolikoj mjeri otklone nejasnoće u tumačenju i primjeni neke norme da se može uzeti da njezin izričaj odgovara zahtjevima načela zakonitosti. Kojom će se metodom zakonodavac poslužiti, Ustavni sud ne određuje.“⁸

Stoga smo mišljenja – u kontekstu navedenoga kako se pravni propisi moraju prilagođavati stvarnom životu, dakle trebaju evoluirati, a to evoluiranje nije moguće ograničavati propisom – da dolazi do okolnosti u kojoj sud treba, radi pravilne odluke o subjektivnom pravu stranke u trenutku odlučivanja, prilagoditi učinke ranije zakonitog rješenja na novo stanje. Posebno napominjemo kako izložene modele treba prihvatiti i percipirati kao alate, koje će sudac, ovisno o okolnostima slučaja i prirodi stvari, primjenjivati. Ujedno ističemo kako su suci dužni u navedenoj prilagodbi nacionalno pravo tumačiti u skladu s pravom Europske unije, te normama koje potječu iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, kao i pravo sadržano u odlukama europskih sudova. Pojedinačno prihvaćanje koje se objektivno vezuje za sudsku odluku postiže se putem mehanizma obrazloženja presude. Obrazloženje daje legitimitet odluci i ujedno je objašnjava. Nužnost obrazloženja odluka upravnih sudova poznaje i Zakon o upravnim sporovima. Mnogostruku važnost obrazloženja u nizu svojih presuda istaknuli su i Ustavni sud Republike Hrvatske i Visoki upravni sud Republike Hrvatske. Obrazloženje je važno i zbog uobličavanja buduće prakse nižih sudova.⁹

⁸ *Ibid.*, str. 403-404.

⁹ Britvić Vetma, B., *Uloga upravnih sudova i Suda Europske unije u kreiranju pravnih propisa i upravnosudske prakse*, str. 407.

2. NOVI INSTRUMENTI SUDSKE KONTROLE – POGLED IZ FRANCUSKE

Upravni sudac desetljećima je donosio sudske odluke u sporu o zakonitosti. Međutim, slijedom zakonodavnih reformi, upravni sudac redefinira svoju ulogu. Stoga, upravni sudac, uzimajući u obzir svoje nove ovlasti u sporovima pune jurisdikcije, postupno širi svoje ovlasti.

Promjena perspektive do koje je došlo u samoj koncepciji kontrole zakonitosti potaknula je višestruka doktrinarna spekulacija u pogledu moguće promjene tužbe za ocjenu zakonitosti.¹⁰ Ono što se obično u francuskom upravnom prava naziva „objektivnom tužbom u sporu pune jurisdikcije”, koja dopušta sucu da zamijeni odluku javnopravnog tijela, a ne da se ograničava isključivo na poništavanje, doživjela je uspjeh koji pokazuje da se, osim propitivanja o zastarjelosti tužbe za ocjenu zakonitosti, upravni spor razvija prema priznavanju i promicanju pojedinačnih prava.¹¹

Iskorištavajući novomogućnosti, sudac u sporu ozakonitosti pokušava nadoknaditi nedostatak koji ga udaljava od spora pune jurisdikcije i novih zakonodavnih okvira koji omogućavaju proširivanje ovlasti u sporu pune jurisdikcije, kako prije, tako i nakon samog postupka, što mu neosporno omogućuje da ostvari „bolji rezultat” sveobuhvatnijim razumijevanjem pravne situacije u boljoj komunikaciji sa strankom i boljim definiranjem onog što podrazumijeva presuđena stvar (*res iudicata*). Ohraben ovom dinamikom, sudac može, „stvaralačkom tehnikom”, doći do pravnog konteksta koji zakonodavna reforma nije predvidjela. Ovaj novi pristup objektivnom sporu, koji se može razmatrati u odnosu na presude kao i na posljedice koje iz nje proizlaze, ipak postavlja pitanje relevantnosti zadržavanja razlike među tužbama kada se odnose na spor o zakonitosti koji se pokreće tužbom.¹²

U slučaju postojanja tužbe kojom se osporava zakonitost odluke javnopravnog tijela, sudac ima samo jednu mogućnost – poništiti ili ne poništiti odluku. U donošenju svoje odluke „smješta” se u vrijeme donošenja osporavane odluke. Naime, u trenutku kada utvrdi nezakonitost, poništenjem predmetne odluke presuda upravnog suca reflektira stanje presude na dan kada je odluka bila donesena. Nedostaci takvog oblika „nefleksibilnosti” opetovano su istaknuti. Međutim, usprkos kontroli zakonitosti pravnog poretka, što je i osnovna misija suca za ocjenu zakonitosti, izrečeno poništenje prema takvim apsolutnim uvjetima nije uvijek najadekvatnije rješenje.¹³

¹⁰ U ovom kontekstu, u komparativnom pravu najavljuju njezin skori nestanak u korist tužbe pune jurisdikcije čiji broj u posljednjih nekoliko godina bilježi značajan rast.

Bailleul, D., *L'efficacité compare des recours excès de pouvoir et plein contentieux objectif en droit public*, LGDJ, coll., Bibliothèque de droit public, Pariz, 2002.

¹¹ Vidi u Chapus, R., *Droit du contentieux administrative*, Paris, Montchrestien, 10. izdanje, 2002., str. 994.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

U pokušaju da ispravi nedostatke, u okviru spora o zakonitosti, upravni je sudac pristao na određene prilagodbe. U tom pravcu najvažniji je iskorak učinio francuski Državni savjet. Naime, on je u presudi od 25. studenoga 1991. godine najprije priznao da poništenje ne mora biti potpuno kada su samo neke od odredbi akta obuhvaćene nezakonitošću, a konkretne odredbe mogu se odvojiti od preostalih. Zatim je upotrijebio postupak zamjene razloga i zakonske osnove kako bi izbjegao izricanje poništenja kada je upitni akt trebao biti donesen ili je mogao biti donesen u identičnim uvjetima.¹⁴

S druge strane, mnogo je značajnije rješenje koje proizlazi iz odluke iz 2001. kojom je Državni savjet odlučivao o tužbi za ocjenu zakonitosti protiv odluke ministra pravosuđa kojom odbija staviti izvan snage uredbu o uspostavi automatiziranog sustava upravljanja određenim postupcima na okružnim sudovima.¹⁵ Ovom odlukom Državni savjet omogućuje sucu da u sporu za ocjenu zakonitosti ne mora automatski preispitati akt kod kojeg je utvrdio nezakonitost, već može sveobuhvatnije shvatiti pravnu situaciju koja iz toga proizlazi i nastaviti s poništenjem samo ako se pokaže da je nezakonitost neotklonjiva ili preznačajna. U suprotnome, donositelju akta daje se rok za unošenje potrebnih ispravaka.¹⁶ Ovo rješenje moglo bi se prenijeti na sve sporove o zakonitosti. U tom slučaju trebalo bi prekinuti s logikom ocjenjivanja zakonitosti akta na dan kada je donesen, a dati prednost boljoj kontroli opsega utvrđene nezakonitosti.

2.1. Interpretativna reformacija

Nakon što je prvotno odbio svaku, pa i najmanju izmjenu upravnog akta čija je nezakonitost dokazana i utvrđena, upravni sudac je, kao što smo i spomenuli, ipak sebi dopustio neke prilagodbe, koje su danas općeprihvaćene.

Upravni sudac danas može ispraviti akt čija je osnova zahvaćena nezakonitošću tako što će zamijeniti nezakonitu osnovu novom i zakonitom. Međutim, takva mogućnost otvorena je samo u onoj mjeri u kojoj donositelj odluke može na temelju nove osnove donijeti istu odluku s identičnim ovlastima ocjenjivanja, u istom obliku i postupku. U skladu sa sličnim postupkom, sucu se daje mogućnost da zamijeni pogrešni činjenični supstrat pobijane odluke s ispravnim činjeničnim stanjem što se može u pravnom smislu opravdati, uz uvjet da se radi o zadržavanju akta koje je javnopravno tijelo bilo dužno donijeti. U oba slučaja radi se o postupku reformacije koja dovodi do stvarne revizije osporavane odluke.¹⁷

¹⁴ Državni savjet, 25. studenoga 1991., *Comune de Saint-Palais-sur-Mer et Association des Amis de Saint-Palais-sur-Mer*, AJDA, Lebon, str. 405-408.

¹⁵ Nakon što je priznao nezakonitost odbijanja, Žalbeni upravni sud nalaže njegovo poništenje pod uvjetom da ministar u (dodijeljenom mu) roku od dva mjeseca ne pruži zakonsku osnovu za predmetni sustav upravljanja, pri čemu odluka sadrži mjere koje su takve naravi da mogu otkloniti utvrđenu nepravilnost. Državni savjet, 27. srpnja 2001.

¹⁶ Rješenje se u ovom slučaju zasigurno nadahnjuje nužnošću „ispravnog funkcioniranja javne sudske službe“ kojem bi sustav automatiziranog upravljanja postupcima mogao doprinijeti.

¹⁷ Bernard, P., *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, LGDJ, 1997., str. 90.

Odlukom iz 2002.¹⁸ Državni je savjet otvorio novu perspektivu sucu u sporu za ocjenu zakonitosti u domeni reformacije takvih odluka. U ovom slučaju bilo je potrebno poništiti odredbe kodifikacijske uredbe od 15. lipnja 2002. koja se odnosi na određene zakonodavne dijelove ruralnog zakonika. Nakon što je priznao materijalnu pogrešku koja je zahvatila nezakonitošću jednu od osporavanih odredbi, u formi članka L. 761-21, i nakon što je priznao da „je ova greška obično takva da, s obzirom na predmet kodificiranja, dovodi do poništenja pogrešnih odredbi članka L. 761-21“, sudac ipak nije izrekao poništenje i sam se obvezao ispraviti pogrešku.¹⁹ Izreka koja proizlazi bez presedana je u ocjeni nezakonitosti. Najprije navodi da se „podrazumijeva da je članak L. 761-21 ruralnog zakonika povezan s člankom L. 761-19, a ne s člankom L. 761-18“. Zatim se predsjedniku vlade daje rok od mjesec dana da objavi u Službenom listu izvadak presude „koji obuhvaća članak 1. izreke i razloge na kojima se temelji“, a zahtjevi za poništenjem odbacuju se u skladu s tim uvjetom.²⁰ Na taj način, René Chapus zaključuje da je „Državni savjet otvoreno odlučivao *extra petita* i rješavao tužbu za poništenje (za ocjenu zakonitosti) u postupku koji je pred njim pokrenut sa zahtjevom (u sporu pune jurisdikcije, uostalom) za tumačenje“. Ovdje se zasigurno radi o velikom iskoraku u postupanju suca u sporu za ocjenu zakonitosti koji potiče na razmišljanje. Vjerojatno treba biti zadovoljan zbog toga što, zbog dobrog upravljanja, sudac može ispraviti očitu pogrešku i na taj način spriječiti gubitak vremena zbog beskorisnog poništenja. Međutim, potrebno je istaknuti kako on ipak ne utječe na sadržaj odluke regulatorne naravi.²¹

2.2. Novi pristup učincima presude

Osim tehnike suđenja *stricto sensu*, uzimanje u obzir učinaka upravnosudske odluke također doživljava promjenu koja odražava bolje shvaćanje pravnih situacija u sporovima o zakonitosti. Ova promjena uočava se prethodno, u okviru hitnog zahtjeva za obustavom i naknadno, u fazi poništenja upravne odluke, na temelju uopćavanja teorije analize troškova i koristi.

2.2.1. Analiza troškova i koristi u okviru obustave

U reformi hitnih postupaka, provedenoj Zakonom od 30. lipnja 2000.,²² može se uočiti napredak u pogledu ovlasti o upravnosudskom nalogu koja se dodjeljuje upravnom sucu, uz onu provedenu Zakonom od 8. veljače 1995. Naime, više nego

¹⁸ Državni savjet, 25. ožujka 2002. *Caisse d'assurance-accidents agricole du Bas-Rhin*, Lebon.

¹⁹ Chapus, R., *Georges Vedel et l'actualité d'une notion fonctionnelle; l'intérêt d'une bonne administration de la justice*, in *Hommage à Georges Vedel*, RD publ. 2003, str. 14.

²⁰ Državni savjet, 20. veljače 2001., *Philippart et Lesage*, RFDA, 2001., str. 390.

²¹ Državni savjet, 20. veljače 2001., *Philippart et Lasage*, RFDA, 2001., str. 390., zaključak Chauvaux, Dominique

²² LOI no 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives (1) – Légifrance (legifrance.gouv.fr) od 29. lipnja 2023.

ikad, obustava upravne odluke analizira se kao pravi nalog, budući da se danas može izreći protiv odluka o odbacivanju, pri čemu sudac može čak i u tom slučaju po službenoj dužnosti zahtijevati od uprave da donese obvezujuće mjere tako što će privremeno dopustiti traženu odluku. Da bi to ostvario, podnositelj zahtjeva mora dokazati ozbiljnu sumnju u zakonitost akta koji osporava kao i potrebu hitnog rješavanja (hitnu situaciju). Ovaj drugi uvjet treba zamijeniti nenadoknadive posljedice na koje se stranka trebala pozvati da bi se mogla nadati odgodi izvršenja. Državni savjet bio je vrlo eksplicitan u načinu na koji upravni sudac treba tumačiti uvjet hitnosti. Osobito ističe da sudac u postupcima privremene pravne zaštite treba konkretno ocijeniti oportunističnost obustavljanja izvršenja neke odluke, tako što će preispitati jesu li učinci koje bi ona mogla proizvesti na stanje podnositelja zahtjeva ili drugih osoba uistinu takvi da mogu opravdati trenutačnu obustavu odluke. Nakon toga, čini se da je Državni savjet ponovo krenuo s tumačenjem uvjeta za određivanje obustave izvršenja, pri čemu je dopustio mogućnost da isto ne odobri, iako su uvjeti za dobivanje obustave bili ispunjeni, i to kada je smatrao da bi obustava izvršenja pobijanog akta izazvala više nedostataka nego prednosti u pogledu javnog interesa.²³ Ipak, u okviru hitnog zahtjeva za obustavom, nastavlja otvoreno djelovati i ne pretvara se više da ne vidi da su ispunjeni uvjeti za obustavu, kao što se to često događalo s uvjetom nenadoknadivih posljedica kada se postupak ne bi obustavio. Sveobuhvatna ocjena situacije i usporedba interesa sastavni su dio određivanja hitnosti koja može dovesti do obustave, a na taj način stvarna metoda suđenja postaje dio aktive upravnog suca, dok se ranije stvarao osjećaj djelovanja po slobodnoj volji.²⁴

Postupak je sličan onom u kojem sudac u postupku za donošenje korisne mjere odnedavno tumači ozbiljnost osporavanja koje može spriječiti zahtjev za deložaciju onoga koji zauzima javno vlasništvo. Do tada to pitanje nije bilo zanimljivo zato što se sudska praksa ograničavala na rješenje prema kojem nije moglo postojati ozbiljno osporavanje koje bi moglo spriječiti deložaciju iz javnog vlasništva, čak i ako je podnesena tužba za ocjenu zakonitosti odluke koja lišava korisnika njegova prava. Vraćajući se na svoj stav, Državni je savjet iskoristio priliku i pojasnio takvu ocjenu. U slučaju u kojem zahtjev za deložaciju proizlazi iz rješenja upravitelja vlasništva da povuče ili odbije produljiti ugovor koji je korisnik imao ili u slučaju kada ta izvršna odluka nije postala konačna, korisnik pred njim osporava valjanost, traži od suca da „uzme u obzir narav i utemeljenost razloga navedenih protiv odluke“ što mu omogućuje da poveže zaštitu javnog vlasništva s posljedicama koje bi deložacija mogla imati na korisnika bez prava. Nakon toga, pristupa stvarnoj usporedbi postojećih interesa što mu omogućuje da bolje nego ranije iskoristi hitni postupak.²⁵

²³ Chapus, R., *Contentieux administratif*, str. 1278.

²⁴ Lebreton, G., *Libertés publiques et droits de l'homme*, A. Colin, 6. izdanje, Pariz, 2003. str. 229.

²⁵ Caviglioli, B., *Le recours au bilan dans l'appréciation de l'urgence*, AJDA, Pariz, 2003., str. 642.

2.2.1.1. Analiza troškova i koristi u okviru poništenja

U francuskom upravnom pravu odavno su poznate posljedice poništenja nezakonitih odluka u sporu ocjene zakonitosti. Zakon od 8. veljače 1995.²⁶ dovodi do toga da upravni sudac sagleda svoju ulogu u novom svjetlu jer nije više dovoljno da se nezakoniti akt stavi izvan snage. Upravni sudac mora „izgraditi ili rekonstruirati“ situaciju vodeći računa o učincima tog poništenja i donijeti novu odluku na temelju činjenica utvrđenih u trenutku donošenja iste. Na taj način, u samoj fazi poništenja, on treba predvidjeti posljedice koje će iz toga proizaći i mjere koje će propisati upravi kako bi ih ona mogla poduzeti. Na taj način, taj ga postupak dovodi do toga da uvjetuje poništenje odluke, čiju je nezakonitost ipak prepoznao, time što će ocjenjivati učinke iste, što predstavlja premještanje teorije analize troškova i koristi koju je prethodno koristio za određivanje zakonitosti odluke.²⁷

S tim u vezi, svakako je potrebno spomenuti Uredbu od 29. siječnja 2003., koja je na nedvosmisleni način pokrenula postupak potvrđujući načelo nepovredivosti javnih objekata.²⁸ U tom predmetu, nakon što je priznao nezakonitost osporavanog objekta, Državni savjet smatra da je potrebno odvagati nedostatke koje bi njegovo zadržavanje prouzročilo i one koji bi proizašli iz njegova rušenja s obzirom na različite prisutne interese, kao i da je potrebno sagledati hoće li rušenje dovesti do „prekomjerne povrede javnog interesa“. Ovdje se javni interes ne ogleda u ponovnoj uspostavi zakonitosti, već u činjeničnim razmatranjima koja uzimaju u obzir značaj objekta i posljedice koje bi njegovo uklanjanje moglo imati na korisnike. Državni savjet analogno razmišlja u odluci od 26. veljače 2003., smatrajući da se učinci nastali zbog poništenja odluke o prvokupu nekog dobra brišu kada bi mjere koje proizlaze iz posljedica tog poništenja prouzročile „prekomjernu štetu općem interesu koji se ocjenjuje u odnosu na sve ostale prisutne interese“.²⁹

3. UMJESTO ZAKLJUČKA

Razlikovanje je trebalo potrajati kao instrument definiranja ovlasti suca: u jednom slučaju – ovlast odlučivanja, a u drugom – ovlast poništenja (ili ponovnog odlučivanja). Puna jurisdikcija označava samo to da sudac koji odlučuje provodi kompletnu pravnu i činjeničnu kontrolu onoga što ne zadovoljava. Spor pune jurisdikcije poziva suca da izravno odlučuje o osnovanosti zahtjeva stranke. Spor pune jurisdikcije također je i fleksibilniji. Može se reći da uključuje zakonitost u širem smislu, a to je kvaliteta upravnog djelovanja. Osim toga, spor pune jurisdikcije omogućuje odlučivanje u aktualnom trenutku. Istina je. Puna jurisdikcija napreduje. Ona napreduje u idejama, kao i u stvarnosti.

²⁶ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative – Légifrance (legifrance.gouv.fr), 30. lipnja 2023.

²⁷ Državni savjet, 10. prosinca 2003., *Institute de recherche pour le développement*, AJDA, 2004., str. 394.

²⁸ Državni savjet, 29. siječnja 2003. *Departmanski sindikat za električnu energiju i plin Alpes-Maritimes i Commune de Clans*

²⁹ Državni savjet, 5. ožujka 2003., *Aggoun*.

Nedvojbeno, napor koji se posljednjih godina ulaže u smjeru upravnog sudovanja, prenoseći tako razvoj koncepcije sudovanja kao institucije koja je spremna promicati pojedinačna prava i konkretno i korisno rješavati sporove, potiče suca za ocjenu zakonitosti na duboku promjenu njegove službe. U različitim fazama sudskog postupka pojavljuju se tehnike kojima sudac nastoji nadići tradicionalne obrasce razmišljanja, pridajući manje pažnje apsolutnoj koncepciji načela zakonitosti da bi bolje shvatio različite korisne parametre pri donošenju uravnotežene i pravedne upravnosudske odluke. Istovremeno vodeći računa o potrebama dobre uprave i interesima građana, povrh utvrđivanja nepravilnosti, on treba definirati najpravedniju pravnu situaciju najprimjereniju onom danu kada odlučuje, izmjenjujući, ako je potrebno, smisao ili sadržaj upravne odluke i izbjegavajući ići onkraj apstraktne i ponekad razorne logike retroaktivne odluke. Nakon što to učini, on sve više nalikuje sucu pune jurisdikcije, ponovo potičući kontroverzu o razlici između tužbi starijih od stoljeća. Kada se pogleda razvoj donesenih presuda u tužbama za ocjenu zakonitosti, već izgleda kao da je u zaostatku. Nedvojbeno, dinamika spora pune jurisdikcije istisnula je spor o ocjeni zakonitosti, a čini se da se treba proširiti u granicama koje će još zasigurno trebati definirati, na područja koja su nesporna, kao ona općih akata. Stoga je više nego ikada vjerojatno da spor pune jurisdikcije „apsorbira gledište poništenja“, ostavljajući tužbu za ocjenu zakonitosti u svom tradicionalnom obliku samo za određene sporove za koje ni ne pomišljamo, ili još uvijek ne pomišljamo, da mogu biti predmet tužbe u sporu pune jurisdikcije.

POPIS LITERATURE

Knjige

1. Bailleul, D., *L'efficacité compare des recours excès de pouvoir et plein contentieux objectif en droit public*, LGDJ, coll., Bibliothèque de droit public, Pariz, 2002.
2. Bernard, P., *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, LGDJ, 1997.
3. Caviglioli, B., *Le recours au bilan dans l'appréciation de l'urgence*, AJDA, Pariz, 2003.
4. Chapus, R., *Droit du contentieux administrative*, Paris, Montchrestien, 10. Izdanje, 2002.
5. Chapus, R., *Georges Vedel et l'actualité d'une notion fonctionnelle; l'intérêt d'une bonne administration de la justice*, in *Hommage à Georges Vedel*, RD publ. 2003.
6. Lebreton, G., *Libertés publiques et droits de l'homme*, A. Colin, 6. izdanje, Pariz, 2003.

Članci u časopisima

1. Britvić Vetma, B., Bassegli Gozze, V., *Prava i obveze upravnih sudova-sporna pitanja u praksi*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, Split.

2. Britvić Vetma, B., *Primjenjivost upravnog spora pune jurisdikcije u Republici Hrvatskoj*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2017.
3. Britvić Vetma, B., *Uloga upravnih sudova i Suda Europske unije u kreiranju pravnih propisa i upravnosudske prakse*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol 40, br. 1, Rijeka, 2019.
4. Harašić, Ž., *Autoritet i sud*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 52, 2/2015, Split.

Propisi

1. Loi no 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives (1) - Légifrance (legifrance.gouv.fr) od 29. lipnja 2023.
2. Loi no 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative - Légifrance (legifrance.gouv.fr), 30. lipnja 2023.

Sudska praksa

1. Državni savjet, 25. studenog 1991., *Comune de Saint-Palais-sur-Mer et Association des Amis de Saint-Palais-sur-Mer*, AJDA, Lebon.
2. Državni savjet, 25. ožujka 2002. *Caisse d'assurance-accidents agricole du Bas-Rhin*, Lebon.
3. Državni savjet, 20. veljače 2001., *Philippart et Lesage*, RFDA, 2001.
4. Državni savjet, 20. veljače 2001., *Philippart et Lasage*, RFDA, 2001., str. 390., zaključak Chauvaux, Dominique.
5. Državni savjet, 10. prosinca 2003., *Institute de recherche pour le développement*, AJDA, 2004.
6. Državni savjet, 29. siječnja 2003. *Departmanski sindikat za električnu energiju i plin Alpes-Maritimes i Commune de Clans*

RÉSUMÉ:

LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE – INSTRUMENT DE CONTRÔLE DE LA QUALITÉ DES NORMES JURIDIQUES

Le texte traite de l'évolution du rôle du juge administratif et de l'importance de la jurisprudence dans l'interprétation et l'application des normes juridiques. Les auteurs expliquent que les textes de loi sont souvent incomplets ou imprécis, ce qui oblige les tribunaux administratifs à interpréter les règles de droit afin de garantir une protection efficace des droits des citoyens. Ainsi, la jurisprudence devient un instrument essentiel pour combler les lacunes du droit, préciser les notions juridiques et assurer une application cohérente des normes. Une distinction importante est faite entre le contentieux de légalité et le contentieux de pleine juridiction. Dans le contentieux de légalité, le juge

se limite traditionnellement à annuler un acte administratif illégal. En revanche, dans le contentieux de pleine juridiction, le juge peut remplacer la décision de l'administration par sa propre décision, ce qui permet une résolution plus rapide et plus efficace des litiges. Les auteurs soulignent que le droit administratif moderne tend de plus en plus vers cette seconde forme de contrôle, centrée sur la protection concrète des droits subjectifs. Le texte analyse également l'influence du droit français, notamment la pratique du Conseil d'État, qui a progressivement élargi les pouvoirs du juge administratif grâce à des techniques comme la substitution de motifs ou l'évaluation des conséquences pratiques de l'annulation d'un acte. Cette évolution montre que le juge administratif moderne ne se contente plus d'un contrôle abstrait de la légalité, mais cherche à trouver une solution équilibrée et adaptée aux besoins réels de la société.

Maryvonne de Saint Pulgent*

L'ACTION INTERNATIONALE DU CONSEIL D'ETAT

UDK: 342 (44)
Izvorni znanstveni rad
Primljeno: 10. 12. 2016.

I. Državni savjet vrši međunarodno djelovanje na unutarnje pravo kako bi se uskladilo s međunarodnom normom i kako bi vodilo računa o stranim pravima. A. Državni savjet kontrolira sukladnost francuskog prava s međunarodnom normom u skladu s modalitetima koji se dalje razvijaju. 1. Državni savjet kontrolira suglasnost nacionalnog prava s međunarodnom normom u preventivnom i kurativnom smislu. 2. Modaliteti kontrole se dalje razvijaju. B. Državni savjet promiče uključivanje stranih prava u nacionalno pravo, što može proizlaziti iz imperativa u pogledu sukladnosti s međunarodnom normom, ali i nadilaziti ga. 1. Državni savjet uzima u obzir strana prava u nastavku kontrole konvencionalnosti koju provodi. 2. Državni savjet promiče otvorenost prema stranim pravima što nadilazi zahtjeve u pogledu konvencionalnosti. II. Državni savjet širi ambiciju međunarodnog utjecaja tako obnovljenog francuskog prava i promiče uvođenje značajnih akcijskih sredstava. A. Državni savjet treba osigurati vlastiti utjecaj, ali naročito, namjerava pridonijeti utjecaju Francuske na međunarodnoj pravnoj sceni. 1. Državni savjet treba osigurati vlastiti utjecaj na međunarodnoj pravnoj sceni. 2. Državni savjet namjerava pridonijeti utjecaju Francuske na međunarodnoj pravnoj sceni. B. Državni savjet promiče uvođenje akcijskih sredstava na međunarodnoj pravnoj sceni koji se odnose na kvalitete nacionalnog prava i njihovog promicanja u drugim pravnim sustavima. 1. Državni savjet djeluje u korist poboljšanja kvaliteta nacionalnog prava. 2. Državni savjet podržava promicanje nacionalnog prava u drugim pravnim sustavima. Međunarodno djelovanje Državnog savjeta temelji se na jasnoj svijesti o njegovom ulogu: doprinos dijalogu između pravnih sustava, odnosno o učenju od drugih i o prepoznatljivosti. Ovi „Dani“ su plod suradnje između političkih vlasti, upravnih sudova i sveučilišta, koja je potrebna našim dvjema zemljama i koja je, općenito, toliko potrebna svijetu. Ovih prvih deset godina postavilo je temelje bogatog i plodnog odnosa kojeg sada trebamo njegovati.

Ključne riječi: *Francuska, državno vijeće, međunarodna aktivnost utjecaj na međunarodnu scenu*

Si la conduite de l'action internationale du Conseil d'Etat relève de la responsabilité de sa Section du Rapport et des Etudes, que je préside, compte tenu de son caractère stratégique, ses grandes orientations sont définies par le vice-président, Jean-Marc Sauvé, qui à son grand regret, n'a pu être présent et qui m'a demandé de le représenter. Il faut dire que le Conseil d'Etat incarne

* Présidente de la Section du Rapport et des Etudes du Conseil d'Etat Représentant le vice-président du Conseil d'Etat

un «modèle» français de contrôle de l'administration, qui dès l'origine, s'est exporté¹ dans le sillage des conquêtes militaires de son fondateur, Napoléon Bonaparte². Cette histoire n'est pas étrangère à celle de la ville de Split, un temps située dans les «Provinces illyriennes françaises»³. Mais c'est une autre forme, pacifique celle-là, d'unification de l'Europe par le droit à l'initiative de la France⁴ qui est aujourd'hui à l'œuvre - la Croatie y participe depuis le 1^{er} juillet 2013. Dans ce contexte, l'action internationale du Conseil d'Etat ne procède plus d'un projet impérialiste, mais s'exerce autant sur le droit interne (I) qu'à l'extérieur (II).

I. LE CONSEIL D'ETAT EXERCE UNE ACTION INTERNATIONALE SUR LE DROIT INTERNE POUR QU'IL SOIT CONFORME À LA NORME INTERNATIONALE (A) ET TIENNE COMPTE DES DROITS ÉTRANGERS (B)

A. Le Conseil d'Etat contrôle la conformité du droit français à la norme internationale (1) selon des modalités qui continuent d'évoluer (2)

1. Le Conseil d'Etat contrôle la conformité du droit national à la norme internationale à titre préventif autant que curatif

En sa qualité de conseil juridique des pouvoirs publics, il vérifie la conventionalité des projets dont il est saisi, dans toutes les branches du droit⁵ et préconise des réformes structurelles pour faciliter le respect de la norme internationale par les pouvoirs publics, par exemple par une plus grande efficacité dans la transposition des directives européennes⁶.

¹ A. Gaillet, «Le Conseil d'Etat français : histoire d'une exportation difficile en Europe», RFDA 2013, p. 793 : l'auteur évoque des «pays à Conseil d'Etat» ; M. Gjidara, «L'ouverture de la Croatie aux influences françaises dans l'ordre juridique et institutionnel», Rapport présenté au Colloque international organisé par l'Université Paris Sorbonne et l'Académie croate des sciences et des arts, sur «La Croatie et la France – la Croatie et l'Europe : rapports intellectuels et culturels entre la Croatie et la France à travers l'histoire», les 6 et 7 décembre 2012, à la Sorbonne ; l'auteur parle de «French modèle».

² Créées par un décret de Napoléon du 14 octobre 1809, consécutif au traité de Schönbrunn qui scelle la défaite de l'Autriche à la bataille de Wagram.

³ La culture juridique croate a été profondément marquée par la présence française, et «si les membres du Conseil d'Etat ont aujourd'hui retrouvé le chemin de Split, ils renouent avec l'histoire, car nombre de leurs prédécesseurs ont été envoyés de Paris par Napoléon, en Istrie, en Dalmatie, notamment à (...) Split pour vérifier comment la justice était rendue et l'état de l'administration sur place» (M. Gjidara, précité, p. 856-862, particulièrement p. 859).

⁴ Par le «discours de l'Horloge» prononcé le 9 mai 1950 par Robert Schuman, alors ministre des affaires étrangères de la France.

⁵ Y compris dans les branches du droit qui, ressortant au contentieux à la compétence des juridictions de droit commun, relèvent du droit privé.

⁶ Conseil d'Etat, *Directives : anticiper pour mieux transposer*, étude réalisée à la demande du Premier ministre, éd. La Documentation française, 2015.

En sa qualité de juge de l'administration, il écarte toute norme de rang infra-constitutionnel⁷ méconnaissant le droit international, y compris la loi⁸, dont le contrôle de la conventionalité s'est banalisé au point d'entrer dans l'office du juge des référés⁹, même conçu comme un «juge de l'évidence»¹⁰.

2. Les modalités du contrôle continuant d'évoluer

Les particularités des droits européens, auxquels est dédiée une Délégation au droit européen depuis 2008 au sein de la Section du Rapport et des Etudes¹¹, sont à l'origine d'une sophistication croissante. Le Conseil d'Etat concilie la priorité donnée, dans l'ordre interne, à l'examen de la constitutionnalité de la loi, avec l'exigence d'immédiateté de l'application du droit de l'Union européenne¹². Il s'appuie sur la protection équivalente dont jouissent, le cas échéant, les principes constitutionnels nationaux¹³ ou les droits garantis par la convention européenne des droits de l'homme¹⁴ en droit de l'Union européenne pour faire primer ce dernier.

Il vient d'admettre que *l'application*, à un cas particulier, d'une loi pourtant compatible avec cette convention pouvait méconnaître celle-ci¹⁵, s'engageant dans un contrôle *in concreto* de conventionalité¹⁶.

⁷ La Constitution demeure la norme suprême dans l'ordre juridique interne : CE, Ass., 30 octobre 1998 Sarrazin, Levacher et autres, n° 200286 et 200287 ; Ass., 8 février 2007 Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres 287110.

⁸ CE, Ass. 20 octobre 1989, Nicolo, n° 108243.

⁹ CE, Ass., 31 mai 2016 Mme C... A..., n° 396848, revenant sur CE, 30 décembre 2002, Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c/ M. Carminatti, n° 240430.

¹⁰ Tel est le cas en référé-liberté (voir les conclusions de Mme Aurélie Bretonneau sur l'arrêt Mme C... A..., précité, p. 4).

¹¹ Chargée d'une mission de veille et d'analyse des droits de l'Union européenne et de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de répondre aux questions posées par les membres des sections consultatives lors de l'examen des textes qui leur sont soumis, relatives à l'application du droit de l'Union ou du droit de la convention européenne des droits de l'homme.

¹² CE, 14 mai 2010, Rujovic, n° 312305 ; Sect., 31 mai 2016, M. Jacob, n° 393881.

¹³ CE, Société Arcelor Atlantique Lorraine et autres, précité.

¹⁴ CE, Sect., 10 avril 2008 Conseil national des Barreaux et Conseil des barreaux européens, nos 296845 et 296907, tirant les conséquences du «dialogue des juges» entre les cours de Luxembourg et de Strasbourg en matière de protection des droits fondamentaux (voir Cour européenne des droits de l'homme, Grande chambre, 30 juin 2005, Bosphorus Airways c/ Irlande, req. n° 45036/98).

¹⁵ Aux termes du point 9 de l'arrêt du CE Mme C... A..., précité : «la compatibilité de la loi avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne fait pas obstacle à ce que, dans certaines circonstances particulières, l'application de dispositions législatives puisse constituer une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par cette convention. Il appartient par conséquent au juge d'apprécier concrètement si, au regard des finalités des dispositions législatives en cause, l'atteinte aux droits et libertés protégés par la convention qui résulte de la mise en œuvre de dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n'est pas excessive».

¹⁶ Comme la Cour européenne des droits de l'homme, par exemple dans son arrêt du 5 décembre 2013, Henry Kismoun c. / France, req. n° 32265/10 (point 28).

B. Le Conseil d'Etat promeut la prise en compte, en droit national, des droits étrangers, qui peut découler de l'impératif de conformité à la norme internationale (1), mais le dépasse (2)

1. Il prend en compte les droits étrangers dans le prolongement du contrôle de conventionalité qu'il assure

Les droits nationaux forment un creuset à partir duquel se développent les droits européens, sous l'effet des jurisprudences des Cours de Strasbourg et de Luxembourg¹⁷ mais aussi de l'élaboration du droit dérivé de l'Union européenne¹⁸. Ils deviennent ainsi un critère d'appréciation auquel le Conseil d'Etat a pu se référer expressément dans certains de ses arrêts¹⁹. Par ailleurs, les droits étrangers doivent être pris en compte pour faire de la norme nationale une application respectueuse des engagements internationaux en excluant celle-ci lorsqu'elle empêcherait, de manière injustifiée, certains effets de droit étranger de se déployer²⁰.

¹⁷ Cour européenne des droits de l'homme, 1er juillet 1961, *Lawless c/ Irlande*, req. n° 332/57 ; Cour de justice des communautés européennes, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11-70.

¹⁸ Le droit dérivé naît le plus souvent d'une sélection de solutions nationales ; voir notamment, à ce sujet : Conseil d'Etat, *L'influence internationale du droit français*, La documentation française, étude réalisée à la demande du Premier ministre, 2001, p. 37 ; *L'action économique des personnes publiques*, éd. La Documentation française, 2015 ; *Directives : anticiper pour mieux transposer*, précité ; conclusions du rapporteur public, M. Gilles Pélissier, sur CE Ass., *Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie c./ M. Lambois*, 4 avril 2014, n° 362785.

¹⁹ CE, ord., 29 octobre 2003 *Société Techna SA et autres*, n° 260768, se référant expressément à une décision de la High Court britannique ; CE, *Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie c./ M. Lambois*, précité, se référant aux solutions retenues par les législations de divers Etats en matière de limite d'âge des ingénieurs du contrôle de la navigation aérienne pour apprécier la compatibilité du droit national à la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000.

²⁰ CE, 31 mai 2016, *Mme C... A...* précité : le refus d'exporter des gamètes conservées en France, en vue de la réalisation, à l'étranger, d'une procréation médicalement assistée prohibée dans ce pays, est jugé contraire à l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en l'espèce, compte tenu de la faiblesse du rattachement de la situation en cause à la France, comme le révèle la rédaction de l'arrêt, éclairée par les conclusions du rapporteur public, Mme Aurélie Bretonneau. La reconnaissance, en France, de la filiation d'un enfant conçu à l'étranger dans le cadre d'une convention de gestation pour autrui, prohibée par le droit national, interroge également les effets que déploie ce dernier dans l'espace. Voir à ce sujet : Cour européenne des droits de l'homme, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France* (req. no 65192/11) et *Labassee c/ France* (req. no 65941/11), 21 juillet 2016, *Foulon et Bouvet c/ France* nos 9063 / 14 et 10410 / 14 ; CE, 12 décembre 2014 *Association «juristes pour l'enfance» et autres*, n° 367324 et CE, Ord., 3 août 2016, *Ministre des affaires étrangères et du développement international c / Mme A.*, n°401924.

2. *Le Conseil d'Etat promeut une ouverture aux droits étrangers qui dépasse les exigences de la conventionalité*

Dans sa fonction consultative, il encourage les pouvoirs publics à s'inspirer des solutions étrangères²¹ en inscrivant systématiquement la prise de décisions dans une démarche comparatiste qu'il préconise d'adopter pour tout projet de loi²² et d'intégrer dans la formation des juristes²³.

Dans l'exercice de ses propres fonctions, le Conseil d'Etat met en œuvre ces préceptes : pour élaborer ses dernières études annuelles, il a envoyé des missions auprès d'Etats étrangers et d'organisations internationales²⁴. En matière juridictionnelle, les références aux droits étrangers sont omniprésentes dans son raisonnement, comme le révèlent les conclusions de ses rapporteurs publics²⁵. Une vaste majorité de décisions rendues en Assemblée et en Section du contentieux²⁶ le sont, aujourd'hui, au terme de recherches juridiques comparées²⁷ selon une démarche que l'institution revendique publiquement²⁸ et qui marque son organisation interne : une Cellule de droit comparé est instituée depuis 2008 au sein du Centre de recherche et de documentation juridique.

²¹ Conseil d'Etat, *L'influence internationale du droit français*, précité, p. 99 ; dans le même sens : J.-M. Sauvé, «L'influence par le droit», discours prononcé à l'occasion de la XXIIème conférence des ambassadeurs», le 28 août 2014.

²² Conseil d'Etat, *L'influence internationale du droit français*, précité, p. 100.

²³ Conseil d'Etat, *L'influence internationale du droit français*, précité, p. 115 à 118.

²⁴ Conseil d'Etat, *L'action économique des personnes publiques*, précité ; *Simplification et qualité du droit*, La Documentation française, 2016.

²⁵ Dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt du 30 juillet 2014 Vernes n° 358564, le Conseil d'Etat a dû déterminer dans quelle mesure la censure par la Cour européenne des droits de l'homme, comme contraire au droit au procès équitable, de la procédure au terme de laquelle a été prononcée une sanction administrative, ouvrait un droit au relèvement de ladite sanction. Le rapporteur public, pour proposer de juger que l'administration doit prendre en considération la décision de la Cour européenne des droits de l'homme pour au moins s'interroger sur les effets de la sanction, s'est inspiré d'un arrêt de la Cour constitutionnelle allemande, du 14 octobre 2004, dégageant une telle obligation de prise en considération («*Berücksichtigungspflicht*»).

²⁶ Les plus hautes formations de jugement du Conseil d'Etat.

²⁷ Selon A. Bretonneau, S. Dahan et D. Fairgrieve, «Comparative Legal Methodology of the Conseil d'Etat, Towards an Innovative Judicial Process ?», in *Courts and Comparative Law*, OUP, 2015, chap. 14.

²⁸ Notamment par la voix de son vice-président, voir par exemple : J.-M. Sauvé, «Comprendre et réguler le droit globalisé ou comment dompter la chimère», discours prononcé à l'ouverture de la conférence inaugurale du cycle de conférences «droit comparé et territorialité du droit», co-organisé par le Conseil d'Etat, la Société de législation comparée et l'Institut français des sciences administratives, le 20 mai 2015.

II. LE CONSEIL D'ETAT POURSUIT UNE AMBITION DE RAYONNEMENT INTERNATIONAL DU DROIT FRANÇAIS AINSI RÉNOVÉ (A) AU SERVICE DE LAQUELLE IL FAVORISE LE DÉPLOIEMENT D'IMPORTANTS MOYENS D'ACTION (B)

A. Il doit assurer son propre rayonnement (1), mais surtout, il entend contribuer à celui de la France (2) sur la scène juridique internationale

1. Il doit assurer son propre rayonnement sur la scène juridique internationale.

En devenant acteur des relations juridiques internationales, le Conseil d'Etat accroît sa notoriété et son image d'institution moderne, ouverte sur le monde, de manière à conforter le prestige dont il jouit, en France comme à l'étranger. Il peut ainsi continuer à attirer les meilleurs talents²⁹. Il conforte aussi sa légitimité au regard de la norme internationale : on a pu craindre pour la pérennité du modèle français de contrôle de l'administration face à la convention européenne des droits de l'homme ; mais, moyennant quelques ajustements³⁰, ses particularités ont été non seulement validées³¹, mais encore saluées par la Cour de Strasbourg, pour laquelle l'existence même du juge administratif est « l'une des conquêtes les plus éminentes de l'Etat de droit »³², tandis que l'institution du rapporteur public, qui d'ailleurs a inspiré celle de l'avocat-général devant la Cour de Justice de l'Union européenne³³, permet « aux justiciables de saisir la réflexion de la juridiction pendant qu'elle s'élabore »³⁴.

²⁹ Schéma stratégique, précité, p. 12.

³⁰ S'agissant de la participation du rapporteur public au délibéré de la formation de jugement au regard du principe d'impartialité « objective » protégé par l'article 6§1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à la suite des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juin 2001, *Kress c/ France* req. no 39594/98 et du 12 avril 2006, *Martinie c/ France* req. no 58675/00.

³¹ S'agissant du dualisme fonctionnel : Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, 6 mai 2003, *Kleyn c/ Pays-Bas*, req. n° 39343/ 98 ; 9 novembre 2006, *Sacilor-Lormines c/ France*, req. n° 65411/01 ; 8 mars 2011, *Escoffier c/ France*, req. n° 8615/08 ; s'agissant du rapporteur public : Cour européenne des droits de l'homme, 13 juin 2013, req. no 54984 / 09, *Marc-Antoine c/ France* : la communication du projet du rapporteur au seul rapporteur public - et non aux parties - n'est contraire ni au principe du contradictoire, ni à celui de l'égalité des armes.

³² Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Kress c/ France*, précité.

³³ P. Becker, *Der Einfluß des französischen Verwaltungsrechts auf den Rechtsschutz in den Europäischen Gemeinschaften*, Hamburg, 1963 ; J. L'Huillier, « Une conquête du droit administratif français : le contentieux de la communauté européenne du charbon et de l'acier », D. 1953, chron. XII, pp. 13-14.

³⁴ Cour européenne des droits de l'homme, *Marc-Antoine*, précité.

2. Le Conseil d'Etat entend contribuer au rayonnement de la France sur la scène juridique internationale

Pour lui, la France doit se maintenir «dans le cercle des pays exportateurs de droit»³⁵. Le rayonnement du droit français met en jeu l'intérêt de la Nation, pour laquelle il est facteur de puissance, mais aussi, d'indépendance. D'une part, la capacité d'un Etat à exporter son modèle juridique est synonyme d'avantages, notamment économiques³⁶. D'autre part, en raison de l'internationalisation du droit, l'enjeu de l'influence juridique internationale a changé de dimension : il devient *aussi* interne, puisqu'il s'agit d'élaborer, non seulement les normes, juridiquement contraignants, mais encore les «standards» du droit «souple» qui, demain, s'imposeront aux Etats³⁷. L'intérêt de la France, pays à l'origine de la Fondation du droit continental, présidée par un membre du Conseil d'Etat, M. J.-F. Dubos, rejoint celui d'une communauté plus large – dont la Croatie fait partie³⁸ – qui a en commun une tradition juridique de droit écrit, par opposition à une *common law* en expansion³⁹. L'action du Conseil d'Etat vise à préserver le pluralisme juridique dans le monde⁴⁰ au service d'une cause d'intérêt universel, la construction d'un droit commun globalisé⁴¹ qui résulte d'un «effort de synthèse suffisamment éclairé»⁴² de traditions diverses, au terme d'un «métissage» des droits⁴³, en vue d'une régulation bénéfique du monde.

B. Le Conseil d'Etat favorise le déploiement, sur la scène juridique internationale, de moyens d'action portant sur les qualités du droit national (1) et leur promotion auprès des autres ordres juridiques (2)

³⁵ Conseil d'Etat, *L'influence internationale du droit français*, précité, p. 103.

³⁶ Conseil d'Etat, *L'influence internationale du droit français*, précité, p. 65.

³⁷ Conseil d'Etat, *L'influence internationale du droit français*, précité, p. 14.

³⁸ M. Gjidara, précité, p. 874.

³⁹ Quoiqu'il ne faille pas exagérer la portée de cette distinction pour rendre compte d'une réalité qui en vérité, est plus complexe, en l'absence d'«exclusivité des deux systèmes pour décrire l'état du monde juridique» (Conseil d'Etat, *L'influence internationale du droit français*, précité, p. 22) ; également en ce sens, J.-M. Sauvé, «L'influence par le droit», précité.

⁴⁰ Il s'agit, pour le Conseil d'Etat, de faire connaître sa mise en œuvre du droit et de «promouvoir ainsi le droit continental» (Conseil d'Etat, Rapport annuel d'activité 2016, p. 439 et Rapport annuel d'activité 2015, p. 393) ; selon lui, la France se doit «de favoriser toutes les initiatives visant à une codification des pratiques ou des règles selon des méthodes qui sont celles du droit romano-germanique» (Conseil d'Etat, *L'influence internationale du droit français*, précité, p. 93).

⁴¹ J.-M. Sauvé, «L'influence par le droit», précité ; «Comprendre et réguler le droit globalisé ou comment dompter la chimère ?», discours d'ouverture à la conférence inaugurale du cycle de conférences «Droit comparé et territorialité du droit», organisé par le Conseil d'Etat en association avec la Société de législation comparée (SLC) et l'Institut français des sciences administratives (IFSA), le 20 mai 2015.

⁴² Conseil d'Etat, *L'influence internationale du droit français*, précité, p. 13. C'est la qualité du droit national qui doit aujourd'hui lui permettre d'exercer une influence globale. Ainsi, pour M. Gjidara, précité, «si à l'époque napoléonienne, le droit français s'est imposé en Illyrie *ratione imperii*, aujourd'hui il a vocation à inspirer le réformateur croate *imperio rationis*» (p. 875).

⁴³ Conseil d'Etat, *L'influence internationale du droit français*, précité, p. 17 et 22 ; J.-M. Sauvé, «L'influence par le droit», précité.

1. Il agit en faveur de l'amélioration des qualités du droit national

En premier lieu, la qualité *intrinsèque* du droit national est l'un des facteurs de son rayonnement ; l'influence par les droits étrangers en est un ferment de progrès.

En deuxième lieu, constatant que la force du droit français est traditionnellement d'être un «droit concis et clair fondé sur des principes», le Conseil d'Etat juge vital de préserver ces qualités formelles⁴⁴ et se mobilise fortement en vue d'une meilleure maîtrise, par les pouvoirs publics, de la production normative, thème de sa toute récente étude annuelle⁴⁵ qui en souligne l'enjeu en terme de compétitivité internationale⁴⁶.

En troisième lieu, la qualité du droit dépend de sa modernité, de sa capacité à avoir une «réflexion d'avance» sur des concepts permettant de faire face aux défis de demain. La capacité des décideurs publics à s'appuyer sur le monde de la recherche est, à cet égard, cruciale. Le Conseil d'Etat promeut de telles synergies entre chercheurs et décideurs⁴⁷. Lui-même contribue à cet effort de réflexion juridique prospective, depuis 1963, par les travaux de sa Section du Rapport et des Etudes, dont c'est la mission⁴⁸. Il a ainsi engagé une réflexion de fond sur le sujet de la territorialité du droit⁴⁹.

En dernier lieu, l'accessibilité et l'intelligibilité du droit national *depuis* l'étranger sont une des conditions de son rayonnement. Le Conseil d'Etat encourage donc les pouvoirs publics à mener une politique de «présence du droit français sur internet», de même que de traduction du droit français, notamment en anglais, et de développement

⁴⁴ Conseil d'Etat, *L'influence internationale du droit français*, précité, p. 79.

⁴⁵ Conseil d'Etat, *Simplification et qualité du droit*, précité ; *Sécurité juridique et complexité du droit*, EDCE, 2006 ; *De la sécurité juridique*, EDCE, 1991.

⁴⁶ Voir notamment p. 74 de ce rapport.

⁴⁷ Il préconise de soutenir les travaux de recherche juridique à portée internationale, particulièrement dans les domaines dans lesquels ils paraissent aujourd'hui insuffisants en France, tel le droit international économique (Conseil d'Etat, *L'influence internationale du droit français*, précité, p. 93). Il a apporté, *via* son vice-président, son soutien à la création de *Conventions*, association entre le ministère des affaires étrangères français et l'Institut des hautes études pour la justice : voir le discours d'inauguration prononcé par M. Jean-Marc Sauvé, le 2 février 2010. Il développe aussi de telles synergies dans sa propre action, par exemple, en nouant des liens avec des universités étrangères, comme celle de Cornell aux Etats-Unis (Rapport annuel d'activité 2016, p. 442) ; il invite régulièrement des personnalités étrangères à intervenir dans les colloques et séminaires qu'il organise ; ces dernières représentent aujourd'hui près de 20% des intervenants (rapport d'activité 2016, précité, p. 425).

⁴⁸ Créée en 1963 sous le nom de commission du rapport, elle est érigée en section par le décret n°85-90 du 24 janvier 1985.

⁴⁹ Cycle de colloques du Conseil d'Etat sur le thème «Droit comparé et territorialité du droit», 2015-2017 (actes à paraître, éd. La Documentation française).

des publications juridiques françaises dans cette langue⁵⁰. Il préconise aussi une réforme de la rédaction des décisions de justice dans le sens d'une motivation plus développée⁵¹, d'un style plus simple⁵² et d'une présentation formelle en harmonie avec celles que l'on trouve ailleurs, pour faciliter la comparaison des raisonnements et ainsi le «dialogue des juges»⁵³. Il applique lui-même ces recommandations s'agissant de ses propres décisions⁵⁴.

2. Le Conseil d'Etat favorise la promotion du droit national auprès d'autres ordres juridiques

Elle passe par la présence de la France dans toutes les enceintes d'élaboration du «droit global», dotées ou non de pouvoirs décisionnels. Le Conseil d'Etat a pu dresser le constat de certaines insuffisances⁵⁵ ou encore appeler à une participation plus efficace, plus en amont du processus décisionnel, dont il fournit le «mode d'emploi» aux pouvoirs publics qu'il conseille⁵⁶ ; il attire leur attention sur l'importance du

⁵⁰ Conseil d'Etat, *L'influence internationale du droit français*, précité, p. 106 à 110. La traduction du code de justice administrative en anglais sous l'égide de la Fondation pour la droit continental procède d'une telle démarche : Y. Gounin, L. Terranova, «La traduction en anglais du Code de justice administrative», LexisNexis, *La semaine juridique*, n° 42, 13 octobre 2014, p. 1063. La prééminence de la langue anglaise au détriment du français handicape aujourd'hui le rayonnement du droit français, ainsi que le Conseil d'Etat le soulignait dans son étude de 2001, et comme l'illustre M. Gjidara, précité, à travers l'exemple de la Croatie, dénonçant «le choix de s'inspirer des solutions anglo-américaines (...) effectué par défaut, c'est-à-dire faute d'accéder aux autres modèles juridiques par manque de connaissances linguistiques» (p. 873 - 874).

⁵¹ Conseil d'Etat, *L'influence internationale du droit français*, précité, p. 106 ; J.-M. Sauvé, «Comprendre et réguler le droit globalisé ou comment dompter la chimère», précité.

⁵² Le Conseil constitutionnel a modifié la rédaction de ses décisions à cette fin depuis deux décisions nos 2016-539 QPC et 2016-540 QPC rendues publiques le 10 mai 2016 – abandonnant notamment la formule «Considérant».

⁵³ Conseil d'Etat, *L'influence internationale du droit français*, précité, p. 71.

⁵⁴ Qu'il s'agisse de l'importance des contenus accessibles en ligne depuis le site du Conseil d'Etat, au rang desquels figure, depuis cette année, l'étude annuelle, de la traduction de ses décisions les plus importantes, en plusieurs langues, ou du chantier qu'il a engagé pour rénover le style rédactionnel des décisions de la justice administrative, dans le cadre duquel il a notamment abandonné la formule «Considérant» - précédant en cela le Conseil constitutionnel.

⁵⁵ Comme au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), Conseil d'Etat, *L'influence internationale du droit français*, précité, p. 35.

⁵⁶ Au sein de l'Union européenne, qu'il définit comme un laboratoire de métissage du droit dans le cadre de son harmonisation à partir des droits nationaux et dont le droit dérivé repose sur la sélection de solutions nationales, notamment par la Commission, à laquelle il faut savoir proposer très en amont du processus d'élaboration des normes des modèles ou concepts pertinents, comme évoqué dans l'étude *La norme internationale en droit français* (2000). Cet impératif est régulièrement rappelé par le Conseil d'Etat, par exemple dans son étude annuelle *L'action économique des personnes publiques* ou encore dans son étude *Directives : anticiper pour mieux transposer*, précitées.

«droit souple»⁵⁷ qui, dans les relations juridiques internationales, finit souvent par devenir contraignant, soit en droit, soit en fait⁵⁸.

Il met en œuvre, à son échelle, cette doctrine, inscrivant délibérément sa participation à des rencontres multilatérales dans une «stratégie de présence de la France»⁵⁹. Il participe à de nombreuses conférences multilatérales, comme, il y a quelques jours, à Spetses, en Grèce, à la réunion du Groupement européen de droit public⁶⁰, organisation internationale dédiée à la diffusion du savoir en droit public et assistant, de par le monde, des institutions en vue des progrès de la démocratie et de l'Etat de droit ; son développement doit beaucoup à Guy Braibant, premier président de la Section du Rapport et des Etudes, qui en a été l'un des fondateurs. Mon illustre prédécesseur a aussi été l'un des rédacteurs⁶¹ de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ce qui montre à quel point l'action internationale du Conseil d'Etat repose sur la présence de ses membres au sein des organisations internationales : leur placement dans de telles instances⁶² est facilité par la grande diversité de leurs compétences, puisqu'en France, ils conseillent les pouvoirs publics dans toutes les branches du droit.

Le Conseil d'Etat participe aussi à la diffusion du droit français dans les ordres juridiques étrangers par des coopérations *bilatérales*, avec l'appui d'une Délégation aux relations internationales constituée au sein de la Section du Rapport et des Etudes. Tout au long de l'année, le vice-président et des membres du Conseil d'Etat

⁵⁷ Conseil d'Etat, *L'influence par le droit*, précité, p. 34-36, citant les exemples de l'Organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE), des instances œuvrant à une unification du droit, tel le droit des affaires : la conférence de La Haye pour l'unification du droit international privé ou encore Unidroit, institut international pour l'unification du droit privé, mais aussi des universités et enceintes telles que l'Institut des Hautes Etudes sur la justice ; J.-M. Sauvé, «L'influence par le droit», discours prononcé lors de la XXII^{ème} conférence des ambassadeurs, le 28 août 2014.

⁵⁸ En devenant un standard pour les acteurs qui assez largement sont libres de choisir contractuellement le droit auquel ils se soumettent, ou encore, sous la pression de l'opinion publique internationale : voir Conseil d'Etat, *L'influence internationale du droit français*, précité, p. 33 ; J.-M. Sauvé, *L'influence par le droit*, discours tenu à la XXII^{ème} conférence des ambassadeurs, 28 août 2014.

⁵⁹ Conseil d'Etat, Rapport d'activité 2015, p. 391.

⁶⁰ Cette rencontre annuelle s'est tenue, des 9 au 11 septembre 2016, sur le thème «droits sans frontières : citoyenneté et immigration en Europe».

⁶¹ En sa qualité de vice-président de la Convention chargée de la rédaction du projet de traité établissant une constitution pour l'Europe.

⁶² Ainsi, René Cassin a joué un rôle majeur dans la rédaction de la Déclaration universelle des droits de l'homme et a présidé la Cour européenne des droits de l'homme, comme M. Jean-Paul Costa quelques années plus tard. M. Letourneur a présidé le tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail et M. Ronny Abraham est l'actuel président de la Cour internationale de Justice. M. Jean-Louis Dewost a dirigé le service juridique de la Commission européenne et M. Luc Derepas celui de l'Organisation internationale du travail ; M. Hubert Legal dirige le service juridique du Conseil de l'Union européenne et Mme Anne-Marie Leroy celui de la Banque mondiale. Enfin, l'actuel vice-président du Conseil d'Etat, M. Jean-Marc Sauvé, a été choisi pour présider le comité prévu à l'article 255 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, chargé d'émettre un avis sur l'adéquation des candidats à l'exercice des fonctions de juge et d'avocat général de la Cour de justice et du Tribunal ; il occupe cette fonction depuis 2010.

reçoivent des visiteurs de tous horizons⁶³. Ces visites permettent d'expliquer les particularités du modèle juridique national, par exemple, l'exercice d'une double fonction, contentieuse et consultative, par le Conseil d'Etat : le vice-président a récemment présenté cette dernière devant le Parlement de la République de Croatie⁶⁴. Souvent, ces visites mobilisent la fonction d'expertise du Conseil d'Etat, favorisant la diffusion du droit national dans des pays étrangers. Pour s'en tenir à quelques exemples récents, des membres du Conseil d'Etat ont formé des magistrats palestiniens et jordaniens, d'une part, et des conseillers d'Etat algériens, de l'autre, respectivement aux techniques de jugement et à la fonction consultative. Dans le contexte de la création d'une juridiction administrative en Albanie⁶⁵ et de sa modernisation en Serbie, des échanges intenses ont lieu⁶⁶. Deux magistrats de la Cour suprême du Laos, dont l'un préside un groupe de travail sur la justice administrative, ont été accueillis au Conseil d'Etat, mais également au sein des cours administratives d'appel et tribunal administratif de Nantes⁶⁷. L'expertise de l'institution en matière de légistique est sollicitée par l'Afghanistan⁶⁸ ou encore par les Emirats Arabes Unis⁶⁹.

L'action internationale du Conseil d'Etat infuse donc l'ensemble de ses activités ; elle repose sur une conscience claire de son enjeu, la contribution au dialogue entre les ordres juridiques, dans lequel il s'agit autant d'apprendre des autres que de se faire connaître et comprendre d'eux. Ces « Journées », dont nous fêtons le dixième anniversaire et qui sont le fruit de la collaboration entre autorités politiques, juridictions et universités⁷⁰, peuvent se revendiquer d'une coopération juridique et administrative complète, dont nos deux pays et, plus généralement, le monde, ont tant besoin. Ces dix premières années auront permis de jeter les fondements d'une relation riche et féconde qu'il nous appartient désormais de nourrir.

⁶³ Il s'agit autant de décideurs politiques, de juges, de chercheurs ou encore, d'étudiants, du monde entier ; voir à ce sujet la Carte de l'activité de la Délégation aux relations internationales, jointe au rapport annuel d'activité 2016 : http://www.conseil-etat.fr/content/download/67950/620681/version/1/file/dri_carte_programme_2015.pdf

⁶⁴ J.-M. Sauvé, « Conseiller les pouvoirs publics : le rôle consultatif du Conseil d'Etat de France », discours prononcé devant le Parlement de la République de Croatie, le 3 mars 2015.

⁶⁵ Ce projet s'inscrit dans le cadre de réformes plus larges en vue de l'adhésion de cet Etat à l'Union européenne.

⁶⁶ Rapport annuel d'activité 2016, p. 440-441 et Rapport annuel d'activité 2015, p. 398 à 402.

⁶⁷ Cette action commune du Conseil d'Etat, d'un tribunal et d'une cour s'inscrit dans l'un des objectifs du Conseil d'Etat pour 2015 qui était « une coordination accrue de l'action internationale de la juridiction administrative dans son ensemble », Rapport annuel d'activité 2016, p. 439-441.

⁶⁸ Des fonctionnaires du service de la législation du ministère de la justice de ce pays ont été accueillis au Conseil d'Etat pour une visite d'étude en 2014 : Conseil d'Etat, Rapport d'activité 2015, p. 399.

⁶⁹ Via l'université de Sorbonne - Abu Dhabi pour appuyer dans leur réflexion sur le droit de l'eau : Conseil d'Etat, Rapport d'activité 2015, p. 402.

⁷⁰ Les Journées juridiques et administratives franco-croates de Split ont vu le jour en 2007 notamment sur la base du partenariat conclu entre l'Université de Split et celle de Paris 2 – Panthéon-Assas et des initiatives conjointes du gouvernement croate et du Conseil d'Etat, comme le rappelle M. Gjidar, précité, p. 868.

SAŽETAK:

MEĐUNARODNO DJELOVANJE DRŽAVNOG SAVJETA

Državni savjet vrši međunarodno djelovanje na unutarnje pravo kako bi se uskladilo s međunarodnom normom i kako bi vodilo računa o stranim pravima. A. Državni savjet kontrolira sukladnost francuskog prava s međunarodnom normom u skladu s modalitetima koji se dalje razvijaju. 1. Državni savjet kontrolira suglasnost nacionalnog prava s međunarodnom normom u preventivnom i kurativnom smislu. 2. Modaliteti kontrole se dalje razvijaju. B. Državni savjet promiče uključivanje stranih prava u nacionalno pravo, što može proizlaziti iz imperativa u pogledu sukladnosti s međunarodnom normom, ali i nadilaziti ga. 1. Državni savjet uzima u obzir strana prava u nastavku kontrole konvencionalnosti koju provodi. 2. Državni savjet promiče otvorenost prema stranim pravima što nadilazi zahtjeve u pogledu konvencionalnosti. II. Državni savjet širi ambiciju međunarodnog utjecaja tako obnovljenog francuskog prava i promiče uvođenje značajnih akcijskih sredstava. A. Državni savjet treba osigurati vlastiti utjecaj, ali naročito, namjerava pridonijeti utjecaju Francuske na međunarodnoj pravnoj sceni. 1. Državni savjet treba osigurati vlastiti utjecaj na međunarodnoj pravnoj sceni. 2. Državni savjet namjerava pridonijeti utjecaju Francuske na međunarodnoj pravnoj sceni. B. Državni savjet promiče uvođenje akcijskih sredstava na međunarodnoj pravnoj sceni koji se odnose na kvalitete nacionalnog prava i njihovog promicanja u drugim pravnim sustavima. 1. Državni savjet djeluje u korist poboljšanja kvaliteta nacionalnog prava. 2. Državni savjet podržava promicanje nacionalnog prava u drugim pravnim sustavima. Međunarodno djelovanje Državnog savjeta temelji se na jasnoj svijesti o njegovom ulogu: doprinos dijalogu između pravnih sustava, odnosno o učenju od drugih i o prepoznatljivosti. Ovi „Dani“ su plod suradnje između političkih vlasti, upravnih sudova i sveučilišta, koja je potrebna našim dvjema zemljama i koja je, općenito, toliko potrebna svijetu. Ovih prvih deset godina postavilo je temelje bogatog i plodnog odnosa kojeg sada trebamo njegovati.

Mr. sc. Inga Vezmar Barlek*

RAZVOJ POJEDINIH INSTITUTA ŽALBENOG SPORA OD REFORME 2010. GODINE DO DANAS

U radu se daje prikaz razvoja dva instituta hrvatskog upravnog spora: tzv. filtra za žalbu i žalbenog razloga bitnih povreda spora te u vezi s tim ovlasti Visokog upravnog suda Republike Hrvatske u odlučivanju o žalbi protiv presude. Prikaz se odnosi na razdoblje od donošenja reformskog Zakona o upravnim sporovima iz 2010. godine do donošenja novog Zakona o upravnim sporovima koji se počeo primjenjivati 1. srpnja 2024.

Ključne riječi: *upravni spor, Zakon o upravnim sporovima, žalba*

1. UVOD

U povodu dvadesete obljetnice održavanja Hrvatsko – francuskih upravnopravnih dana, u radu se daje prikaz razvoja dva izuzetno važna instituta hrvatskog upravnog spora: tzv. filtra za žalbu protiv presude i žalbenog razloga bitnih povreda spora te, posljedično tome, ovlasti Visokog upravnog suda Republike Hrvatske¹ u odlučivanju o žalbi protiv presude.

Žalbeni upravni spor je uveden u hrvatski pravni poredak 1. siječnja 2012. opsežnom reformom upravnog spora u kojoj je donesen reformski Zakon o upravnim sporovima.² Međutim pojedina reformska normativna rješenja su u trenutku njihova donošenja odnosno početka primjene bila teško provediva u sudskoj praksi navikloj na jednostupanjski upravni spor pretežito kasacijske naravi.³

Trebalo je niz godina kako bi teorija i praksa iznjedrile normativne modele kojima su „pomireni“ ciljevi zadani reformom upravnog sudovanja i do tada etabliрана pravna kultura.

Moglo bi se reći kako je taj proces okončan 1. srpnja 2024. stupanjem na snagu novog Zakona o upravnim sporovima.⁴

No, i sada pozitivne zakonske norme će se razvijati u teoriji i praksi te gotovo sigurno u budućnosti ukazati na potrebe daljnjih izmjena i dopuna sukladno suvremenom društvenopravnom razvoju.

* Mr. sc. Inga Vezmar Barlek, Predsjednica Visokog upravnog suda Republike Hrvatske

¹ Dalje: VUSRH.

² Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 20/10.

³ Od 1. siječnja 2012. Upravni sud Republike Hrvatske nastavio je s radom kao Visoki upravni sud Republike Hrvatske.

⁴ Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 36/24, 39/26 – odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske. Dalje: ZUS/24.

2. FILTAR ZA ŽALBU

U reformi upravnog sudovanja provedenoj donošenjem ZUS/10 jedan od ciljeva reforme i time jedna od temeljnih postavki žalbenog spora je bio ograničavanje dopustivosti žalbe protiv baš svake odluke prvostupanjskog upravnog suda.

Tako je bilo propisano kako se protiv rješenja upravnog suda žalba može izjaviti samo kad je to propisano tim Zakonom, a identična odredba je prenesena i u ZUS/24.⁵

No, ne samo da je bilo, a i danas je, ograničeno pravo na podnošenje žalbe protiv rješenja upravnog suda nego je ista situacija i s pravom na podnošenje žalbe protiv presude.

Ratio takvog uređenja nalazi se u činjenici da upravnom sporu prethodi u pravilu dvostupanjski upravni postupak (iznimno jednostupanjski), zbog čega je zakonodavac smatrao opravdanim ograničiti broj stupnjeva upravnog spora. Nadalje, VUSRH-u su stupanjem na snagu ZUS/10⁶ uvedene neke druge nadležnosti (suđenje u prvom i jedinom stupnju u zakonom određenim slučajevima te ocjena zakonitosti općih akata) pa se normativno nastojalo osigurati maksimalnu učinkovitost tog suda. Osim toga, različiti oblici filtra za žalbu iz istih razloga nisu nepoznati i komparativnom upravnom procesnom pravu država članica EU.

Imajući na umu novo pravilo upravnog spora koji je reformom upravnog sudovanja trebao postati primarno spor pune jurisdikcije,⁷ filter za žalbu u odnosu na pravo podnošenja žalbe protiv presude je bio definiran tako da se žalba protiv presude mogla podnijeti samo kad je upravni sud sam odlučio o pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke.⁸ Dakle, žalba je bila dopuštena samo protiv presuda donesenih u sporu pune jurisdikcije.

Međutim, spor pune jurisdikcije posebno u početku primjene ZUS/10 nije saživio u mjeri u kojoj se to očekivalo. Razlozi tomu bili su raznoliki: upravni suci koji su počeli s radom na upravnim sudovima 1. siječnja 2012. imali su iskustvo u različitim granama prava (samo neki od njih u upravnom sudovanju), Okvirna mjerila za rad sudaca tražila su visoke rezultate rada, dosadašnji upravni spor bio je pretežito kasacijske naravi (u slučaju uvažavanja tužbe predmet se uz odgovarajuću uputu vraćao javnopravnom tijelu na ponovni postupak), a troškovi spora (koji posebno dolaze do izražaja u sporu pune jurisdikcije zbog određivanja troškova izvođenja dokaza) nisu bili adekvatno regulirani.

To je dovelo do toga da je iznimno mali broj presuda bio donesen u sporu pune jurisdikcije, što je gotovo u potpunosti onemogućilo podnošenje redovitog pravnog lijeka protiv presude i kontrolu žalbenog suda nad vođenjem prvostupanjskog spora i presudama prvostupanjskih sudova. Također, zbog toga je žalbenom sudu bilo

⁵ Članak 67. stavak 1. Zakona o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 20/10, 143/12., 152/14., 94/16. – odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, 29/17. i 110/21., dalje: ZUS/10.) i članak 128. stavak 2. ZUS/24.

⁶ 1. siječnja 2012. Članak 92. ZUS/10.

⁷ Članak 58. ZUS/10.

⁸ Članak 66. stavak 2. Zakona o upravnim sporovima („Narodne novine“, broj 20/10.).

onemogućeno usklađivanje različitih pravnih stajališta prvostupajskih upravnih sudova.

Stoga je već nakon otprilike dvije godine od početka primjene reformiranog upravnog spora došlo do velike promjene u regulaciji filtra za žalbu tako da je naprijed navedena reformska odredba kojom je bio propisan filter za žalbu brisana Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima, koji se počeo primjenjivati 30. prosinca 2014.⁹

Istim Zakonom je filter za žalbu bio drukčije reguliran - odredbom prema kojoj žalba nije dopuštena protiv presude kojom je pojedinačna odluka javnopravnog tijela poništena ili oglašena ništavom i predmet prvi put vraćen na ponovni postupak, kao ni protiv presude kojom je sud naložio donošenje pojedinačne odluke koja nije donesena u propisanom roku.¹⁰

Također je dodana i odredba prema kojoj protiv dijela presude u koji je uključen sadržaj sudske nagodbe žalba nije dopuštena.

U primjeni izmijenjenog filtra za žalbu nije bilo poteškoća, pri čemu je dio odredbe koji propisuje pravo na žalbu u upravnim sporovima pokrenutim zbog šutnje uprave (žalba nije dopuštena protiv presude kojom je sud naložio donošenje pojedinačne odluke koja nije donesena u propisanom roku) u sudskoj praksi protumačen na način da u sporu pokrenutom zbog šutnje uprave žalba nije dopuštena neovisno o tome radi li se o nalaganju donošenja pojedinačne odluke prvi ili neki daljnji put. Dakle, prema stajalištu sudske prakse ako se u takvom sporu javnopravnom tijelu nalaže daljnje vođenje postupka, žalba nikad nije dopuštena.

S obzirom na dobre učinke primjene ovakvog filtra u praksi, trenutno važeći propis je preuzeo to uređenje. Odredba sada glasi identično: žalba nije dopuštena protiv presude kojom je pojedinačna odluka javnopravnog tijela poništena ili oglašena ništavom i predmet prvi put vraćen na ponovni postupak, kao ni protiv presude kojom je sud naložio donošenje pojedinačne odluke koja nije donesena u propisanom roku.¹¹ U odnosu na sporove pokrenute zbog šutnje uprave i novija sudska praksa je na stajalištu da u odnosu na dopuštenost žalbe nije relevantno koliko puta se javnopravnom tijelu nalaže donošenje pojedinačne odluke (daljnje vođenje postupka). Žalba u takvim slučajevima nikad nije dopuštena.

ZUS/24 propisuje i iznimku od nedopuštenosti žalbe s obzirom na činjenicu vraćanja predmeta javnopravnom tijelu na ponovni postupak prvi put. Naime, budući da je u sudskoj praksi i tumačenju ZUS/10 prihvaćeno da i tzv. „prividna kasacija“ ima značaj rješavanja upravne stvari, u ZUS/24 je unesena odredba prema kojoj je iznimno od naprijed navedenog pravila, žalba dopuštena protiv presude kojom je predmet prvi put vraćen na ponovni postupak ako je u obrazloženju

⁹ Članak 19. stavak 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima („Narodne novine“, broj 152/14., dalje: ZID ZUS/14.).

¹⁰ Člankom 20. ZID ZUS/14. dodan je članak 66.a.

¹¹ Članak 127. stavak 1. ZUS/24

presude naloženo donošenje sadržajno određene odluke (neovisno radi li se o sporu pokrenutom zbog šutnje uprave ili ne).¹²

Radi se o tome da u takvom slučaju javnopravno tijelo u izvršenju presude nema mogućnosti upravnu stvar riješiti drukčije od onoga kako je upravni sud u presudi naredio, ali iz nekih moglo bi se reći „tehničkih“ razloga upravni sud nije bio u mogućnosti sam u potpunosti riješiti upravnu stvar (primjerice u rješavanju upravne stvari priznavanja prava na mirovinu upravni sud ne može izračunati iznos mirovine jer ne raspolaže programom za izračun mirovine). Dakle, u takvom slučaju ishod rješavanja upravne stvari u izvršenju presude je sasvim izvjestan (može se smatrati da je upravna stvar riješena) pa je i žalba protiv presude dopuštena.

Ako se u presudi prvostupanjskog upravnog suda javnopravnom tijelu nalaže utvrđenje određenih činjenica i ishod rješavanja upravne stvari ovisi o daljnjim utvrđenjima (dakle upravni sud u svojoj presudi nije ukazao kako u nastavku postupka treba riješiti stvar nego samo kako treba upotpuniti postupak), ne radi se o nalažanju donošenja sadržajno točno određene odluke. Ishod rješavanja upravne stvari u takvom je slučaju neizvjestan pa žalba protiv takve presude nije dopuštena ako je predmet prvi puta vraćen javnopravnom tijelu na ponovni postupak. U slučaju daljnjih vraćanja, žalba će biti dopuštena.

Zaključno, kao što se može vidjeti, u ZUS/24 je izostalo propisivanje nedopuštenosti žalbe u odnosu na uključivanje sadržaja sudske nagodbe u presudu. Naime, mogućnost zaključivanja sudske nagodbe u upravnom sporu iako normativno postoji, u praksi se uopće ne primjenjuje. Vjerojatno prije svega s obzirom na normu da za tuženika radnje u sporu poduzima u pravilu službena osoba javnopravnog tijela,¹³ koja u pravilu nije ovlaštena zaključiti sudsku nagodbu.

3. BITNE POVREDE UPRAVNOG SPORA

3.1. Žalbeni razlog

Bitne povrede upravnog spora učinjene od strane prvostupanjskog suda koje su mogle biti žalbena osnova, u ZUS/10 su bile određene kao povrede pravila sudskog postupka koje postoje kad upravni sud u tijeku spora nije primijenio ili je nepravilno primijenio odredbe ovoga Zakona, a to je utjecalo na donošenje zakonite i pravilne presude.¹⁴

Dakle, kao žalbena osnova bile su predviđene samo povrede pravila spora koje se u teoriji označavaju kao relativno bitne povrede.

Pozitivni ZUS/24 razgraničuje bitne povrede spora koje mogu poslužiti kao žalbena osnova, tako da razlikuje relativno bitne povrede pravila spora i povrede

¹² Članak 127. stavak 2. ZUS/24.

¹³ Članak 20. stavak 3. ZUS/10 i članak 21. stavak 3. ZUS/24.

¹⁴ Članak 66. stavak 2. ZUS/10.

koje uvijek postoje (koje postoje samom činjenicom počinjenja povrede neovisno o tome jesu li utjecale na donošenje zakonite i pravilne presude). Razlog takvog uređenja se navodi u nastavku rada u dijelu kojim se obrađuju ovlasti VUSRH u odlučivanju o žalbi.

Dok su relativno bitne povrede definirane identično kao i u ranijem propisu,¹⁵ uveden je katalog novih povreda spora koje uvijek postoje:

1. ako je u donošenju presude sudjelovao sudac koji je prema članku 15. ovoga Zakona morao biti izuzet, ili ako je u donošenju presude sudjelovala osoba koja nema svojstvo suca;
2. ako je sud pogrešno odlučio da ne postoje pretpostavke za vođenje spora iz članka 46. stavka 1. ovoga Zakona;
3. ako je odlučeno o ocjeni zakonitosti pojedinačne odluke koja nije predmet spora;
4. ako je sud riješio spor bez održavanja rasprave protivno članku 98. ovoga Zakona;
5. ako stranki nije bila dana mogućnost da sudjeluje u upravnom sporu;
6. ako je sud odbio zahtjev stranke da se u postupku služi svojim jezikom u skladu s člankom 11. ovoga Zakona, a stranka se zbog toga žali;
7. ako stranku nije zastupao zakonski zastupnik odnosno osoba ovlaštena za zastupanje;
8. ako je protivno zakonu bila isključena javnost na raspravi.

Iz navedenog proizlazi kako žalbeni sud samo na povredu načela upotrebe jezika i pisma¹⁶ pazi po prigovoru stranke, iz čega proizlazi kako na sve druge nabrojane povrede pazi neovisno o prigovoru žalitelja.

Radi se naime o ozbiljnim postupovnim povredama koje bez obzira na njihov utjecaj na ishod spora u materijalnopравnom smislu (uspjeh ili neuspjeh stranke u upravnom sporu odnosno upravnoj stvari), u postupovnom smislu dovode do apsolutne nezakonitosti provedenog spora i vrijeđaju pravo stranke na pošteno suđenje. Zbog toga se takve povrede ne smiju zanemariti i žalbeni sud ih uvijek treba sankcionirati usvajanjem žalbe i poništavanjem prvostupanjske presude.

3.2. Ovlaсти žalbenog suda – usvajanje žalbe protiv presude

Budući da je reformski ZUS/10 nastojao afirmirati pravilo o vođenju spora pune jurisdikcije pred prvostupanjskim sudom, to isto nastojanje je bilo protegnuto i na žalbeni spor u slučaju osnovanosti žalbe podnesene protiv prvostupanjske presude.

Tako je bilo propisano da će VUSRH poništiti prvostupanjsku presudu te će sam otkloniti nedostatke i presudom riješiti stvar ako utvrdi da je upravni sud počinio

¹⁵ Članak 126. stavak 2. ZUS/24.

¹⁶ Članak 11. stavak 2. ZUS/24.

bitnu povredu pravila sudskog postupka, da je pogrešno ili nepotpuno utvrdio činjenično stanje ili da je pogrešno primijenio materijalno pravo.¹⁷

Međutim, praksa je pokazala da u nekim slučajevima žalitelji osnovano ukazuju na povrede odredbi spora koje su takve naravi da vrijeđaju pravo na pošteno suđenje, jer izuzetno ozbiljno utječu na zakonitost provođenja prvostupanjskog spora do mjere da bi se moglo smatrati da njihovo postojanje suštinski anulira vođenje prvostupanjskog spora. U slučaju nalaženja takvih postupovnih povreda nelogično je da zakonitost vođenja prvostupanjskog spora popravljaju drugostupanjski sud nego je po prirodi stvari pravno logično da takve nedostatke u postupku otkloni upravo sud koji ih je počinio tako da oba stupnja upravnog spora budu provedena sukladno zakonu i svim postupovnim jamstvima zagaraniranim Ustavom Republike Hrvatske i Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.¹⁸

Sankcioniranje takvih povreda ima i određenu svrhu moglo bi se reći generalne prevencije (dakle utjecaj i izvan okolnosti konkretnog spora), jer određenje ovih povreda od strane žalbenog suda načelno ukazuje prvostupanjskom sudu kako zakonito treba voditi svaki upravni spor da bi se osigurala sva ustavna i konvencijska jamstva koja se danas traže radi osiguranja prava na pošteno suđenje. Praksa drugostupanjskog suda u tom je smislu smjerokaz prvostupanjskom sudu o zakonitom i pravilnom vođenju spora.

Kao posljedica ZUSom/10 propisane obveze žalbenog suda da odlučujući o žalbi u slučaju njezinog usvajanja u konačnici riješi i upravnu stvar (dakle da odluči i o tužbenom zahtjevu odnosno riješi prvostupanjski spor, ali i postupak koji mu je prethodio: žalbu odnosno zahtjev podnesen u upravnom postupku), u potpunosti je izostala komunikacija između prvostupanjskog i drugostupanjskog suda.

To stoga što VUSRH na temelju ZUS/10 nikada nije bio ovlašten vratiti predmet prvostupanjskom sudu na ponovni postupak pa ni u slučaju utvrđenja najtežih povreda kojima se vrijeđaju zajamčena ustavna i konvencijska procesna jamstva. Zbog toga je VUSRH u slučajevima utvrđenja takvih najtežih povreda, radi potrebe vraćanja predmeta upravnom sudu na ponovni postupak primijenio izravno Ustav i Konvenciju.

Navedeni nedostatak je popravljen u ZUS/24 razgraničavanjem relativno bitnih povreda spora od povreda spora koje uvijek postoje. Pravna posljedica ovog razgraničenja očituje se u ovlastima VUSRH u slučaju osnovanosti žalbe.

Tako će u slučaju utvrđenja relativno bitne povrede VUSRH poništiti prvostupanjsku presudu te će sam otkloniti nedostatke i presudom riješiti stvar. Dakle kao i po ZUS/10, obavezan je donijeti presudu u sporu pune jurisdikcije. To također i u slučaju da je prvostupanjski sud o činjeničnom stanju izveo pogrešan zaključak ili da je pogrešno primijenio materijalno pravo.¹⁹

¹⁷ Članak 74. stavak 2. ZUS/10.

¹⁸ Dalje: Ustav i Konvencija.

¹⁹ Članak 135. stavak 2. ZUS/24.

Za razliku od toga, u slučaju utvrđenja povrede spora koja uvijek postoji, VUSRH će poništiti prvostupanjsku presudu te vratiti predmet prvostupanjskom sudu na ponovno suđenje. To također i u slučaju ako je prvostupanjski sud odlučnu činjenicu pogrešno utvrdio ili je nije utvrdio, dakle ako je potrebno daljnje izvođenje dokaza.²⁰

Može se zaključiti kako ZUS/24 odstupa od zahtjeva za isključivo reformacijskom presudom žalbenog suda, do koje izmjene u odnosu na ZUS/10 je došlo na osnovi sudske prakse koja je, kao što je ranije rečeno, prepoznala povrede pravila prvostupanjskog upravnog spora koje su toliko ozbiljne da vrijeđaju pravo stranke na pošteno suđenje odnosno suštinski anuliraju vođenje prvostupanjskog spora. Stoga je u slučaju usvajanja žalbe zbog takve povrede pravila postupka nužno predmet vratiti prvostupanjskom sudu na ponovni postupak. Ta sudska praksa je uz najnovija doktrinarna razmatranja unesena u katalog bitnih povreda koje uvijek postoje.

Sagledavajući propisane povrede može se zaključiti da se radi o iznimnim, malobrojnim situacijama izuzetno ozbiljnih povreda pa je bilo za pretpostaviti kako mogućnost vraćanja predmeta prvostupanjskom sudu na ponovni postupak neće pretjerano opteretiti upravne sudove i utjecati na njihovu učinkovitost, što dokazuje i praksa VUSRH u protekle gotovo dvije godine primjene ZUS/24.²¹

Osim toga, ZUS/24 propisuje zabranu dvostrukog poništavanja, tako da se prvostupanjska presuda u povodu žalbe može poništiti i predmet vratiti upravnom sudu na ponovno suđenje samo jednom.²²

No, i dalje postoji velika grupa žalbenih razloga u slučaju postojanja kojih će VUSRH otkloniti utvrđene nedostatke, poništiti prvostupanjsku presudu i sam riješiti stvar.

Dakle, obveza donošenja reformacijskih presuda žalbenog suda je i dalje prisutna u propisanim situacijama, ali žalbeni sud sada ima i kasacijske ovlasti u drugim situacijama. Dosadašnja praksa žalbenog suda pokazuje da je utvrđenje povreda spora koje uvijek postoje prisutno u manjem broju predmeta od utvrđenja relativno bitnih povreda, što znači da je žalbeni spor i dalje ostao pretežito reformacijske, a ne kasacijske naravi. Može se zaključiti da osnovna misao vodilja reforme hrvatskog upravnog spora u spor pune jurisdikcije kao pravilo, nije narušena.

²⁰ Članak 135. stavak 3. ZUS/24.

²¹ Prema podacima sudske pisarnice VUSRH za 2025. godinu i razdoblje od siječnja do početka svibnja 2026. godine, ukupno je u manje od 1% riješenih žalbi protiv presuda, predmet vraćen prvostupanjskom sudu na ponovni postupak.

²² Članak 135. stavak 4. ZUS/24.

4. ZAKLJUČAK

Oba prikazana instituta bitno određuju žalbeni upravni spor u kojem se ocjenjuje zakonitost prvostupanjske presude: od dopuštenosti žalbe protiv presude do propisanih povreda spora koje usmjeravaju ovlasti žalbenog suda (od obveze suđenja u sporu pune jurisdikcije odnosno rješavanja upravne stvari do mogućnosti vraćanja predmeta prvostupanjskom upravnom sudu na ponovni postupak).

Iz prikazanog razvoja može se zaključiti kako odabrano normativno rješenje samo po sebi ne znači i njegovu uspješnu provedbu u praksi. To je pokazalo iskustvo s nekim reformskim normama iz ZUS/10 pa i u ovom radu prikazanim institutima. Potrebno je određeno vrijeme da normativna ideja sazrije u praksi (posebice kad se radi o potpuno novim zakonskim rješenjima) i da pravni praktičari (suci, odvjetnici, službene osobe u javnopravnim tijelima) prihvate ciljeve koji su se takvim normama željeli postići.

Moglo bi se reći da je ZUS-om/24 u odnosu na prikazane institute dovršen dugotrajni reformski normativni proces. Ali je isto tako sigurno da će se pozitivni propis razvijati u teoriji i praksi sukladno trenutno vrlo dinamičnom razvoju upravnog prava te je za pretpostaviti da će se u budućnosti pokazati potreba za daljnjim unapređenjem pojedinih normi.

POPIS LITERATURE

Pravni propisi

1. Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 20/10.
2. Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 36/24, 39/26 – odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske.
3. Zakona o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 20/10. ,143/12., 152/14., 94/16. – odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, 29/17. i 110/21.

RÉSUMÉ:

ÉVOLUTION DE CERTAINS INSTITUTS AU STADE D'APPEL DES LITIGES ADMINISTRATIFS DEPUIS LA RÉFORME DE 2010 JUSQU'AUJOURD'HUI

Le travail analyse l'évolution de deux instituts essentiels du contentieux administratif croate : le filtre d'admissibilité de l'appel contre les jugements et le régime des violations graves de la procédure, ainsi que leurs effets sur les compétences de la Haute Cour administrative de la République de Croatie (VUSRH). La réforme de 2012 (ZUS/10) a introduit un système d'appel limité, principalement

ouvert dans les cas de pleine juridiction. En pratique, ce modèle s'est révélé peu efficace en raison du faible nombre d'affaires jugées au fond, ce qui a réduit le contrôle du juge d'appel. Une réforme intervenue en 2014 a assoupli ces règles en élargissant les cas d'appel, notamment pour les décisions annulant un acte administratif ou en cas de silence de l'administration. Ce régime est maintenu et précisé par la loi actuelle (ZUS/24). Concernant les violations de procédure, ZUS/10 ne distinguait que des violations relatives, tandis que ZUS/24 introduit une distinction entre violations relatives et absolues. Ces dernières concernent les atteintes les plus graves aux garanties procédurales et sont relevées d'office. En conséquence, les pouvoirs de la VUSRH sont différenciés : en cas de violation relative, elle statue elle-même sur le fond, alors qu'en cas de violation absolue, elle annule la décision et renvoie l'affaire au tribunal de première instance. Ce système vise à concilier efficacité procédurale et protection du droit à un procès équitable.

prof. dr. sc. Bosiljka Britvić Vetma*
Božidar Horvat**
doc. dr. sc. Ivan Malenica***

KONTROLA NAD UPRAVOM KROZ NADZOR IZVRŠENJA UPRAVNOSUDSKIH ODLUKA

UDK / UDC: 35.077 (497.5)
342.9 (497.5)

DOI:
Pregledni znanstveni rad / Review article
Primljeno / Received: 25. 3. 2026.

Autori u radu analiziraju kontrolu nad upravom kroz nadzor izvršenja upravnosudskih odluka, s posebnim naglaskom na Zakon o upravnim sporovima iz 2024. U uvodnom dijelu autori ističu važnost izvršenja sudskih odluka kao važnog elementa vladavine prava bez kojeg stranke ne mogu ostvariti pravo na pravično suđenje. Nakon uvodnog dijela, analizira se izvršenje upravnosudskih odluka prema ranijim propisima. U središnjem dijelu analiziraju se odredbe novog Zakona o upravnim sporovima koji je stupio na snagu 1. srpnja 2024. godine, koji je detaljnije i konkretnije uredio pitanje izvršenja upravnosudskih odluka. Novi Zakon posebno je uredio pitanje izvršenja upravnosudskih odluka s naglaskom na jačanje mehanizama prisilnog izvršenja sudskih odluka i odgovornost čelnika javnopravnih tijela za izvršenje upravnosudskih odluka. Uloga suda proširena je na aktivni nadzor izvršenja. Analiza sudske prakse pokazuje da je novo zakonsko uređenje povećavalo učinkovitost, pravnu sigurnost i zaštitu prava stranaka.

Ključne riječi: izvršenje, upravni spor, kontrola nad upravom

1. UVOD

Kada je riječ o sudskoj kontroli nad upravom, kako bi ona ispunila svoju svrhu, potrebno je da se odluke sudova donesene u upravnom sporu stvarno i izvršavaju te da postoje efikasna pravna sredstva prisilnog izvršenja za slučaj kada dobrovoljno izvršenje izostane. Pokretanjem upravnosudskog postupka pred sudom tužitelj ne očekuje samo teoretsku zadovoljštinu povezanu s utvrđivanjem prava, već on prvenstveno traži primjenu prava u činjenicama i konkretnu korist od učinaka

* Prof. dr. sc. Bosiljka Britvić Vetma, redovita profesorica na Katedri za upravno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu. E-mail: bosiljka.britvic@pravst.hr. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3393-5895>.

** Božidar Horvat, sudac Županijskog suda u Velikoj Gorici. E-mail: Bozidar.Horvat@zsvg.pravosudje.hr.

*** Doc. dr. sc. Ivan Malenica, zastupnik u Hrvatskom saboru. E-mail: ivan.malenica@sabor.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4480-0336>.

odluke koju o njegovoj situaciji donosi sudac.¹ Zato je pronalaženje djelotvornih pravnih sredstava za izvršenje odnosno rješavanje problema neizvršenja jedan od važnih zadataka nacionalnog pravnog poretka koji se, naravno, s tim izazovom i susreće. Dostupnost pravnog sredstva i modaliteti njegove primjene moraju biti jasno utvrđeni i potvrđeni praksom nadležnih tijela odnosno upravnih sudova. U protivnom, načine izvršenja ne možemo smatrati djelotvornima. Sredstva izvršenja smatraju se učinkovitima ako osiguravaju (jamče) izvršenje u svakom pojedinom slučaju.

Svaki pravni sustav mora jamčiti ne samo pristup sudu kroz pokretanje i sudjelovanje u sudskom postupku, već i pravo na izvršenje sudskih odluka, odnosno nužnost da se izvršenjem sudskih odluka proizvedu određeni konkretni pravni učinci. Dakle, u upravnim sporovima u kojima je tužitelj uspio u sporu, efikasna zaštita tužiteljevih prava i osiguranje objektivne zakonitosti podrazumijevaju da upravna tijela moraju poštovati i izvršiti presudu.²

U postupku izvršenja upravnosudskih odluka od presudnog značaja nije samo ponašanje tuženika. Važnu ulogu u postupku izvršenja igra i sam sudac (sudsko vijeće) kao kreator akta koji određuje postupanje javnopravnog tijela. Uloga suca u rješavanju konkretnog spora ne završava donošenjem presude, već se ona nastavlja i kroz kontrolu uprave u ispunjenju obveze koju je on utvrdio pravomoćnom presudom. Iz tog razloga smatramo da bi sudac uz rješavanje konkretnog upravnog spora, a u cilju efikasnosti svojih odluka, trebao predvidjeti tijek izvršenja, te na taj način spriječiti nastanak novih sporova zbog neizvršenja ili nepotpunog izvršenja pravomoćne presude. Navedeno razmišljanje proizlazi i iz prakse Europskog suda za ljudska prava koji je u svojim presudama *Albert i Le Compte protiv Belgije*,³ od 10. veljače 1983. godine te *Gubler protiv Francuske*⁴ od 27. srpnja 2006. godine, između ostalog naveo kako se sudac ne može zadovoljiti time da jednostavno kaže samo kako je uprava postupila nezakonito i nerazumno.⁵ Naime, dužnost je i ovlast suca kroz upravni spor osiguravati pravilnu provedbu upravnog postupka, a svojom jasnom i preciznom odlukom on prenosi smisao zakona u svoju odluku u konkretnom predmetu. U tom smislu svakako da nomotehnika i metodologija izrade sudske odluke mogu imati utjecaj na njezino lakše razumijevanje, posebno kada javnopravno tijelo u postupku izvršenja postupa temeljem primjedaba i shvaćanja suda izraženima u obrazloženju presude. Stoga obrazloženje ne predstavlja samo temelj za izreku presude već je ono i sredstvo koje strankama u sporu može ili olakšati ili otežati izvršenje presude. Zadaća je suca (sudskog vijeća) da prilikom

¹ Gjijara, M., *Les causes d' inexécution des décisions du juge administratif et leurs remèdes*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu god. 52, 1/2015, str. 70.

² Šikić, M.; Ofak, L., *Pravo na izvršenje upravnosudskih odluka kao jamstvo poštenog suđenja*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu god. 52, 1/2015, str. 207.

³ *Albert i Le Compte protiv Belgije*, br. 7299/75; 7496/76, presuda od 22. veljače 1983.

⁴ *Gubler protiv Francuske*, br. 69742/01 presuda od 27. srpnja 2006.

⁵ Staničić, F.; Britvić Vetma, B.; Horvat, B., *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Narodne novine, Zagreb 2017., str. 91.

izrade presude, a posebice obrazloženja, olakša javnopravnom tijelu postupanje temeljem presude.⁶

Kada o ostvarivanju svrhe pravnog poretka govorimo u kontekstu sudskog postupka, to znači podvrgavanje svih subjekata autoritetu suda, odnosno poštovanje i provođenje volje suda koja je izražena odlukom u konkretnom slučaju. Ovo se odnosi na sudske odluke donesene u svim sudskim postupcima.⁷

2. IZVRŠENJE UPRAVNOSUDSKIH ODLUKA PREMA RANIJIM PROPISIMA

Sudska kontrola nad upravom ostvaruje svoj puni smisao postupanjem temeljem sudskih odluka koji se donose u sudskim postupcima nadzora nad upravom. Ako stranke u upravnom sporu ne postupe temeljem odluka upravnih sudova donesenih u postupcima upravnosudskog nadzora, ne možemo govoriti o učinkovitoj pravnoj zaštiti stranaka u upravnom sporu.

U Republici Hrvatskoj dugo je godina ozbiljan problem vladavini prava, ali i konceptu upravnosudske zaštite, stvarala činjenica da je sam institut izvršenja bio poprilično podnormiran, što je za posljedicu moglo imati nemogućnost ostvarivanja upravnosudske zaštite. Zbog toga su uređenju izvršenja u upravnosudskom sudskom postupku s razlogom godinama upućivane brojne kritike zbog nepotpunog i neodgovarajućeg normiranja.⁸

Zakon o preuzimanju Zakona o upravnim sporovima⁹ iz 1991. godine preuzeo je odredbe Zakona o upravnim sporovima iz 1977. godine¹⁰ te je u pogledu obveznosti i izvršenja upravnosudskih odluka zadržao isto uređenje.

Prema čl. 4. Zakona o upravnim sporovima iz 1977. godine, presude sudova donesene u upravnim sporovima bile su obvezne. Prema čl. 62. istog zakona, kad sud poništi akt protiv kojeg je bio pokrenut upravni spor, predmet se vraća u stanje u kojemu se nalazio prije nego što je poništen akt donesen. Nadležni je organ

⁶ Abramović dodaje da sud čije odluke nisu obvezujuće nije sud u pravom, punom smislu riječi. Abramović, A., *Obveznost izvršenja upravnosudskih odluka*, u: *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, ur. Đuro Sessa, Zagreb: Društvo za građanskopravne znanosti i praksu Hrvatske, 2013., str. 643.

⁷ Đerđa, D., *Izvršenje upravnosudskih odluka u hrvatskom i usporednom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu god. 52, 1/2015, str. 131.

⁸ Vidi: Đerđa, D., *ibid.*, str. 131-157; Horvat, B., *Upravni spor od podnošenja tužbe do izvršenja – sporna pitanja u praksi*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 52., 1/2015), str. 223-242; Rajko, A., *Izvršenje odluka upravnih sudova nakon druge Novele Zakona o upravnim sporovima*, Informator br. 6347., od 5. siječnja 2015., str. 1-3; Šikić, Marko, *Obveznost i izvršenje odluka donesenih u upravnom sporu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 49., 2/2012., str. 411-424; Britvić Vemta, B.; Peša, Š., *Izvršenje upravnih i upravnosudskih odluka*, Elektronički zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku, god. 10, 1-2/2016, str. 87-99; Rajko, Alen, *Izvršenje presuda upravnih sudova u Hrvatskoj – otvorena pitanja i mogućnosti njihova rješavanja*, Sveske za javno pravo, god. 4, 14/2013., str. 21-25.

⁹ Zakon o preuzimanju Zakona o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 53/91., 9/92., 77/92.

¹⁰ Zakon o upravnim sporovima, Službeni list SFRJ, br. 4/77. (u daljnjem tekstu ZUS/1977).

sadržajno i vremenski vezan za presudu suda. Ako je, prema prirodi stvari koja je bila predmet spora, umjesto poništenog akta potrebno donijeti drugi, nadležni organ dužan ga je donijeti bez odgode, a najkasnije u roku od 30 dana od dana dostave presude. On je pritom vezan pravnim shvaćanjem i primjedbama suda u pogledu postupka.

Ako bi kojim slučajem nadležni organ nakon poništenja upravnog akta donio novi upravni akt protivno pravnom shvaćanju ili primjedbama suda u pogledu postupka, stranka je imala mogućnost ponovnog pokretanja upravnog spora, a sud bi u tom slučaju presudom poništio osporeni akt i u pravilu sam riješio upravnu stvar. Takva presuda u svemu je zamjenjivala akt nadležnog tijela.¹¹ Ovdje se, dakle, više nije radilo o tužbi za pobijanje, već o zahtjevu stranke da sud donese akt kakav je trebao donijeti tuženi organ. Sud svojom presudom ne zamjenjuje samo pogrešno doneseni akt tuženog organa, već apsorpira i raniju sudsku odluku povodom tužbe za pobijanje.¹² Zakonodavac se, dakle, odlučio, u cilju sprečavanja odugovlačenja postupka i nepotrebnog parničenja, nametnuti obvezu sudu kojem je podnesena tužba da u pravilu sam riješi upravnu stvar. Sud nije imao mogućnost u novopokrenutom upravnom sporu odbiti tužbu, već je bio dužan poništiti upravni akt i sam riješiti upravnu stvar.¹³ To je iz razloga što je on u novom sporu samo imao ovlast utvrđivati sukladnost svoje presude donesene u prethodnom upravnom sporu i upravnog akta koji je donijelo nadležno upravno tijelo u izvršenju presude. Na taj je način bilo omogućeno da se u sporu pune jurisdikcije presudom riješi upravna stvar i zamijeni poništeni upravni akt.

Sud je u slučaju poništenja upravnog akta donesenog u izvršenju presude bio dužan obavijestiti tijelo koje je vršilo nadzor nad tijelom koje nije izvršilo presudu.¹⁴

Prethodno smo naveli da je nadležno tijelo bilo vezano za prirodu stvari predmeta upravnog spora kod odlučivanja treba li donijeti novi upravni akt. Zakon je predviđao sankciju za slučaj kada nadležno upravno tijelo ne donese upravni akt u zakonom propisanom roku. Ako se radilo o situacijama kada je nadležno upravno tijelo bilo obvezno donijeti novi upravni akt (ili upravni akt kad se radi o šutnji uprave), a nije ga donijelo u za to ostavljenom roku od 30 dana, prema čl. 64. st. 1. ZUS/1977, stranka je mogla posebnim pisanim podneskom tražiti donošenje takvog akta. Ako nadležno tijelo ne bi donijelo upravni akt ni za sedam dana od dana kada ga je za to stranka zatražila, stranka je mogla zatražiti donošenje takvog akta od suda koji je donio presudu u prvom stupnju.

¹¹ Čl. 63. ZUS/1977.

¹² Ivančević, Velimir, *Karakter tužbe i presude u upravnom sporu*, u: *Hrestomatija upravnog prava*, Medvedović, Dragan (ur.), Suvremena javna uprava, Zagreb 2003., str. 260-261.

¹³ Tomić, Zoran; Bačić, Vera, *Komentar zakona o upravnim sporovima*, Službeni list SFRJ, Beograd 1985., str. 192.

¹⁴ Ivančević navodi da je glavni razlog uvođenja ove obveze taj da neposredno više tijelo poduzme sa svoje strane sve mjere koje će spriječiti da se ubuduće događaju slične stvari. Te mjere mogu varirati, počevši od stručno-pedagoškog djelovanja, pa do disciplinskog postupka protiv odgovornih osoba. Ivančević, V., i dr., *Zakon o upravnim sporovima s komentarom i sudskom praksom*, Narodne novine, Zagreb 1958., str. 287.

Stranka u čiju je korist sud donio presudu, u slučaju nedonošenja upravnog akta od nadležnog javnopravnog tijela bila je dužna najprije podneskom zatražiti od nadležnog upravnog tijela donošenje upravnog akta. Ako bi se javnopravno tijelo oglušilo na podnesak stranke, ona je tek nakon proteka roka od sedam dana mogla podnijeti zahtjev sudu¹⁵ od kojeg je tražila donošenje takvog akta. Sud bi temeljem zahtjeva stranke zatražio od nadležnog tijela da mu dostavi obavijest o razlozima zbog kojih upravni akt nije bio donesen. Nadležno je tijelo bilo dužno dati ovu obavijest u roku od sedam dana, a u slučaju da ono to ne bi učinilo ili, pak, dana obavijest ne bi opravdavala neizvršenje sudske presude, sud je mogao donijeti rješenje kojim bi u svemu zamijenio akt nadležnog tijela.¹⁶

Novi Zakon o upravnim sporovima donesen je 2010. godine, a stupio je na snagu 1. siječnja 2012. godine i do donošenja trenutno važećeg zakona, nekoliko je puta bio noveliran.¹⁷ U ZUS/10 izvršenje upravnosudskih odluka bilo je regulirano u petom dijelu koji je nosio naziv:

„Izvršenje sudske odluke.“

Zasebno je bilo regulirano izvršenje presuda i izvršenje rješenja. Prema čl. 80. ZUS/10, presuda se mogla izvršiti kada bi postala pravomoćna.

Kada bi sud rješavajući upravni spor sam riješio upravnu stvar u sporu pune jurisdikcije, temeljem čl. 81. st. 1. ZUS/10, izvršenje te presude dužan bi bio osigurati tuženik. Kada sud presudom poništi pojedinačnu odluku tuženika, a stvar nije riješena, tada je tuženik obavezan postupiti sukladno izreci presude, najkasnije u roku od 30 dana te je pritom vezan pravnim shvaćanjem suda i primjedbama u vezi s postupkom.

U slučaju da tuženik ne osigura izvršenje presude u određenom roku, tužitelj je mogao zahtjevom za izvršenje od suda zahtijevati izvršenje presude. Izvršenje se provodilo sukladno pravilima o izvršenju propisanim zakonom kojim se uređuje opći upravni postupak.

Rješenje kao postupovnu odluku izvršavao je sud koji ju je i donio. Rješenje se moglo izvršiti odmah po objavi odnosno dostavi stranci.¹⁸ Izvršenje novčanih obveza određenih rješenjem provodilo se u skladu s propisima koji se primjenjuju na sudsko izvršenje.

U pogledu izvršenja upravnosudskih odluka svakako je važna druga novela ZUS-a iz 2014. godine. Kako smo već prethodno naveli, jedan od razloga izmjena i dopuna bile su i pravne praznine koje je u primjeni pokazao ZUS i daljnji napor za postizanjem što veće učinkovitosti u sudskom nadzoru uprave. Glede izvršenja,

¹⁵ Zahtjev se podnosi sudu koji je donio presudu u prvom stupnju.

¹⁶ Na osnovi odgovora, odnosno obavijesti nadležnog tijela koje je bilo dužno izvršiti presudu, sud može, ako postoje opravdani razlozi zbog kojih nadležno tijelo nije u zakonskom roku donijelo novi upravni akt, ostaviti nadležnom tijelu dodatni rok u kojem će donijeti upravni akt. Popović, S., *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Stručna knjiga, Beograd 1977., str. 347.

¹⁷ Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine br. 20/10, 143/12, 152/14, 94/16, 29/17, 110/21, 36/24. (u daljnjem tekstu ZUS/10).

¹⁸ Čl. 78. st. 2. ZUS/10.

kao važnog aspekta učinkovitosti sudske zaštite, uvele su se određene promjene s ciljem bržeg i učinkovitijeg izvršenja upravnosudskih odluka. Tako je *Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona u upravnim sporovima*¹⁹ čl. 27. – 29. regulirano izvršenje upravnosudskih odluka. Prema čl. 27. izvršnost stječe samo pravomoćna presuda (do tada je u čl. 80. st. 1. bilo navedeno samo presuda). Razlog ove izmjene bilo je uvođenje suspenzivnog karaktera žalbe pa je samim time bilo nužno da i presuda postane pravomoćna kako bi se mogla izvršiti.²⁰

Čl. 28. ZUS/14 produljen je rok za izvršenje sudske presude na 60 dana (prijašnji rok bio je 30 dana). Ovim se željelo postići objektivniji rok za izvršenje sudske odluke, jer je zakonodavac rok od 30 dana smatrao prekratkim za izvršenje sudske odluke uslijed ostalih poslova javnopravnih tijela. Kako bi se stvorio „pritisak“ prema javnopravnom tijelu koje ne izvršava upravnosudske odluke, dodatno je uvedena obveza obavješćivanja tijela (koje je prema posebnim propisima nadležno za nadzor nad javnopravnim tijelom nadležnim za izvršenje) o činjenici da je nadziranom tijelu određeno prisilno izvršenje presude.²¹ Također, u ZUS/14 uređene su i situacije kada će nadležni Sud odbaciti odnosno odbiti zahtjev za izvršenjem. Sud će, naime, rješenjem odbaciti zahtjev za izvršenje podnesen od strane neovlaštene osobe te preuranjen ili nepravodoban zahtjev. S druge strane, Sud će rješenjem odbiti zahtjev za izvršenje ako je presuda izvršena prije donošenja odluke o zahtjevu, ako je zahtjev upravljen prema tijelu koje nije obveznik izvršenja presude te ako je zahtjev neosnovan iz drugih razloga.

Prema ZUS/14 postoje dva oblika neizvršenja, aktivno i pasivno. Dok kod pasivnog neizvršenja sud u pokrenutom postupku izvršenja nastoji određenim sredstvima prisiliti nadležno javnopravno tijelo na izvršenje presude, situacija kod aktivnog neizvršenja znatno je kompleksnija jer je javnopravno tijelo donijelo rješenje, no rješenje koje je protivno izreci presude, odnosno primjedbama i pravnim shvaćanjima što ih je sud naveo u presudi.

Za slučaj aktivnog neizvršenja, zakonodavac je izmjenama ZUS-a 2014. godine predvidio institut nedopustivosti izvršenja. Ideja zakonodavca jest da uslijed aktivnog neizvršenja, sud u pokrenutom postupku izvršenja utvrdi nedopustivost izvršenja rješenja koje je doneseno protivno sudskoj presudi te na taj način spriječi za stranku negativne posljedice koje mogu nastati izvršenjem novodonesenog rješenja.

¹⁹ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona u upravnim sporovima, Narodne novine br. 152/14. (u daljnjem tekstu: ZUS/14).

²⁰ O intervenciji zakonodavca u područje izvršenja upravnosudskih odluka vidi još u: Rajko, Alen, *Razlozi neizvršenja odluka upravnog suca i sredstva pravne zaštite u slučaju neizvršenja*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 52, 1/2015., str. 253-255. Vidi još i u: Rajko, Alen, *op. cit.*, u bilj. 8, str. 1-3, 20.

²¹ Malenica, Ivan, *Razvoj instituta izvršenja u upravnosudskom postupku u Republici Hrvatskoj – povijesni pregled*, Zbornik radova 11. međunarodna konferencije Razvoj javne uprave / Sudarić, Željko; Petrašević, Tunjica (ur.). Vukovar: Veleučilište „Lavoslav Ružička“ u Vukovaru, 2021., str. 519.

Ovim je izmjenama nadzornom tijelu dana mogućnost određivanja novčane kazne odgovornoj osobi u nadležnom javnopravnom tijelu koje nije postupilo po sudskoj odluci.²²

Također, propisano je da zbog štete nastale neizvršenjem, odnosno nepravodobnim izvršenjem presude donesene u upravnom sporu tužitelj ima pravo na naknadu koja se ostvaruje u sporu pred nadležnim sudom.

3. NOVI ZAKON O UPRAVNIM SPOROVIMA IZ 2024. GODINE I POSTUPAK IZVRŠENJA UPRAVNOSUDSKIH ODLUKA

Novim Zakonom o upravnim sporovima²³ iz 2024. godine prvi put se odgovornost za izvršenja jasno stavlja pred čelnika javnopravnog tijela koji treba izvršiti sudsku odluku. Zakonodavac je ovim izmjenama u upravni spor uveo djelotvorno pravno sredstvo kako bi osigurao učinkovito izvršenje presuda svojih odluka.

Naime, sve do 2024. godine i novog ZUS-a, uređenju izvršenja u upravnosudskom sudskom postupku s razlogom su bile upućivane brojne kritike zbog nepotpunog i neodgovarajućeg normiranja. Razloge podnormiranosti možemo pronaći u činjenici da je od 2012. godine spor pune jurisdikcije zakonodavno postao pravilo u postupanju suda u pravnom sporu. Naime, uvedena je obveza suda da provede spor pune jurisdikcije odnosno da meritorno riješi upravnu stvar. Spor o zakonitosti trebao je postati iznimka u postupanju sudova u upravnom sporu. S obzirom na to, zakonodavac je minimalno uredio postupak izvršenja, ne računajući na situacije da će i dalje sudovi uglavnom donositi kasacijske presude te samim time povećati mogućnost neizvršenja tih presuda od strane javnopravnih tijela. Iz tog je razloga zakonodavac bio primoran 2014. godine izmjenama obuhvatiti i izvršenje budući da se u praksi pokazalo da su odredbe o izvršenju, koje su prvenstveno pratile koncept spora pune jurisdikcije, gotovo nedostatne da bi se riješila situacija nastala uslijed neizvršenja kasacijskih presuda.

Međutim, unatoč pretpostavci zakonodavca da je pitanje podnormiranosti instituta izvršenja upravnosudskih odluka izmjenama ZUS-a 2014. godine riješeno u potpunosti, i dalje je postojala podnormiranost.

Kroz niz mehanizama u novom ZUS-u, stranka, ali i sud mogu prisiliti javnopravno tijelo da postupi temeljem sudske odluke i omogućiti stranci ostvariti svoja prava.

Novo uređenje izvršenja upravnosudskih odluka u potpunosti je usklađeno s konvencijskim pravom i omogućuje stranci u upravnom sporu pokrenuti postupak prisilnog izvršenja kad dobrovoljno izvršenje izostane, a isto tako i sud ima

²² Vidi više u: Galić, A., *Učinak druge novele zakona o upravnim sporovima na upravni spor u Hrvatskoj*, str. 572.

²³ Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine br. 36/24. (u daljnjem tekstu ZUS).

djelotvorna sredstva prema javnopravnom tijelu da ga prisili izvršiti upravnosudsku odluku.

Zakon o upravnim sporovima ne propisuje više supsidijarnu primjenu Zakona o parničnom postupku ni Zakona o općem upravnom postupku. To je osobito važno za izvršenje upravnosudskih odluka gdje se u određenim situacijama podredno primjenjivao Zakon o općem upravnom postupku. Postupak prisilnog izvršenja pokreće tuženik podnošenjem zahtjeva za izvršenje sudu koji je donio presudu odnosno rješenje. Prema čl. 152. zahtjev za izvršenje presude sud dostavlja tuženiku odnosno tijelu nadležnom za izvršenje, koje mora u roku od 15 dana dostaviti odgovor na zahtjev za izvršenje. U tom odgovoru tuženik se mora očitovati je li presuda izvršena i o tome dostaviti dokaz, a ako presuda nije izvršena, mora obrazložiti razloge. Razlikujemo opravdane i neopravdane razloge neizvršenja. Riječ je o novini u postupku izvršenja, što zapravo proizlazi iz prakse Europskoga suda za ljudska prava i to konkretno iz predmeta *Burdov protiv Rusije*²⁴ gdje je Europski sud za ljudska prava utvrdio da nepoštovanje zakonskih rokova u domaćem izvršnom postupku ne vodi automatski kršenju čl. 6. st. 1. Konvencije, budući da se neka od kašnjenja mogu opravdati posebnim okolnostima, ali to ne smije ni u kom slučaju biti razlog da se sudske presude ne izvršavaju.²⁵ Sukladno tom konvencijskom pravu, novi Zakon u čl. 153. uređuje da ako nova odluka nije donesena u roku koji je određen presudom zbog opravdanih razloga, sud će tuženiku odnosno tijelu nadležnom za izvršenje odrediti novi rok za izvršenje presude, sukladno okolnostima konkretnog slučaja. Međutim, ako tuženik odnosno tijelo nadležno za izvršenje bez opravdanih razloga ne donese novu odluku u roku koji je određen presudom ili ako u roku od 15 dana ne dostavi sudu odgovor na zahtjev za izvršenje, sud će čelniku nadležnog javnopravnog tijela rješenjem izreći novčanu kaznu u iznosu do 30 % prosječne godišnje bruto plaće ostvarene u Republici Hrvatskoj u prethodnoj godini. Sud će izricati daljnje novčane kazne unutar utvrđenog raspona sve dok tuženik odnosno tijelo nadležno za izvršenje ne donese novu odluku u izvršenju presude. Osim situacije kada javnopravno tijelo ne donese odluku u postupku izvršenja, zakonodavac je uređio i postupak po zahtjevu za izvršenje presude kad je nova odluka donesena protivno izreci presude, pravnom shvaćanju ili primjedbama suda. Prema čl. 155. ZUS-a, ako tuženik odnosno tijelo nadležno za izvršenje u izvršenju presude donese novu odluku koja je protivna izreci presude, pravnom shvaćanju ili primjedbama suda, sud će nakon primitka odgovora na zahtjev za izvršenje ili isteka roka za dostavu odgovora na zahtjev za izvršenje, presudom bez održavanja rasprave poništiti odluku koja je donesena protivno izreci presude, pravnom shvaćanju ili primjedbama suda i naložiti tuženiku odnosno tijelu nadležnom za izvršenje da u određenom roku izvrši presudu. Kao dodatni mehanizam, sud će u izreci svoje nove presude čelniku nadležnog javnopravnog tijela izreći novčanu kaznu kao i u slučaju nedonošenja odluke temeljem upravnosudske odluke, a to je novčana kazna

²⁴ *Burdov protiv Rusije*, br. 59498/00, presuda od 7. svibnja 2002.

²⁵ Vidi više o ovom predmetu u: Omejec, J., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava*, str. 357-361.

u iznosu do 30 % prosječne godišnje bruto plaće ostvarene u Republici Hrvatskoj u prethodnoj godini.

Također, kao dodatni mehanizam jasno je u čl. 156. st. 5. ZUS-a navedeno da, zbog štete nastale neizvršenjem odnosno nepravodobnim izvršenjem presude donesene u upravnom sporu, tužitelj ima pravo na naknadu štete, koja se ostvaruje u postupku pred sudom opće nadležnosti. Ovo predstavlja još jedan snažan alat u rukama prije svega tuženika koji zbog neizvršenja sudske odluke ne može ostvariti neko svoje pravo.

Ovakvim reguliranjem izvršenja, zakonodavac je prije svega u potpunosti regulirao pitanje izvršenja upravnosudskih odluka isključivo odredbama ZUS-a, bez supsidijarne primjene drugih zakona. Odgovornost za izvršenje u rukama je čelnika javnopravnog tijela, a sud ima obvezu izreći novčanu kaznu ako javnopravno tijelo ne izvršava upravnosudske odluke. Na ovaj je način zakonodavac osigurao djelotvorno pravno sredstvo strankama i sudu u slučaju da javnopravno tijelo ne izvršava upravnosudsku odluku.

4. KONTROLA NAD UPRAVOM KROZ NADZOR IZVRŠENJA UPRAVNOSUDSKIH ODLUKA

U predmetnom radu napravljena je analiza predmeta izvršenja pred upravnim sudovima u periodu od 1. srpnja 2024. do 31. kolovoza 2025.²⁶ odnosno u vremenu nakon stupanja na snagu novoga Zakona o upravnim sporovima. Naime, odredbe koje propisuju izvršenje u novom Zakonu o upravnim sporovima odnose se i na predmete zaprimljene pred upravnim sudovima i prije 1. srpnja 2024., međutim predmetna analiza napravljena je na ovaj način jer novi Zakon o upravnim sporovima na drugačiji način propisuje vezanost tužbenim zahtjevom u upravnom sporu, kao i sam sadržaj presude, te je stoga rađena analiza onih upravnih sporova i izvršenja onih odluka upravnih sudova u kojima je tužba podnesena nakon 1. srpnja 2024.

U periodu nakon 1. srpnja 2024. pa do 31. kolovoza 2025. pred četiri upravna suda pokrenuto je 19 predmeta izvršenja u odnosu na upravne sporove u kojima je tužba podnesena nakon 1. srpnja 2024., od čega su dva predmeta izvršenja pokrenuta u 2024., a 17 predmeta izvršenja u 2025. godini. U odnosu na 19 predmeta, 6 predmeta riješeno je u predmetnom periodu, od čega su dva predmeta riješena u 2024. godini, a 4 predmeta u 2025. godini, s time da je u navedenom periodu pred četiri upravna suda ukupno zaprimljen 101 predmet izvršenja (statistički pokazatelj Ministarstva pravosuđa, uprave i digitalne transformacije).

U radu je napravljena analiza sadržaja navedenih 19 zahtjeva za izvršenja, kao i analiza sadržaja navedenih 6 odluka pred upravnim sudovima odnosno pred Visokim upravnim sudom RH.

²⁶ Podaci pribavljeni od Ministarstva pravosuđa, uprave i digitalne transformacije u rujnu 2025.

U analizi sadržaja predmetnih zahtjeva za izvršenje vidljivo je da predlagatelj zahtjeve za izvršenje podnose zbog tzv. „šutnje uprave“ kao i zbog činjenice da tijelo dužno za izvršenje nije izvršilo odluku upravnih sudova sukladno pravnom shvaćanju i primjedbama upravnih sudova iz obrazloženja odluka. Također iz sadržaja zahtjeva za izvršenja proizlazi i kako predlagatelj zbog neizvršenja sudske odluke predlažu i kažnjavanje čelnika tijela sukladno odredbama novog Zakona o upravnim sporovima, te meritorno rješavanje upravne stvari u postupku izvršenja, o čemu će kasnije biti više riječi.

Isto tako, iz sadržaja zahtjeva za izvršenje proizlazi kako predlagatelj u pojedinim zahtjevima za izvršenje detaljno obrazlažu u čemu nije izvršena odluka upravnih sudova odnosno u kojem dijelu, dok se u pojedinim zahtjevima samo vrlo kratko predlaže naložiti izvršeniku izvršenje sudske odluke, uz kratko obrazloženje kako sudska odluka ili nije izvršena na način da nije donesena u roku koji je odredio upravni sud ili nije izvršena na način da nova odluka javnopravnog tijela nije u skladu s pravnim shvaćanjima i primjedbama upravnog suda iz obrazloženja predmetne odluke. Također u zahtjevima za izvršenja predlagatelj potražuju i trošak postupka izvršenja.

Također, u zahtjevima za izvršenje vidljivo je i kako pojedini predlagatelj predlažu upravnim sudovima da izrekom nalože izvršeniku očitovanje iz kojih razloga presuda nije izvršena sukladno pravnim shvaćanjima i primjedbama suda odnosno iz kojih razloga odluka nije donesena u roku koji je odredio sud, a u pojedinim zahtjevima za izvršenje predlaže se i da upravni sud u postupku izvršenja održi i glavnu raspravu.

U odnosu na zahtjev za izvršenje kao zanimljiv primjer iz prakse istaknuli bismo zahtjev u kojem predlagatelj traži izvršenje kao zainteresirana osoba iz upravnog spora, odnosno predlagatelj u upravnom sporu nije bio tužitelj, a tužitelj je obijen tužbenim zahtjevom u upravnom sporu. Predlagatelj kao zainteresirana osoba sada traži provedbu izvršenja i to na način da se tuženiku u upravnom sporu, koji je u upravnom postupku donio rješenje, naloži izvršiti svoje rješenje na način kako je to u istom utvrđeno.

U odnosu na sudske odluke u postupcima izvršenja, iz analize predmetnih rješenja upravnih sudova i Visokog upravnog suda proizlazi kako su u pojedinim predmetima izvršenja, postupci izvršenja obustavljeni iz razloga jer su izvršenici donijeli predmetna rješenja odnosno izvršili sudske odluke, ali tek nakon podnošenja zahtjeva, te su u tim i takvim postupcima, uz donošenje rješenja o obustavi izvršenja, izvršenici obavezani i na naknadu troškova izvršenja, budući da sudska odluka nije izvršena prije pokretanja postupka izvršenja. Isto tako, vidljivo je kako je u pojedinim postupcima doneseno i rješenje kojim se čelnik nadležnog javnopravnog tijela novčano kažnjava zbog neizvršenja sudske odluke te upravni sudovi takva rješenja dostavljaju i Fini ako čelnik tijela, u roku koji je odredio sud, ne dostavi dokaz u uplati novčane kazne.

Nadalje, analizom sudskih odluka utvrđeno je i da su upravni sudovi odbacivali zahtjev za izvršenje zbog preuranjenosti, uz obrazloženje kako se pravodobnost

zahtjeva za izvršenje utvrđuje prema stanju stvari na dan podnošenja zahtjeva, a ne na dan kada je zahtjev zaprimljen na sudu. Isto tako, upravni sudovi odbacivali su i zahtjev predlagatelja izvršenja za naknadu štete zbog neizvršavanja sudskih odluka, s obzirom na to da je Zakon u upravnim sporovima propisao kako se pravo na naknadu štete, nastale neizvršenjem odnosno nepravodobnim izvršenjem presude donesene u upravnom sporu, ostvaruje u postupku pred sudom opće nadležnosti.

Zaključno u odnosu na naprijed navedene analize ističe se kako su upravni sudovi zauzeli stav da i zainteresirana osoba iz upravnog spora ima pravo zatražiti izvršenje sudske odluke jer je zainteresirana osoba nesporno stranka u upravnom sporu, iako Zakon u upravnim sporovima u članku 152. propisuje da tužitelj može podnijeti zahtjev za izvršenje presude. Međutim odredba članka 150. Zakona o upravnim sporovima propisuje kako se presuda odnosno rješenje dostavlja strankama u postupku, pa tako i zainteresiranoj osobi koja onda nesporno ima pravo podnijeti i zahtjev za izvršenje.

Isto tako upravni sudovi u postupku izvršenja nisu održavali glavnu raspravu, kako je to predloženo u pojedinim zahtjevima za izvršenje, jer odredbe Zakona o upravnim sporovima koje propisuju postupak izvršenja ne predviđaju održavanje glavne rasprave u postupcima izvršenja.

Također, ističe se kako u slučajevima u kojima je tuženik odnosno tijelo nadležno za izvršenje donijelo presudu koja je protivna izreci presude, pravnom shvaćanju ili primjedbama suda, sud u postupku izvršenja, bez održavanja rasprave, poništava takvu odluku i nalaže tuženiku odnosno tijelu nadležnom za izvršenje da u određenom roku izvrši presudu (članak 155. ZUS-a). Iz navedenog proizlazi da predlagatelji izvršenja u takvim slučajevima ne moraju pokretati novi upravni spor protiv takvih odluka javnopravnih tijela, već u postupku izvršenja tražiti od suda poništenje takve odluke. Iz navedenog proizlazi i kako u takvim slučajevima upravni sudovi samo mogu poništiti takvu odluku (kasacijska ovlast) i naložiti izvršenje u određenom roku, dakle upravni sudovi ne bi mogli donositi reformacijske odluke u takvim postupcima izvršenja, što se tražilo u pojedinim zahtjevima za izvršenje. Navedeno, prema mišljenju autora, ne znači i to da stranka nezadovoljna novom odlukom ne može pokrenuti novi upravni spor sukladno odredbama Zakona o upravnim sporovima.

5. ZAKLJUČAK

Pravo na pošteno suđenje neraskidivo je povezano s obvezom izvršenja upravnosudskih odluka. Izvršenje je obvezujući dio suđenja i pruža legitimitet upravnom sudovanju u zaštiti subjektivnih prava stranke. Ovim radom namjera je bila prikazati kako je donošenje novog Zakona o upravnim sporovima 2024. godine i reguliranje pitanja izvršenja upravnosudskih odluka pozitivno utjecalo na upravnosudske postupke.

Po mišljenju autora, iz analize uređenja postupka izvršenja u novom Zakonu o upravnim sporovima, te pregleda predmetne sudske prakse može se zaključiti da je novi Zakon o upravnim sporovima prvi put adekvatno uredio pitanje izvršenja upravnosudskih odluka na način da je odgovornost za izvršenja stavio pred čelnika javnopravnog tijela koji treba izvršiti sudsku odluku. Zakonodavac je ovim izmjenama u upravni spor uveo djelotvorno pravno sredstvo kako bi osigurao učinkovito izvršenje presuda svojih odluka.

LITERATURA

Knjige i članci

1. Abramović, Andrej, *Obveznost izvršenja upravnosudskih odluka*. U: *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, ur. Đuro Sessa, 643-648. Zagreb: Društvo za građanskopravne znanosti i praksu Hrvatske, 2013.
2. Britvić Vetma, Bosiljka i Peša, Šime. *Izvršenje upravnih i upravnosudskih odluka*. Elektronički zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku, god. 10, 1-2/2016, str. 87-99.
3. Đerđa, Dario, *Izvršenje upravnosudskih odluka u hrvatskom i usporednom pravu*. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu god. 52, 1/2015, str. 131-157.
4. Galić, Ante, *Učinak druge novele zakona o upravnim sporovima na upravni spor u Hrvatskoj*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci god. 36, 1/2015, str. 557-578.
5. Gjidara, Marc, *Les causes d'inexécution des décisions du juge administratif et leurs remèdes*. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu god. 52, 1/2015, str. 69-109.
6. Horvat, Božidar, *Upravni spor od podnošenja tužbe do izvršenja – sporna pitanja u praksi*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu god. 52, 1/2015, str. 223-242.
7. Ivančević, Velimir, *Karakter tužbe i presude u upravnom sporu*, u: *Hrestomatija upravnog prava*, Medvedović, Dragan (ur.), Suvremena javna uprava, Zagreb 2003., 260-261.
8. Ivančević, Velimir; Ivčić, Milivoj; Lalić, Antun, *Zakon o upravnim sporovima s komentarom i sudskom praksom*, Narodne novine, Zagreb 1958.
9. Malenica, Ivan, *Razvoj instituta izvršenja u upravnosudskom postupku u Republici Hrvatskoj – povijesni pregled*, Zbornik radova 11. međunarodna konferencije Razvoj javne uprave / Sudarić, Željko; Petrašević, Tunjica (ur.). Vukovar: Veleučilište „Lavoslav Ružička“ u Vukovaru, 2021., str. 508-521.
10. Omejec, Jasna, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava: Strasbourški acquis*. Zagreb: Novi informator, 2014.
11. Popović, Slavoljub, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Stručna knjiga, Beograd, 1977.
12. Rajko, Alen, *Izvršenje odluka upravnih sudova nakon druge Novele Zakona o upravnim sporovima*, Informator br. 6347., od 5. siječnja 2015. 1-3.

13. Rajko, Alen, *Izvršenje presuda upravnih sudova u Hrvatskoj — otvorena pitanja i mogućnosti njihova rješavanja*, Sveske za javno pravo, god. 4, 14/2013, str. 21-25.
14. Rajko, Alen, *Razlozi neizvršenja odluka upravnog suca i sredstva pravne zaštite u slučaju neizvršenja*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 52, 1/2015., str. 243-258.
15. Staničić, Frane; Britvić Vetma, Bosiljka i Horvat, Božidar. *Komentar Zakona o upravnim sporovima*. Narodne novine, Zagreb 2017.
16. Šikić, Marko, *Obveznost i izvršenje odluka donesenih u upravnom sporu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu god. 49, 2/2012, str. 411-424.
17. Šikić, Marko i Ofak, Lana. *Pravo na izvršenje upravnosudskih odluka kao jamstvo poštenog suđenja*. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu god. 52, 1/2015, str. 203-221.
18. Tomić, Zoran; Bačić, Vera, *Komentar zakona o upravnim sporovima*, Službeni list SFRJ, Beograd 1985.

Pravni akti

1. Zakon o općem upravnom postupku, Narodne novine, br. 47/09., 110/21.
2. Zakon o preuzimanju Zakona o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 53/91., 9/92., 77/92.
3. Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 20/10., 143/12., 152/14., 94/16., 29/17., 110/21.
4. Zakon o upravnim sporovima Narodne novine, br. 36/24.
5. Zakon o upravnim sporovima, Službeni list SFRJ, br. 4/77.

Sudska praksa

1. Burdov protiv Rusije, br. 59498/00, presuda od 7. svibnja 2002.
2. Albert i Le Compte protiv Belgije, br. 7299/75; 7496/76, presuda od 22. veljače 1983.
3. Gubler protiv Francuske, br. 69742/01, presuda od 27. srpnja 2006.

RÉSUMÉ:

LE CONTRÔLE DE L'ADMINISTRATION À TRAVERS LA SURVEILLANCE DE L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS JURIDICTIONNELLES ADMINISTRATIVES

L'article analyse le contrôle de l'administration à travers la surveillance de l'exécution des décisions des juridictions administratives, en mettant l'accent sur la nouvelle Loi sur les litiges administratifs de 2024 en Croatie. Les auteurs soulignent que l'exécution effective des décisions judiciaires constitue une condition essentielle du droit à un procès équitable et de l'État de droit. Une protection juridictionnelle ne peut être considérée comme efficace si les autorités administratives

n'exécutent pas les jugements rendus. L'étude présente d'abord l'évolution historique du système d'exécution des décisions administratives en droit croate. Les anciennes réglementations prévoyaient l'obligation de respecter les jugements des tribunaux, mais les mécanismes d'exécution restaient insuffisamment développés. Malgré les réformes précédentes, notamment celles de 2010 et 2014, des difficultés importantes subsistaient dans la pratique. La partie centrale du travail examine la réforme introduite par la Loi de 2024, entrée en vigueur le 1er juillet 2024. Cette loi renforce considérablement les mécanismes d'exécution des décisions judiciaires. La responsabilité de l'exécution est désormais clairement attribuée au dirigeant de l'organisme public compétent, tandis que les tribunaux disposent de pouvoirs accrus de contrôle et peuvent imposer des sanctions financières en cas d'inexécution injustifiée. La loi prévoit également le droit à une indemnisation pour les dommages causés par l'inexécution ou l'exécution tardive d'un jugement. L'analyse de la pratique judiciaire montre que ce nouveau cadre juridique a contribué à améliorer l'efficacité des procédures, la sécurité juridique et la protection des droits des parties dans les litiges administratifs

Thomas Pez-Lavergne*

MODIFICATION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE ET THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

UDK / UDC: 351.712.2 (44)

351.078.6 (44)

DOI: 10.31141/zrpfs.2025.62.156.337

Izlaganje sa znanstvenog skupa / Conference paper

Primljeno / Received: 28.1.2025.

Depuis 2020, la crise sanitaire puis l'augmentation des prix des matières premières et de l'énergie ainsi que la guerre en Ukraine ont provoqué, pour de nombreux cocontractants des collectivités publiques, une forte augmentation des coûts et des difficultés à respecter les délais d'exécution convenus. Certains titulaires de marchés et certains concessionnaires ont, en conséquence, demandé aux autorités contractantes une modification des termes de leurs contrats, voire la mise en œuvre de la « théorie » de l'imprévision.

Ni les directives européennes du 26 février 2014 relatives aux marchés publics et aux contrats de concession¹, ni leur transposition puis leur codification en droit interne français n'ayant précisé le champ des modifications rendues possibles en cas de circonstances imprévisibles, et en l'absence de jurisprudence pertinente de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ou du Conseil d'État sur l'application de ces textes, le gouvernement français a saisi le Conseil d'État d'une demande d'avis consultatif. Il l'a interrogé sur les possibilités offertes par le droit de la commande publique pour modifier les conditions financières et la durée des contrats de la commande publique pour faire face à des circonstances imprévisibles, ainsi que sur l'articulation entre ces modifications et l'indemnité d'imprévision qui peut être octroyée à l'opérateur économique titulaire du contrat.

Dans son avis d'Assemblée générale du 15 septembre 2022², en sa qualité de conseiller du Gouvernement, le Conseil d'État admet que les parties à un contrat de la commande publique puissent, dans certaines conditions et limites, procéder à une modification des clauses financières pour faire face à des circonstances imprévisibles (I). Il rappelle que le cocontractant a également droit à une indemnité sur le fondement de la « théorie » de l'imprévision (II).

* Rapporteur public Maître des requêtes au Conseil d'État

¹ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, notamment son article 43 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, notamment son article 72 ; Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, notamment son article 89.

² Conseil d'État, Assemblée générale, 15 septembre 2022, *Avis relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision*, n° 405540, publié.

1. LE PRINCIPE DE LA MODIFICATION DES CLAUSES FINANCIERES OU DE LA DUREE D'UN MARCHÉ OU D'UN CONTRAT DE CONCESSION

Le Conseil d'État a considéré que les parties peuvent convenir, pour faire face à une circonstance imprévisible, d'une modification des conditions financières ou de la durée des contrats de la commande publique.

Traditionnellement, l'administration³ s'opposait à la modification « sèche » des clauses financières, c'est-à-dire la modification des seuls prix prévus par le contrat sans variation des conditions d'exécution des prestations ou de leur volume. Le Conseil d'État, dans sa plus haute formation consultative, a remis en cause cette position et admis la possibilité de modifier les clauses financières indépendamment des autres clauses du contrat. Plusieurs raisons expliquent cette solution.

En premier lieu, les dispositions relatives aux modifications des contrats en cours que comportent le code de la commande publique⁴ ou les directives de 2014⁵ ne s'opposent pas à une modification portant uniquement sur les prix ou les tarifs ou la durée sans aucune autre modification, notamment des caractéristiques ou des conditions d'exécution des prestations. Les articles L. 2194-1 et L. 31351 du code de la commande publique prévoient simplement qu'un marché ou un contrat de concession peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque, notamment, les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux (1°) ou sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues (3°) ou ne sont pas substantielles (5°) ou encore sont de faible montant (6°). Les conditions et limites des modifications ainsi permises sont fixées par les articles R. 21941 et suivants et R. 31351 et suivants du code de la commande publique. Il en résulte notamment que les « *circonstances imprévues* » qui rendent nécessaire une modification sont celles qu'une autorité diligente ne pouvait pas prévoir (articles R. 21945 et R. 31355) et que, en pareil cas, s'agissant des contrats conclus par un pouvoir adjudicateur, chaque modification ne peut excéder 50 % du montant du contrat initial, des modifications successives ne devant pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence (articles R. 21943 et R. 31353). Mais aucune de ces dispositions n'exclut qu'elle puisse s'appliquer aux seules clauses financières.

³ V. en ce sens : Circulaire du 29 novembre 1973, *Fourniture de fuel-oil aux services publics. Problèmes posés par l'exécution des marchés en cours*, p. 2 ; Direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances et de la relance, *Les marchés publics confrontés à la flambée des prix et au risque de pénurie des matières premières*, fiche technique mise à jour le 18 février 2022, point 1.2.1. ; Circulaire du Premier ministre n° 6338/SG du 30 mars 2022 relative à l'exécution des contrats de la commande publique, p. 2.

⁴ Articles L. 2194-1 et suivants et R. 2194-1 et suivants s'agissant des marchés ; articles L. 3135-1 et suivants et R. 3135-1 et suivants s'agissant des concessions.

⁵ Article 43 de la directive 2014/23/UE, article 72 de la directive 2014/24/UE et article 89 de la directive 2014/25/UE.

En deuxième lieu, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ne s'oppose pas non plus à une telle modification des seules clauses financières, ni d'ailleurs de la durée, dès lors qu'elle n'est pas substantielle. En outre, les décisions de la CJUE qui prohibent par principe les modifications substantielles, en l'absence de stipulations les prévoyant, ont été rendues sur le fondement de directives qui ne comportaient aucune disposition relative à la modification des contrats et qui ont été abrogées par celles de 2014 qui, elles, régissent précisément les modifications des marchés et contrats de concession en cours. Les directives de 2014 ont notamment eu pour objet d'autoriser ce qui ne l'aurait pas été en application de la jurisprudence très restrictive de la Cour de justice qui estimait sur le fondement des directives antérieures, au nom des principes de transparence des procédures et d'égalité de traitement des candidats, que toute modification substantielle était interdite sans nouvelle procédure d'attribution (CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, aff. C454/06, points 34 à 37, s'agissant d'un marché de services ; CJUE, 13 avril 2010, *Wall AG*, aff. C-91/08, points 37 à 43, s'agissant d'une concession de services). Les directives autorisent désormais certaines modifications même substantielles des marchés et contrats de concession, notamment en admettant des modifications jusqu'au plafond, non négligeable, par modification, de 50 % du montant du contrat initial lorsqu'il est passé par un pouvoir adjudicateur. Des modifications qui peuvent être substantielles sont donc désormais admises, notamment lorsqu'elles sont rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles, ce que ne permettait pas antérieurement la jurisprudence de la Cour.

En troisième lieu, les dispositions réglementaires du code de la commande publique⁶ dont il résulte que le prix convenu est en principe définitif n'ont pas pour portée de restreindre les possibilités de modification d'un marché désormais expressément prévues par les directives. Ces dispositions, qui d'ailleurs ne sont pas prises pour la transposition des directives européennes, dans lesquelles elles n'ont pas d'équivalent, sont relatives au contenu du marché ainsi qu'à la forme et à l'évolution des prix stipulés, qu'ils soient ceux du marché initial ou qu'ils résultent d'un avenant ou d'une modification unilatérale. En outre, les aléas pris en compte par ces mêmes dispositions pour distinguer, au sein des prix définitifs, le prix ferme du prix révisable correspondent aux aléas majeurs « *du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations* » (articles R. 21129 et R. 211213), non aux aléas résultant de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat.

En dernier lieu, s'il ressort de la jurisprudence administrative française qu'en principe les prix prévus et les autres clauses financières lient les parties, ce dont il se déduit que le cocontractant de l'administration n'a pas de droit à leur modification,

⁶ Il résulte de l'article L. 21126 du code de la commande publique que les prix ou leurs modalités de fixation et, le cas échéant, leurs modalités d'évolution doivent être définis par le marché. Précisant ces dispositions, les articles R. 21127 et suivants de ce code prévoient qu'un marché est, en principe, conclu à prix définitif, ce prix prenant la forme soit d'un prix ferme, invariable pendant la durée du marché sous réserve de son actualisation, lorsque cette forme de prix n'est pas de nature à exposer les parties à des aléas majeurs, soit d'un prix révisable qui peut être modifié pour tenir compte des variations économiques.

des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux, rendues sur le fondement des dispositions antérieures à l'entrée en vigueur des directives de 2014, ont admis, dans des circonstances particulières, que le caractère définitif des prix stipulés ne s'oppose pas de manière absolue à leur modification. Il a notamment été jugé que les dispositions relatives au caractère définitif des prix d'un marché public n'ont ni pour objet ni pour effet de faire par principe obstacle à ce que les parties à un marché conclu à prix définitif puissent convenir par avenant, en particulier lorsque l'exécution du marché approche de son terme, de modifier le mécanisme d'évolution du prix définitif pour passer d'un prix révisable à un prix ferme (CE, 20 décembre 2017, *Société Area Impianti*, n° 408562, Rec. T. p. 688). En outre, sur le fondement des dispositions de l'article R. 21945 du code de la commande publique, le juge administratif admet que des stipulations divisibles d'un avenant puissent procéder à l'augmentation de la prime prévue dans un marché d'assurance (CE, 16 mai 2022, *Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM)*, n° 459408, Rec. T.).

Pour l'ensemble de ces raisons, l'Assemblée générale du Conseil d'État a estimé que le caractère en principe définitif des prix des marchés ne fait pas obstacle à leur modification en application et dans le respect des dispositions du code de la commande publique et des directives, dès lors que les prix ainsi modifiés restent en principe définitifs pendant toute la période d'exécution des prestations et constituent le prix de règlement (sous réserve de leur actualisation ou de leur révision prévue par le marché). Ainsi, rien n'empêche que les modifications des marchés et contrats de concession portent uniquement, en vue de compenser les surcoûts que le titulaire ou le concessionnaire subit du fait de circonstances imprévisibles, sur les prix ou les tarifs prévus au contrat ainsi que sur les modalités de leur détermination ou de leur évolution.

Les dispositions du code de la commande publique, notamment celles de son article R. 21124⁷, ne font pas non plus obstacle à la modification de la seule durée du marché ou du contrat de concession. Des prolongations du contrat, sans nouvelle procédure de mise en concurrence, sont envisageables si elles peuvent être regardées comme des modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles ou des modifications non substantielles ou de faible montant.

Le Conseil d'État a néanmoins souligné que, si de telles modifications contractuelles sont possibles, l'autorité contractante, qui doit veiller au respect de l'exigence constitutionnelle de bon emploi des deniers publics, qui découle de l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et qui est reprise à l'article L. 3 du code de la commande publique, n'est en aucun cas contrainte d'en prendre l'initiative ou de les accepter.

⁷ Selon le premier alinéa de l'article R. 21124 du code de la commande publique, un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte sa durée totale.

2. L'ARTICULATION DE LA JURISPRUDENCE SUR L'IMPREVISION ET DES DISPOSITIONS REGISSANT LA MODIFICATION DES MARCHES ET DES CONTRATS DE CONCESSION

Dans son avis du 15 septembre 2022, le Conseil d'État a par ailleurs considéré que l'indemnisation sur le fondement de la « théorie » de l'imprévision constitue un droit pour l'opérateur économique titulaire du contrat et qu'elle peut se combiner avec une modification du contrat si cette dernière n'a pas été de nature à résorber la totalité du préjudice d'imprévision qu'il a subi.

La jurisprudence du Conseil d'État sur l'imprévision (CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, n° 59928, Rec. p. 143 ; CE, 21 octobre 2019, *Société Alliance*, n° 419155, Rec. T.) a été codifiée par le législateur sans y déroger ni en préciser les conditions d'application, de sorte que les principes que cette jurisprudence a dégagés demeurent. Parmi ces principes figure celui selon lequel l'indemnisation de l'imprévision a pour objet de permettre d'assurer la continuité du service public, ce qui implique que seul le cocontractant qui continue à remplir ses obligations contractuelles et subit, de ce fait, un déficit d'exploitation, a droit à une indemnité. En outre, l'indemnité d'imprévision doit rester provisoire et, si les événements ayant justifié son octroi perdurent, le caractère permanent du bouleversement de l'équilibre économique du contrat fait obstacle à la poursuite de son exécution, de sorte que l'imprévision devient un cas de force majeure justifiant la résiliation de ce contrat.

Cette logique de l'imprévision est toute différente de celle de la modification des contrats. La codification de la jurisprudence sur l'imprévision a entendu marquer cette différence. Le 3° de l'article L. 6 du code de la commande publique dispose que :

« Lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ». Mais ces dispositions, à la différence de celles des 1°, 4° et 5° du même article relatives respectivement aux pouvoirs de l'autorité contractante de contrôle sur l'exécution du contrat, de modification unilatérale et de résiliation unilatérale, ne précisent pas que l'indemnisation de l'imprévision est octroyée dans les conditions prévues par le code, qui ne peut en conséquence être regardé comme la régissant.

Ainsi, le droit à indemnité que détient l'opérateur économique au titre de l'imprévision, en vue d'assurer la poursuite de l'exécution du contrat et la continuité du service public, n'est pas remis en cause par les dispositions issues des directives du 26 février 2014. Ces dernières permettent et encadrent la modification des marchés ou des contrats de concession en cours et ne créent qu'une faculté pour le titulaire d'un marché ou le concessionnaire de demander la modification de son contrat, notamment lorsqu'elle est rendue nécessaire par des circonstances imprévisibles. Cette faculté doit être distinguée du droit à une indemnité d'imprévision que

le titulaire du marché ou le concessionnaire peut revendiquer devant le juge administratif afin de contraindre l'autorité contractante à la lui octroyer. Néanmoins, ce droit à indemnisation, qui révèle la responsabilité extracontractuelle sans faute de l'administration, ne fait pas obstacle à la mise en œuvre, par ailleurs, des dispositions qui régissent les modifications des contrats.

En effet, afin de remédier à une situation résultant de circonstances imprévisibles, il est possible, en premier lieu, de modifier les marchés et contrats de concession (CE, 14 janvier 1955, *Société La Fusion des gaz c/ Ville de Plombières*, n° 75236, Rec. p. 25). Ces modifications peuvent concerner, sur le fondement des dispositions du code de la commande publique, sous réserve qu'elles ne changent pas la nature globale du contrat, tant les caractéristiques et conditions d'exécution des prestations que le prix ou les tarifs, leur montant ou les modalités de leur détermination, ou encore la durée initialement convenus. Les contrats peuvent aussi être modifiés afin d'y introduire une clause de variation des prix ou de réexamen si le contrat n'en contient pas, ou de faire évoluer une clause existante qui se serait révélée insuffisante. De telles modifications doivent respecter le cadre juridique posé par les dispositions relatives aux modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles. Un même marché ou contrat de concession, passé par un pouvoir adjudicateur, peut faire l'objet d'autant de modifications d'un montant maximal, chacune, de 50 % du montant du contrat initial qu'il y a d'événements imprévisibles distincts dont le déficit d'exploitation est la conséquence directe. Les modifications successives ne doivent cependant pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence : les modifications envisagées doivent être strictement limitées, tant dans leur champ d'application que dans leur durée, à ce qui est rendu nécessaire par les circonstances imprévisibles pour assurer la continuité du service public et la satisfaction des besoins de la personne publique. Toutefois, l'autorité contractante n'a aucune obligation de conclure avec son cocontractant un nouveau contrat comportant notamment des prix plus élevés que ceux du contrat initial (CE Sect., 5 novembre 1982, *Société Propétrol*, n° 19413, Rec. p. 381). Ainsi, s'il est toujours loisible à l'entrepreneur, en cas de circonstances imprévisibles bouleversant l'économie du contrat, de présenter à l'autorité contractante une demande de modification des clauses financières du contrat, il n'a pas de droit à obtenir la révision de ces clauses, mais uniquement une indemnité pour charges extracontractuelles qui, en cas de désaccord de l'autorité contractante, lui sera octroyée, le cas échéant, par le juge.

En second lieu, le Conseil d'État a considéré, dans son avis de septembre 2022, en s'inspirant de sa jurisprudence antérieure (CE, 17 janvier 1951, *Hospices de Montpellier*, n° 97613, Rec. p. 777), que les parties peuvent conclure, sur le fondement de la théorie de l'imprévision, une convention d'indemnisation dont le seul objet est de compenser les charges extracontractuelles subies par le titulaire ou le concessionnaire en lui attribuant une indemnité, afin qu'il puisse poursuivre l'exécution du contrat pendant la période envisagée qui ne peut être que temporaire et précisément fixée par la convention. Une telle convention d'indemnisation, qui permet de maintenir un certain équilibre contractuel en indemnisant l'opérateur économique qui, malgré la situation tout à fait exceptionnelle à laquelle il est confronté,

poursuit la prestation initialement prévue, n'a ni pour objet ni pour effet de modifier les clauses du marché ou du contrat de concession ni les obligations contractuelles réciproques des parties ni d'affecter la satisfaction des besoins de l'autorité contractante, qu'elle vise précisément à préserver. Dès lors, cette convention, de même d'ailleurs qu'une décision unilatérale de l'autorité administrative fournissant une aide financière pour pourvoir aux dépenses extracontractuelles afférentes à la période d'imprévision (CE Ass. 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, n° 89655, Rec. p. 1050), ne peut être regardée comme une modification du contrat au sens du code de la commande publique. Elle n'est donc pas soumise aux conditions et limites posées par ces dispositions, notamment au plafond des 50 %, mais uniquement à celles prévues par les dispositions du 3° de l'article L. 6 du même code qui codifie la jurisprudence administrative sur l'imprévision.

En troisième et dernier lieu, pour compenser les charges extracontractuelles causées par des circonstances imprévisibles, extérieures aux parties et bouleversant l'économie du contrat, le juge administratif peut octroyer une indemnité d'imprévision. Si la situation d'imprévision est constatée, et en cas de désaccord des parties sur les conditions spéciales dans lesquelles le cocontractant pourra continuer le service ou la prestation ou lorsque l'accord des parties est insuffisant à éviter le bouleversement de l'économie du contrat, ou encore, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, en cas de refus de l'autorité contractante de le modifier unilatéralement, le juge du contrat ne peut, le cas échéant, qu'accorder une indemnité dont le seul objet est de compenser la charge extracontractuelle qui résulte de la situation d'imprévision. Mais il ne peut en aucun cas modifier lui-même les stipulations du contrat et les obligations réciproques des parties (CE, 2 novembre 1927, *Ville de Saint-Omer*, n° 84340, Rec. p. 997 ; CE Sect., 21 janvier 1944, *Société d'entreprises et de construction en béton armé*, n° 60975, Rec. p. 23) ni se substituer à l'autorité administrative pour réviser les tarifs et, éventuellement, en fixer de nouveaux (CE, 14 janvier 1955, *Société La Fusion des gaz*, préc.). L'Assemblée générale du Conseil d'État en a déduit que l'octroi par le juge administratif d'une indemnité d'imprévision n'entre pas dans le champ d'application des dispositions du code de la commande publique et des directives qu'elles transposent relatives aux modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles, qui ne concernent que la modification des marchés ou contrats de concession apportée par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'autorité contractante unilatéralement. En conséquence, le plafond, prévu par ces dispositions, de 50 % par modification, du montant du contrat initial, lorsqu'il est conclu pas un pouvoir adjudicateur, ne s'applique pas non plus au calcul de l'indemnité d'imprévision lorsqu'elle est accordée par le juge.

Telle est la manière originale et constructive avec laquelle l'avis du Conseil d'État concilie les règles européennes et du code de la commande publique avec de grands principes jurisprudentiels bien établis. Reste à savoir ce qu'en penseront les juges.

SAŽETAK:

IZMJENA UGOVORA O JAVNOJ NABAVI I TEORIJA NEPREDVIDIVOSTI

Od 2020. godine zdravstvena kriza, rast cijena sirovina i energije te rat u Ukrajini uzrokovali su velike poteškoće u izvršavanju ugovora javne nabave i koncesija. Zbog naglog povećanja troškova mnogi ugovaratelji zatražili su odgovarajuće izmjene financijskih uvjeta ili primjenu teorije nepredvidivosti („imprévision“). Francuski Državno savjet (Conseil d'État) u savjetodavnom mišljenju od 15. rujna 2022. razjasnio je mogućnosti izmjene ugovora u takvim izvanrednim okolnostima. Državni savjet je zaključio da je dopuštena izmjena financijskih klauzula ili trajanja ugovora javne nabave i koncesija kada su izmjene nužne zbog nepredvidivih okolnosti. Time je napušteno tradicionalno stajalište prema kojem nije bilo moguće mijenjati samo cijene bez promjene ostalih ugovornih obveza. Sukladno odredbama Zakona o javnoj nabavi i europskim direktivama iz 2014., ugovor se može izmijeniti bez novog postupka javne nabave ako su izmjene opravdane nepredvidivim okolnostima, ako nisu bitne ili ako su male vrijednosti. Pritom pojedina izmjena kod ugovora javnog naručitelja ne smije prijeći 50 % početne vrijednosti ugovora. Državno vijeće također naglašava da javni naručitelj nije obavezan prihvatiti izmjene ugovora jer mora štititi načelo racionalnog trošenja javnih sredstava. Međutim, gospodarski subjekt može tražiti naknadu temeljem teorije nepredvidivosti ako zbog izvanrednih okolnosti trpi ozbiljan financijski gubitak, ali i dalje izvršava ugovor. Ta naknada ima privremen karakter i služi očuvanju kontinuiteta javne usluge. Važno je razlikovati izmjenu ugovora od naknade zbog nepredvidivosti. Izmjena ugovora predstavlja sporazumno prilagođavanje ugovornih uvjeta, dok je naknada oblik izvanugovorne odgovornosti države. Time je Državni savjet uspostavio ravnotežu između prava Europske unije u pogledu javne nabave i tradicionalnih načela francuskog upravnog prava.

Izv. prof. dr. sc. Marko Turudić*
Prof. dr. sc. Bosiljka Britvić Vetma**
Prof. dr. sc. Lana Ofak***

PRAVNA PRIRODA UGOVORA O JAVNOJ NABAVI

UDK / UDC: 351.712.028 (497.5)

342.92 (094.5)

DOI: 10.31141/zrpf.2025.62.156.183

Prethodno priopćenje / Preliminary communication

Primljeno / Received: 23.1.2025.

Iako su upravni ugovori u hrvatskoj pravnoj teoriji poznati već desetljećima, normativno se uvode tek 2010. – stupanjem na snagu Zakona o općem upravnom postupku. Otada se postupno pojačava znanstvena i stručna rasprava o pravnoj prirodi ugovora o javnoj nabavi kao jednog od najvažnijih ugovora koje sklapa iznimno širok krug javnopravnih tijela, ali i čitav spektar pravnih osoba usko povezanih s javnim pravom. Iako je dugi niz godina prevladavao stav kako je riječ o ugovoru građanskog prava, u ovom radu obrazložit ćemo da je ugovor o javnoj nabavi već od 2010. ispunjavao sve uvjete kako bi ga se smatralo upravnim ugovorom sukladno Zakonu o općem upravnom postupku. Najvažniji dio rada bit će posvećen rješenju Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj: Rev 139/2023-5 od 8. studenog 2023., kojim su navedene dvojbe riješene, te kojim je ugovor o javnoj nabavi utvrđen upravnim ugovorom. Također, predvidjet ćemo kakve će sve posljedice to rješenje imati na hrvatsko pravo javne nabave.

Ključne riječi: *ugovor o javnoj nabavi, upravni ugovor, javna nabava, upravni postupak, Vrhovni sud Republike Hrvatske*

1. UVOD

Od prve javnonabavne uredbe iz 1995. godine¹ do danas,² ugovor o javnoj nabavi u hrvatskim sektorskim javnonabavnim zakonima i praksi smatrao se građanskopravnim ugovorom. Dobar dio tog vremena pravna priroda ugovora o javnoj nabavi kao građanskopravnog ugovora uopće nije bila ni preispitivana. Ipak,

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

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

Prof. dr. sc. Lana Ofak, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu. E-mail: lana.ofak@pravo.unizg.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7585-6370>.

¹ Uredba o postupku nabave roba i usluga i ustupanju radova, Narodne novine br. 13/95.

² Za više o razvoju hrvatskog prava javne nabave vidi Ljubanović, B.; Britvić Vetma, B., *Hrvatsko pravo javne nabave – usklađenost s pravom EU*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, Vol. 48 No. 2, 2011., str. 407-417.

to se mijenja od 2010. kada je stupio na snagu Zakon o općem upravnom postupku³ (ZUP). ZUP donosi važnu promjenu i prvi put u hrvatskom pravnom poretku normativno uređuje upravne ugovore. Nakon 2010. možemo primijetiti pojačani znanstveni i stručni interes za upravne ugovore i analizu koji sve ugovori koje sklapa javni sektor zadovoljavaju njihovu definiciju iz ZUP-a, što nije mimošlo ni ugovor o javnoj nabavi. Iako je bilo glasova o nužnosti priznavanja javnopravne prirode ugovora o javnoj nabavi,⁴ prevladavao je stav kako ugovor o javnoj nabavi nikako nije upravni ugovor.⁵ Takvom stavu pridonijela su i tumačenja odredbi prijašnjih, ali i sadašnjeg Zakona o javnoj nabavi,⁶ kojima je propisano da se na odgovornost ugovornih strana za ispunjenje obveza iz ugovora o javnoj nabavi primjenjuju i odredbe Zakona o obveznim odnosima⁷ (ZOO). Također, određenim nedoumicama možda je pridonijela i činjenica da javnonabavni regulatorni okvir Europske unije pitanje pravne prirode javnonabavnih ugovora u potpunosti prepušta državama članicama.⁸

Unatoč tome, stava smo kako je od 2010. ugovor o javnoj nabavi – upravni ugovor.⁹ U ovom radu taj ćemo stav argumentirati kroz usporedbu glavnih obilježja ugovora o javnoj nabavi s člankom 150. ZUP-a kojim su propisana obilježja upravnog ugovora. Ipak, najveći naglasak rada bit će na rješenju Vrhovnog suda Republike Hrvatske (VSRH), broj: Rev 139/2023-5 od 8. studenog 2023. U predmetnom rješenju, VSRH riješio je u povodu revizijskog zahtjeva u kojem je jedno od pitanja bilo je li ugovor o javnoj nabavi upravni ili građanski ugovor. VSRH određuje ugovor o javnoj nabavi kao – upravni ugovor te napokon s najviše razine sudbene vlasti osiguravanja jedinstvene primjene prava rješava ovu javnopravno-privatnopravnu dilemu.

U daljnjem tijeku rada analizirat ćemo navedeno rješenje te prikazati njegove implikacije na hrvatsko pravo javne nabave. Također ćemo prikazati očekivanja koja se sada postavljaju pred zakonodavca.

³ Zakon o općem upravnom postupku, Narodne novine br. 47/09, 110/21.

⁴ Turudić, M., *Pravna priroda ugovora o javnoj nabavi u hrvatskom pravnom poretku*, Fondacija Centar za javno pravo, https://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Marko_Turudic3.pdf, pristupljeno 17. lipnja 2024., ali v. i Ljubanović, B., *Upravni ugovori i upravno sudovanje*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 47, 1/2010., str. 37-52.

⁵ Vidi npr. Pejaković, S., *Je li ugovor o javnoj nabavi upravni ugovor?* (dva dijela), Informator br. 6171/2013 i br. 6172/2013.; Koprić, I.; Nikšić, S., *Upravni ugovori – područje primjene i primjena prava*, u: Barbić, J.; Giunio, M. (ur.), Zbornik 48. susreta pravnika, Opatija '10, Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu, Zagreb 2010., str. 271-303.

⁶ Zakon o javnoj nabavi, Narodne novine br. 120/16, 114/22.

⁷ Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21, 114/22, 156/22, 155/23.

⁸ V. Caranta, R.; Sanchez Graells, A. (ur.), *Commentary on Directive 2014/24/EU*, Edward Elgar, Cheltenham (UK), Northampton (SAD), 2021.

⁹ Za detaljnije o toj temi vidi Turudić, M., *Pravo javne nabave*, Narodne novine, Zagreb 2017. i Turudić, M., *Komentar Zakona o javnoj nabavi*, Zgombić i partneri, Zagreb 2018.

2. JE LI UGOVOR O JAVNOJ NABAVI UPRAVNI UGOVOR?

Upravni ugovori uređeni su člancima 150. – 154. ZUP-a, a za bitne odrednice upravnog ugovora najvažniji je članak 150. koji glasi:

- (1) Javnompravno tijelo i stranka sklopiti će upravni ugovor o izvršenju prava i obveza utvrđenih u rješenju kojim je riješena upravna stvar, ako je zakonom propisano sklapanje takvog ugovora.*
- (2) Upravni ugovor ne smije biti protivan izreci rješenja, prinudnim propisima, javnom interesu niti smije biti sklopljen na štetu trećih osoba.*
- (3) Upravni ugovor koji ima pravni učinak na prava trećih osoba pravno je valjan samo uz pisani pristanak tih osoba.*
- (4) Upravni ugovor sklapa se u pisanom obliku.*

Sukladno navedenom, ovo su pretpostavke koje moraju biti ispunjene kumulativno kako bi se ugovor o javnoj nabavi smatrao upravnim ugovorom:

- moraju ga sklapati javnompravno tijelo i stranka,
- mora se sklapati o izvršenju prava i obveza utvrđenih u rješenju kojim je riješena upravna stvar,
- sklapanje ugovora mora biti propisano zakonom i ugovor se mora sklopiti u pisanom obliku,
- ugovor ne smije biti protivan izreci rješenja, prinudnim propisima, javnom interesu niti smije biti sklopljen na štetu trećih osoba.

Ovdje se stoga postavljaju sljedeća ključna pitanja: jesu li javni i sektorski naručitelji javnompravna tijela, rješava li se u postupku javne nabave o upravnoj stvari i mora li ugovor o javnoj nabavi zakonom biti određen kao upravni ugovor?

2.1. Jesu li javni i sektorski naručitelji javnompravna tijela u smislu ZUP-a?

Člankom 1. ZUP-a, koji je naslovljen kao „Predmet Zakona“, definirana su javnompravna tijela: *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: javnompravna tijela), u okviru djelokruga utvrđenog na temelju zakona, postupaju i rješavaju u upravnim stvarima.*

Prije svega, moramo istaknuti da se članak 1. ZUP-a ne može promatrati zasebno, jer je neodvojiv od pitanja što se smatra upravnom stvari (članak 2. o upravnoj stvari), kao i od pitanja na koja se sve postupanja javnompravnih tijela primjenjuje ZUP (članak 3. o primjeni Zakona). U tom kontekstu, odredba je članka 1. kojom se određuje predmet Zakona manjkava jer ZUP ne uređuje samo pravila postupanja i rješavanja u upravnim stvarima. Predmet Zakona također su pravna zaštita od drugih

postupanja javnopravnih tijela i pružatelja javnih usluga te sklapanje, raskidanje i izvršavanje upravnih ugovora. To proizlazi iz jasnih odredaba članka 3. ZUP-a koji glasi:

- (1) Ovaj se Zakon primjenjuje u postupanju u svim upravnim stvarima. Samo se pojedina pitanja upravnog postupka mogu zakonom urediti drukčije, ako je to nužno za postupanje u pojedinim upravnim područjima te ako to nije protivno temeljnim odredbama i svrsi ovoga Zakona.
- (2) Ovaj se Zakon primjenjuje 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.
- (3) Ovaj se Zakon primjenjuje na odgovarajući način i u postupcima zaštite prava, odnosno pravnih interesa stranaka u predmetima u kojima pravne osobe koje obavljaju javne službe (u daljnjem tekstu: pružatelji javnih usluga), odlučuju o njihovim pravima, obvezama ili pravnim interesima, ako zakonom nije propisana sudska ili druga pravna zaštita.

Stoga smatramo da je ispravnije javnopravna tijela, sukladno ZUP-u, definirati ne samo kao tijela i pravne osobe s javnim ovlastima koje rješavaju upravne stvari, nego i kao sva ona tijela i pravne osobe s javnim ovlastima koje prema građanima i drugim strankama pružaju javne usluge ili postupaju u području upravnog prava s neposrednim učinkom na njihova prava, obveze ili pravne interese.¹⁰ To je bilo istaknuto i u Prijedlogu Zakona o općem upravnom postupku: *... kako je jedna od glavnih načela i smisao novog ZUP-a servisno orijentirana djelatnost na korist građana, gospodarskih subjekata i drugih ustanova i načela civilnog društva, ocijenjeno je da je izraz „Javnopravna tijela” pogodniji od izraza „Tijela javne vlasti”, budući da više odgovara namjerama novoga ZUP-a i dobroj upravnoj praksi srednjoeuropskih država EU, te više naglašava aspekt javnih usluga u odnosu na autoritativno postupanje države u odnosu na prava, obveze i pravne interese građana i drugih stranaka.*¹¹

Sukladno objašnjenju definiciji iz ZUP-a, nužno je ustanoviti hoće li obje kategorije naručitelja iz Zakona o javnoj nabavi – i javni i sektorski naručitelji – imati nužne osobine kako bi ih se moglo smatrati javnopravnim tijelima, jer jedino javnopravna tijela mogu sklapati upravne ugovore.

2.1.1. Javni naručitelji

Člankom 6. ZJN-a javni naručitelji definiraju se na sljedeći način.

¹⁰ U prilog ovome stajalištu potrebno je navesti da se prema odredbi članka 2. stavka 2. Zakona o upravnim sporovima, Narodne novine br. 36/24 javnopravnim tijelom u smislu tog zakona smatra 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).

¹¹ Prijedlog Zakona o općem upravnom postupku Vlade Republike Hrvatske, P.Z.E. br. 168, rujan 2008., str. 69.

(1) *Javni naručitelji su:*

1. *Republika Hrvatska, odnosno državna tijela Republike Hrvatske*
2. *jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave*
3. *tijela javnog prava i*
4. *udruženja koje je osnovalo jedno ili više tijela iz točaka 1., 2. ili 3. ovoga stavka.*

(...)

(5) *Tijela javnog prava su subjekti koji ispunjavaju sve sljedeće uvjete:*

1. *imaju pravnu osobnost*
2. *osnovani su posebno u svrhu zadovoljavanja potreba u općem interesu, koje nemaju industrijski ili trgovački značaj, i*
3. *u iznosu većem od 50 % financira ih javni naručitelj ili su podložna upravljačkom nadzoru od strane javnog naručitelja ili je više od polovine članova njihovih upravnih, upravljačkih ili nadzornih tijela imenovao javni naručitelj.*

Smatramo kako postoji potpuno preklapanje definicija javnopravnih tijela i javnih naručitelja – u oba slučaja izričito se navode Republika Hrvatska i druga državna tijela, jedinice lokalne i regionalne samouprave; jedina je razlika u tome što ZUP spominje pravne osobe koje imaju javne ovlasti, dok ZJN spominje tijela javnog prava.

Određene nedoumice postoje kod "tijela javnog prava", kako ih definira ZJN, ali smatramo da i kod takvih pravnih osoba postoji prevladavajući javnopravni karakter. Ako pravna osoba obavlja poslove od općeg interesa bez industrijskog ili trgovačkog značaja, te ako ih natpolovično financira javni naručitelj ili ako je podložna nadzoru javnog naručitelja ili je više od polovine članova njihovih upravnih, upravljačkih ili nadzornih tijela imenovao javni naručitelj – takva će pravna osoba zasigurno u nekom segmentu obavljanja svojih poslova potpasti pod dužnost primjene ZUP-a. To se posebno vidi kroz činjenicu da takve pravne osobe provode postupke javne nabave koji su upravni postupci (v. poglavlje 2.2.). Ako je zakonodavac nekoj pravnoj osobi dodijelio ovlast i dužnost rješavanja neke upravne stvari, onda to nesumnjivo podrazumijeva da je time prenesena javna ovlast te ujedno i dužnost postupanja sukladno ZUP-u. Uz navedeno, tijela javnog prava u pravilu će imati i druge javne ovlasti koje proizlaze iz njihovog uvjerljivo javnopravnog statusa, što se može utvrditi od slučaja od slučaja ovisno o kojoj je pravnoj osobi riječ.

Za razumijevanje statusa tijela javnog prava¹² potrebno je istaknuti i presudu Suda Europske unije (SEU) u predmetu C-567/15 *Litspecmet*.¹³ U presudi SEU navodi sljedeće:

¹² V. Turudić, M., Tko su sve naručitelji? – o nedorečenostima i pogrešnim tumačenjima statusa javnih naručitelja, <https://upravnopravo.blog/2024/06/04/tko-su-sve-narucitelji-o-nedorecenostima-i-pogresnim-tumacenjima-statusa-javnih-narucitelja/>, pristupljeno 18. lipnja 2024.

¹³ Presuda SEU-a od 5. listopada 2017. u predmetu C-567/22, ECLI:EU:C:2017:736.

Za potrebe ocjene toga je li neko tijelo obuhvaćeno pojmom „tijelo kojim se upravlja na temelju javnog prava” u smislu članka 1. stavka 9. drugog podstavka točke (a) Direktive 2004/18 također je potrebno da ono zadovoljava potrebe u općem interesu koje nemaju industrijski ili trgovački karakter.

S tim u vezi, valja navesti da ocjenu tog karaktera treba izvršiti uzimajući u obzir sve relevantne pravne i činjenične elemente, poput okolnosti koje su postojale prilikom osnivanja predmetnog tijela i uvjeta u kojima je obavljalo djelatnosti radi zadovoljavanja potreba u općem interesu, uključujući, među ostalim, nepostojanje tržišnog natjecanja na tržištu, nepostojanje slijeđenja cilja ostvarenja dobiti, nepostojanje preuzimanja rizika povezanih s tim djelatnostima te eventualno javno financiranje predmetnih djelatnosti.

Kao što je to Sud presudio, ako, kad je riječ o zadovoljavanju potreba općem interesu, predmetno tijelo djeluje pod normalnim tržišnim uvjetima, slijedi cilj ostvarenja dobiti i snosi gubitke povezane s obavljanjem tih djelatnosti, malo je vjerojatno da potrebe koje nastoji zadovoljiti nemaju industrijski ili trgovački karakter (presuda od 16. listopada 2003., Komisija/Španjolska, C-283/00, EU:C:2003:544, t. 81. i 82. i navedena sudska praksa).

Međutim, postojanje razvijenog tržišnog natjecanja ne omogućuje samo po sebi zaključak da ne postoji potreba u općem interesu koja nema industrijski ili trgovački karakter.¹⁴

Dakle, SEU sugerira da pravna osoba koja je osnovana radi zadovoljavanja potreba u javnom interesu, ali kumulativno ispunjava sljedeće uvjete

- djeluje pod normalnim tržišnim uvjetima
- slijedi cilj ostvarenja dobiti i
- snosi gubitke povezane s tom djelatnosti

neće biti javni naručitelj jer su oni industrijskog ili trgovačkog karaktera. Također, vrijedi i obratno; ako pravna osoba ne ispunjava navedene uvjete, riječ je o javnom naručitelju.

2.1.2. Sektorski naručitelji

Sektorski naručitelji jesu, sukladno članku 7. stavku 1. ZJN-a:

1. *javni naručitelji koji obavljaju jednu od sektorskih djelatnosti*
2. *trgovačka društva u kojima javni naručitelj ima ili može imati, izravno ili neizravno, prevladavajući utjecaj na temelju svojeg vlasništva, financijskog*

¹⁴ *Ibid.*, par. 42-45.

3. *udjela ili na temelju pravila kojima je društvo uređeno i koja obavljaju jednu od sektorskih djelatnosti*¹⁵
4. *drugi subjekti koji obavljaju jednu od sektorskih djelatnosti na temelju posebnih ili isključivih prava koja im je dodijelilo nadležno tijelo*.¹⁶

Smatramo i da sektorski naručitelji ulaze u pojam javnopravnih tijela u smislu ZUP-a s obzirom na već spomenuto prošireno područje njegove primjene (v. članak 3. ZUP-a) i zamjenu pojma „tijela javne vlasti“ s pojmom „javnopravna tijela“. Kod sektorskih naručitelja upravo je riječ o različitim subjektima koji postupaju u području upravnog prava ili pružaju javne usluge koje ZUP uključuje u novi izraz javnopravnih tijela koja potpadaju pod njegovu primjenu.

Sukladno citiranjem članka 7. ZJN-a, sektorski naručitelji mogu biti i javni naručitelji. Prevladavajući utjecaj javnog naručitelja stavlja sektorskog naručitelja u potpunosti pod javnopravni nadzor, a dodjeljivanjem posebnih i isključivih prava sektorski naručitelji stavljaju se u povlašteni tržišni položaj. Sve ove okolnosti, jednako kao i kod tijela javnog prava, ukazuju na to da će i sektorski naručitelji u nekom aspektu obavljanja svojih poslova potpasti pod dužnost primjene ZUP-a, a svakako su dužni postupati po ZUP-u kad provode postupke javne nabave kao javnu ovlast (v. poglavlje 2.2.). Sektorski naručitelji u pravilu će imati i druge javne ovlasti koje proizlaze iz njihova povlaštenog položaja zaštićenog od tržišne konkurencije, što se, po potrebi, može ispitati od slučaja do slučaja.

2.2. Rješava li se u postupku javne nabave o upravnoj stvari?

Rješavanje upravnih stvari jedan je od temeljnih poslova državne uprave koji pripada skupini poslova neposredne provedbe zakona. Taj posao, sukladno Ustavu Republike Hrvatske¹⁷ i Zakonu o sustavu državne uprave,¹⁸ može zakonom biti prenesen i jedinicama lokalne i područne (regionalne) samouprave, kao i drugim pravnim osobama te se obavlja kao javna ovlast.

¹⁵ Članak 7. stavak 2. ZJN-a glasi:

Smatra se da javni naručitelj ima prevladavajući utjecaj u smislu stavka 1. točke 2. ovoga članka ako, izravno ili neizravno:

1. *ima većinu upisanog kapitala društva, ili*
2. *kontrolira većinu glasova koji se odnose na dionice koje je društvo izdalo, ili*
3. *može imenovati više od polovine članova nadzornog, upravnog ili odgovarajućeg tijela za upravljanje te vođenje poslova društva.*

¹⁶ Članak 7. stavak 3. ZJN-a glasi:

Posebna ili isključiva prava u smislu ovoga članka su prava koja dodjeljuje nadležno tijelo na temelju zakona, podzakonskog propisa ili akta uprave čiji učinak je ograničavanje obavljanja sektorske djelatnosti na jednog ili više subjekata te koje značajno utječu na mogućnost drugih subjekata da obavljaju takvu djelatnost.

¹⁷ Ustav 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 – pročišćeni tekst, 5/14.

¹⁸ Zakon o sustavu državne uprave, Narodne novine br. 66/19.

Člankom 2. ZUP-a određeno je kako se upravnom stvari smatra 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.

Sukladno navedenom, ovo su uvjeti koji moraju biti ispunjeni kako bi se pravna stvar smatrala upravnom stvari:

- o njoj mora rješavati javnopravno tijelo,
- javnopravno tijelo mora rješavati o pravima, obvezama ili pravnim interesima fizičke ili pravne osobe ili drugih stranaka,
- u rješavanju se moraju neposredno primjenjivati zakoni, drugi propisi i opći akti kojima se uređuje odgovarajuće upravno područje.

O statusu javnih i sektorskih naručitelja kao javnopravnih tijela pisali smo *supra*.

Da bi bila riječ o upravnoj stvari, javnopravno tijelo mora rješavati o pravima, obvezama ili pravnim interesima fizičke ili pravne osobe ili drugih stranaka. Mnoga su prava o kojima se rješava u upravnim postupcima jasno izražena u zakonima, drugim propisima i općim aktima.¹⁹

Kada je riječ o pravnim interesima, i upravnoppravna teorija i sudska praksa smatraju da pravni interes ne može biti bilo kakav, već mora biti utemeljen na zakonu i zakonom zaštićen, što znači da treba proizlaziti iz upravnoppravnih propisa. U ovom slučaju riječ je o Zakonu o javnoj nabavi. Gospodarski subjekti koji sudjeluju u postupcima javne nabave imaju na zakonu utemeljen i zakonom zaštićen interes o kojem naručitelji odlučuju. Postupci javne nabave omogućavaju da se kod nabave dobara, radova ili usluga postigne najbolja vrijednost i kvaliteta proizvoda trošenjem najmanje mogućeg iznosa javnih sredstava. Jamči se jednak pristup te se štiti slobodno poduzetništvo i učinkovitost tržišnog natjecanja, a ujedno i sprečavaju koruptivna djelovanja.²⁰ To su sve, kako kolektivni, tako i pojedinačni pravni interesi zaštićeni Ustavom kroz ustavne odredbe o jednakosti svih pred zakonom (članak 14. Ustava) i jamstvom poduzetničkih i tržišnih sloboda (članak 49. Ustava). Osim toga, pravno uređeni postupci javne nabave mogu se promatrati i kao poseban pojavni oblik ostvarenja jedne od najviših vrednota ustavnopravnog poretka – vladavine prava (članak 3. Ustava).²¹ Stoga, s obzirom na to da naručitelji (i javni i sektorski) odlučuju s kojim će od gospodarskih subjekata sklopiti ugovor o javnoj nabavi, oni odlučuju o pravnim interesima pravnih osoba ili drugih stranaka (npr. zajednica ponuditelja). Provodeći postupke javne nabave, i javni i sektorski naručitelji primjenjuju ZJN, relevantne pravilnike i druge opće akte, a sve navedeno pravni su propisi kojima se

¹⁹ Primjerice, pravo na pristup informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti koje uređuje Zakon o pravu na pristup informacijama, Narodne novine br. 25/13, 85/15, 69/22, a zajamčeno je Ustavom (članak 38. st. 4.).

²⁰ V. o ciljevima javne nabave v. Turudić, M., *op. cit.* (bilj. 9), str. 11-23.

²¹ V. o pravu javne nabave kao izrazu vladavine prava Manunza, E., *Public Procurement Law as an Expression of the Rule of Law: On How the Legislature and the Courts Create a Layered Dynamic Legal System Based on Legal Principles*, Public Procurement Law Review, volume 32, issue 5, str. 319-334.

uređuje upravno područje javne nabave. Na temelju svega navedenoga, smatramo kako se nedvojbeno u postupku javne nabave rješava o upravnoj stvari.

2.3. Mora li ugovor o javnoj nabavi zakonom biti određen kao upravni ugovor?

Obveza sklapanja ugovora o javnoj nabavi, te obveza sklapanja ugovora u pisanom obliku, propisana je člankom 312. ZJN-a:

- 1) Ugovorne strane sklapaju ugovor o javnoj nabavi ili okvirni sporazum u pisanom obliku u roku od 90 dana od dana izvršnosti odluke o odabiru.

Sukladno navedenome, jasno je kako ZJN izričito propisuje obvezu sklapanja ugovora o javnoj nabavi i obvezu pisanog oblika ugovora o javnoj nabavi, te stoga smatramo kako su i predmetni uvjeti kako bi se ugovor o javnoj nabavi smatrao upravnim ugovorom ispunjeni.

Ovdje je posebno važno navesti kako se u dijelu teorije status ugovora o javnoj nabavi kao upravnog ugovora osporava činjenicom da ZJN ugovor o javnoj nabavi izričito ne određuje kao upravni ugovor. Ovakav formalistički stav smatramo pogrešnim, te smatramo kako je besmisleno zanemarivati sve navedene podudarnosti upravnog ugovora i ugovora o javnoj nabavi nauštrb normativnog određenja. Isti stav iznose i Staničić i Šikić u kontekstu ugovora o koncesijama (prije nego li je ugovor o koncesijama zakonom bio određen kao upravni ugovor).²²

2.4. Relevantne odredbe ZJN-a

Zagovornici građanskopravne prirode ugovora o javnoj nabavi ističu stavak 3. članka 313. ZJN-a kojim je propisano kako se na odgovornost strana za ispunjenje ugovora, uz ZJN, primjenjuju i odredbe ZOO-a. Ovdje se jedino zaboravlja kako je primjena ZOO-a propisana podredno ZJN-u. Također, člankom 151. stavkom 2. ZUP-a također se podredno propisuje primjena ZOO-a kod ništetnosti ugovora, što bi po navedenoj logici značilo da je i upravni ugovor u biti građanskopravni ugovor.

Također, u ovom kontekstu iznimno su važne i odredbe ZJN-a kojima se naglašava javnopravni karakter ugovora o javnoj nabavi i kojima se ograničava diskrecijsko postupanje kod izmjena ugovora:

- ugovor o javnoj nabavi mora biti sklopljen u skladu s uvjetima iz dokumentacije o nabavi i u skladu s odabranom ponudom,²³
- samo javni naručitelj ima obvezu kontrolirati je li izvršenje ugovora o javnoj nabavi u skladu s uvjetima iz dokumentacije o nabavi i odabranom ponudom,²⁴

²² Šikić, M.; Staničić, F., *Pravna narav ugovora o koncesiji*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 48, 2/2011., str. 439.

²³ Članak 312. stavak 2. ZJN-a.

²⁴ Članak 313. stavak 2. ZJN-a.

- ako izmjene ugovora izađu izvan okvira dopuštenih ZJN-om – samo naručitelj obavezan je odmah raskinuti ugovor i pokrenuti novi postupak javne nabave,²⁵
- propisana su značajna ograničenja razloga i vrijednosti izmjena sklopljenog ugovora o javnoj nabavi²⁶ te
- značajna ograničenja zamjene originalnog ugovaratelja novim.²⁷

3. RJEŠENJE VSRH-A BROJ: REV 139/2023-5 OD 8. STUDENOG 2023.

Rješenjem VSRH-a od 23. ožujka 2022.²⁸ dopuštena je revizija drugostupanjske presude Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske (VTSRH) zbog tri pravna pitanja, od kojih je u kontekstu ovog rada najvažnije pitanje:

- je li ugovor o javnoj nabavi upravni ugovor ili ugovor građanskog prava, uzimajući u obzir njegov sadržaj i postupak koji prethodi sklapanju ugovora o javnoj nabavi?²⁹

VSRH 8. studenog 2023. donosi rješenje³⁰ kojim se ukidaju presude VTSRH-a i Trgovačkog suda u Zagrebu te se predmet vraća prvostupanjskom sudu na ponovno suđenje. Važno je napomenuti kako se u predmetnom rješenju i cjelokupnom predmetu tumače odredbe ranijeg ZJN-a 2011.,³¹ ali, budući da su odredbe relevantne odredbe oba ZJN-a identične, sve navedeno u rješenju primjenjivo je i na današnje pravno uređenje.

VSRH ističe kako valjanost ugovora o javnoj nabavi prema odredbama ZJN-a treba tumačiti prema posebnom pravnom uređenju upravnog ugovora u smislu odredbi čl. 150. – 154. ZUP-a, kod kojeg se ugovora, shodno odredbama čl. 105. st. 8. ZJN-a 2011.,³² na odgovornost ugovornih strana za ispunjenje obveza iz ovog ugovora odgovarajuće primjenjuju odredbe ZOO-a.³³

VSRH dalje ističe kako odredbe ZUP-a koje određuju upravni ugovor (da su ugovorne strane javnopravno tijelo i stranka u upravnom postupku, da se sklapa u vezi s izvršenjem prava i obveza utvrđenih u rješenju kojim je riješena upravna stvar,

²⁵ Članak 314. stavak 2. ZJN-a.

²⁶ Članak 316. i 317. ZJN-a.

²⁷ Članak 318. ZJN-a.

²⁸ Revd 4129/2021-2.

²⁹ Ostala pitanja bila su sljedeća:

- 1) imaju li odredbe čl. 99. i čl. 105. Zakona o javnoj nabavi („Narodne novine“ broj 90/11, 83/13, 143/13 i 13/14) karakter prisilnih propisa i je li stoga ništetan ugovor sklopljen u postupku javne nabave protivno navedenim odredbama?
- 2) *ima li odredba čl. 25. st. 5. Zakona o učinkovitom korištenju energije u neposrednoj potrošnji, karakter prisilnog propisa koji čini ništetnim zaključenje ugovora suprotno navedenim odredbama?*

³⁰ Rev 139/2023-5.

³¹ Zakon o javnoj nabavi, Narodne novine br. 90/11, 83/13, 143/13, 13/14.

³² Odredba je identična odredbi stavka 3. članka 313. ZJN-a.

³³ Rješenje br. Rev 139/2023-5, t. 9.

te da je sklapanje takvog ugovora predviđeno zakonom) treba tumačiti u skladu s odredbama ZJN-a kojima je strogo propisan postupak koji prethodi sklapanju ugovora o javnoj nabavi (u kojem su naručitelji obvezni poštovati izrijekom propisana načela, moraju primjenjivati odredbe ZJN-a na način koji omogućava učinkovitu javnu nabavu i ekonomično trošenje sredstava za javnu nabavu), te koje odredbe posebno ograničavaju dispoziciju ugovornih strana pri sklapanju i izmjeni ovog ugovora, što pri ocjeni valjanosti ugovora o javnoj nabavi opravdava primjenu šire propisanih razloga za ništetnost ugovora prema ZUP-u od onih propisanih odredbama ZOO-a.³⁴

Navedenim rješenjem VSRH razrješava dugogodišnje dvojbe u pravnoj prirodi ugovora o javnoj nabavi – nedvojbeno smještajući taj ugovor u upravne ugovore. Ovdje nije važno samo izričito vezivanje ugovora o javnoj nabavi za odredbe o upravnom ugovoru ZUP-a, već i činjenica da VSRH odredbe članka 150. ZUP-a kojim se navode glavne odrednice upravnih ugovora (o kojima je bilo riječi *supra*) izričito vezuje za odredbe ZJN-a iz kojih se može izvesti zaključak u javnopravnoj prirodi ugovora o javnoj nabavi. To se prije svega odnosi na strogo propisani javnonabavni postupak i značajna ograničenja prilikom izmjena javnonabavnog ugovora. Takvim stavom VSRH poručuje kako je sama priroda ugovora o javnoj nabavi javnopravna, što bi je trebalo činiti otpornom i na moguće buduće pokušaje da se ugovor o javnoj nabavi normativno odredi građanskopravnim ugovorom.

Ovakav konačni zaokret u pravnoj prirodi izuzetno važnog javnonabavnog instituta za sobom povlači nužnost mnogih normativnih promjena i doktrinarnih preispitivanja prava javne nabave u Republici Hrvatskoj. U nastavku rada prikazat ćemo glavne implikacije, te nužne zakonodavne izmjene u skoroj budućnosti.

4. POSLJEDICE RJEŠENJA VSRH-A

Prikazano rješenje VSRH-a imat će čitav niz posljedica na hrvatsko pravo javne nabave, koje će se morati adresirati u nužnim i budućim izmjenama ZJN-a. Naravno, glavna posljedica jest činjenica da je ugovor o javnoj nabavi sada nedvojbeno upravni ugovor, ali koje su druge?

Prije svega, pravo javne nabave čvrsto je usidreno u javno (upravno) pravo, budući da je privatnopravni utjecaj skoro u potpunosti uklonjen iz ugovorne faze. Na ovaj način dodatno se naglašava javna funkcija javnog nabavljanja, te se posljedično jače naglašava nužnost zadovoljavanja javnog interesa kroz javnonabavne postupke – naravno da nijedan obveznik ZJN-a ne provodi postupke javne nabave za zadovoljavanje privatnih potreba. Ipak, režim ugovora o javnoj nabavi kao građanskopravnog ugovora navedeno je dovodio u pitanje.

³⁴ *Ibid.*

Ostale posljedice koje ćemo razmotriti u nastavku rada odnose se na pravnu prirodu postupka javne nabave i odluke o odabiru, nadležnost za rješavanje ugovornih sporova, arbitražu i jednostavnu nabavu.

4.1. Postupak javne nabave i odluka o odabiru

Ni trenutno važeći ni raniji ZJN-ovi nisu izričito definirali postupak javne nabave kao upravni postupak – štoviše, ne postoji nikakva definicija niti određivanje postupka javne nabave. Stoga je u teoriji i praksi bilo zastupljeno stajalište kako je postupak javne nabave *sui generis* postupak, a nikako upravni postupak.³⁵ Na takvo stajalište nije utjecala ni činjenica da se protiv odluke o odabiru s kojom završava javnonabavni postupak podnosi žalba i da o žalbi odlučuje Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (DKOM), javnopravno tijelo u upravnom postupku.³⁶

Slična argumentacija i iz sličnih razloga primjenjivala se i na odluku o odabiru, koju se često smatralo – aktom poslovanja.

Rješenje VSRH-a nedvojbeno rješava i ova dva pitanja, te sada postupak javne nabave treba smatrati upravnim postupkom, a odluke o odabiru upravnim aktima. Naime, upravne ugovore moguće je sklopiti isključivo na temelju rješenja (upravnog akta). Ugovor o javnoj nabavi sklapa se na temelju odluke o odabiru. Ako je ugovor o javnoj nabavi – upravni ugovor, onda je i odluka o odabiru – upravni akt. Dalje, upravni akt moguće je donijeti isključivo na temelju provedenog upravnog postupka, što znači da je i odluku o odabiru moguće donijeti isključivo na temelju upravnog postupka. Dakle, sukladno navedenome, postupak javne nabave jest upravni postupak.

Ove su promjene i od velike praktične važnosti, budući da će gospodarski subjekti u postupcima javne nabave sada na raspolaganju imati i institute ZUP-a kako bi bolje zaštitili svoja prava i interese, ali nedvojbeno imaju i dodatna procesna jamstva transparentnog postupka koja su im često bila negirana shvaćanjem kako postupak javne nabave nije upravni postupak.

4.2. Raskid ugovora i nadležnost za sporove

U kontekstu raskida ugovora o javnoj nabavi nužno dolazi do velikih promjena.

Člankom 153. ZUP-a propisano je sljedeće:

- (1) *Kad se javnopravno tijelo i stranka ne suglase o izmjeni ugovora ili ako javnopravno tijelo ili treće osobe uključene u upravni ugovor na takvu izmjenu ne pristanu, javnopravno tijelo može jednostrano raskinuti upravni ugovor.*

³⁵ Vidi npr. i rješenje DKOM-a Klasa UP/II-034-02/21-01/620, Urbroj: 354-01/21-3 od 15. srpnja 2021.

³⁶ "Žalbeni postupak vodi se prema odredbama ovoga Zakona i Zakona o općem upravnom postupku." – članak 399. stavak 1. ZJN-a.

- (2) *Ako stranka ne ispunjava obveze iz upravnog ugovora, javnopravno tijelo jednostrano će raskinuti upravni ugovor. Ako je neispunjavanjem obveze iz ugovora javnopravnom tijelu nastala šteta, to tijelo ima pravo od stranke potraživati naknadu štete.*
- (3) *Javnopravno tijelo može jednostrano raskinuti upravni ugovor i kad je to potrebno radi otklanjanja teške i neposredne opasnosti za život i zdravlje ljudi i javnu sigurnost, ako se to ne bi moglo otkloniti drugim sredstvima kojima bi se manje diralo u stečena prava.*
- (4) *Javnopravno tijelo raskida upravni ugovor rješenjem u kojem moraju biti navedeni i obrazloženi razlozi raskida i određen iznos štete ukoliko je javnopravnom tijelu šteta nastala.*
- (5) *Protiv rješenja o raskidu upravnog ugovora može se pokrenuti upravni spor.*

Dakle, izričito je propisano kako samo i isključivo javnopravno tijelo može raskinuti ugovor. Takvim odredbama o raskidu upravnog ugovora naglašava se davanje prednosti javnom interesu nad privatnim, te se želi dodatno zaštititi javnopravno tijelo u fazi izvršenja ugovora. Dakle, u kontekstu javne nabave, isključivo će naručitelji imati pravo jednostranog raskida ugovora. Naravno, to pravo nije neograničeno, već se može koristiti sukladno citiranim odredbama članka

153. ZUP-a. Naručitelji će morati posebno paziti kada će i zbog kojih okolnosti pokrenuti raskid ugovora, budući da se o raskidu odlučuje obrazloženim rješenjem koje može biti predmet upravnog spora koji će pokrenuti ugovaratelj.

Ugovaratelj je zaštićen od nezakonitih raskida ugovora o javnoj nabavi s mogućnosti pokretanja upravnog spora, ali ima na raspolaganju pravna sredstva kojima će se zaštititi i od neispunjavanja obveza naručitelja pri izvršavanju ugovora o javnoj nabavi: prigovor tijelu koje obavlja nadzor nad naručiteljem koje o prigovoru mora odlučiti rješenjem, i onda upravni spor.³⁷

Velika je promjena i pitanje nadležnosti za rješavanje sporova. Do sada su se sporovi o izvršenju ugovora o javnoj nabavi vodili pred trgovačkim sudovima i Visokom trgovačkom sudu. Sada će se sporovi voditi pred upravnim sudovima s obzirom na to da je predmet upravnog spora i ocjena zakonitosti sklapanja, raskidanja i izvršavanja upravnog ugovora.³⁸ Osim toga, tužbom u upravnom sporu može se zahtijevati i oglašivanje ništetnim upravnog ugovora.³⁹ Smatramo kako je promjena dobrodošla, budući da upravni suci već rješavaju javnonabavne sporove i bolje poznaju tu materiju u odnosu na trgovačke suce. Također, smatramo da je

³⁷ Članak 154. ZUP-a glasi:

- (1) *Zbog neispunjavanja ugovornih obveza javnopravnog tijela stranka može izjaviti prigovor. Prigovorom se može tražiti i naknada štete nastale neispunjavanjem ugovora.*
- (2) *Prigovor se izjavljuje i predaje tijelu koje na temelju zakona obavlja nadzor nad javnopravnim tijelom s kojim je stranka sklopila upravni ugovor.*
- (3) *O prigovoru se odlučuje rješenjem protiv kojeg se može pokrenuti upravni spor.*

³⁸ V. članak 3. stavak 1. točka 4. Zakona o upravnim sporovima, Narodne novine br. 36/24 (ZUS).

³⁹ V. članak 38. stavak 2. točka 4. ZUS-a.

razumijevanje i znanje o javnom interesu i javnom pravu istaknutije na upravnim sudovima.

Ipak, zakonodavac će morati odlučiti hoće li se sporovi vezani za ugovore o javnoj nabavi rješavati pred prvostupanjским upravnim sudovima, ili će se rješavati izravno pred Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske (VUSRH). Smatramo kako je, zbog ujednačenosti s javnonabavnim pravnim lijekovima,⁴⁰ VUSRH bolje rješenje.

Također, važno je primijetiti kako se velik broj dosadašnjih sporova iz izvršenja ugovora o javnoj nabavi rješavao raznim oblicima alternativnih rješavanja sporova – arbitražama.⁴¹ Posebno su važne arbitraže na temelju ugovora FIDIC, ali i arbitraže koje se provode u okviru Stalnog arbitražnog sudišta Hrvatske gospodarske komore (HGK). Ne vidimo načelne prepreke za rješavanje sporova iz javnonabavnih ugovora arbitražom, pogotovo zato što je u ugovorima o koncesiji (otkad su izričito proglašeni upravnim ugovorima) uobičajeno stavljati odredbe o mirenju i arbitraži.

4.2. Jednostavna nabava

Sve navedene promjene u pravu javne nabave, a posebno promjene koje se tiču određivanja postupka javne nabave kao upravnog postupka mogle bi imati i značajne posljedice na postupke jednostavne nabave, a posebno na (ne)mogućnost korištenja pravnih lijekova u postupcima jednostavne nabave.⁴²

Jednostavna nabava jest nabava u kojoj je predmet nabave vrijednosti manje od 26.540,00 eura za robu i usluge te provedbu projektnih natječaja i manje od 66.360,00 eura za radove (bez PDV-a). Glavni je cilj odredbi i pragova o jednostavnoj nabavi omogućiti javnim i sektorskim naručiteljima lakšu i učinkovitiju nabavu robe, usluga i radova manje vrijednosti, budući da bi se obvezom provođenja postupka javne nabave i za jednostavnu nabavu značajno poskupila takva nabava, ali i potencijalno prouzročilo nerazmjerno veliku potrošnju vremena i resursa javnih i sektorskih naručitelja na značajno veći broj postupaka javne nabave.⁴³ Kako se na jednostavnu nabavu (u najvećoj mjeri) neće primjenjivati odredbe ZJN-a, tako se neće moći ni podnijeti žalba DKOM-u na postupanje naručitelja.

Postupci jednostavne nabave u Republici Hrvatskoj predstavljaju svojevrsnu „crnu rupu“, jer pravni lijekovi ne postoje, a upravni nadzor iznimno se rijetko

⁴⁰ O stanju javnonabavnih pravnih lijekova u Republici Hrvatskoj više vidi u Turudić, M., *On the limiting of remedies in Croatian public procurement: has it gone too far?*, Public Procurement Law Review, 5/2023, str. 306-318.

⁴¹ Više o javno-privatnim arbitražama vidi u Turudić, M., *Javno-privatna arbitraža u hrvatskom pravnom poretku*, Hrvatska pravna revija 10/2015, str. 70-75.

⁴² Ovo poglavlje u jednom je dijelu prilagođeno iz blogposta Turudić, M., *Jednostavna nabava – postoji li pravni lijek?*, <https://upravnopravo.blog/2020/12/13/jednostavna-nabava-postoji-li-pravni-lijek/>, pristupljeno 21. lipnja 2024.

⁴³ *Ibid.*

koristi. Posljedica je toga da postupci koji su vrijedni oko milijardu i šesto milijuna eura godišnje⁴⁴ nisu praktički ni pod kakvim nadzorom.

O potrebi za nekom vrstom pravnih lijekova u postupcima javne nabave dugo se priča, postojali su i pokušaji da se u postupcima jednostavne nabave kao pravni lijek koristi zaštita od drugih postupanja javnopravnih tijela sukladno članku 156.⁴⁵ i članku 122. ZUP-a.⁴⁶ Ipak, takve pokušaje odbio je VUSRH svojom presudom od 13. veljače 2020.,⁴⁷ kojom navodi sljedeće:

Prema pravnom shvaćanju ovog Suda postupak javne nabave, kao postupak koji prethodi sklapanju ugovornog odnosa za nabavu robe i usluga do procijenjene vrijednosti od 200.000,00 kn odnosno radova do vrijednosti od 500.000,00 kn, ne čini upravnu stvar u smislu odredbe članka 2. ZUP-a, pa time nema mjesta niti primjeni odredbe članka 156. ZUP-a. Takav postupak javne nabave izuzet je od primjene odredaba Zakona o javnoj nabavi jer se radi o odabiru ponude u postupku tzv. bagatelne nabave pa se protiv odluke donesene u tom postupku ne može voditi upravni spor (...).

Smatramo kako ovdje VUSRH pogrešno povezuje članak 2. (definicija upravne stvari) i 156. (zaštita od drugog postupanja javnopravnog tijela) ZUP-a, ali i da pogrešno zaključuje kako se u postupku jednostavne nabave ne odlučuje o upravnoj stvari. S obzirom na to da se u postupku javne nabave odlučuje o upravnoj stvari (v. *supra* poglavlja 2.2 i 3.), vrlo je teško braniti stav kako se i u postupku jednostavne nabave ne odlučuje o upravnoj stvari. Ipak, možda najproblematičniji dio ove presude jest činjenica da se ponovno naglašava kako se protiv odluke donesene u postupku javne nabave ne može voditi upravni spor. Ovo je posebno problematično zbog prakse Ustavnog suda Republike Hrvatske (USRH), posebno Odluke od 19. svibnja 2020.,⁴⁸ sukladno kojoj

*Ustavni sud ponavlja da sukladno Ustavu, u odnosu na sve pojedinačne akte javnopravnih tijela (neovisno o tome imaju li oni ili nemaju svojstvo upravnih ili kakvih drugih akata) mora biti osigurana sudska zaštita.*⁴⁹

⁴⁴ Statističko izvješće o javnoj nabavi za Republiku Hrvatsku za 2022. godinu, http://www.javnabavna.hr/userdocsimages/userfiles/file/Statistička%20izvješća/Godišnja/Statisticko_izvjesce_JN_2022.pdf#page23, pristupljeno 21. lipnja 2024., str. 23.

⁴⁵ Članak 156. ZUP-a glasi:

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.

⁴⁶ Članak 122. ZUP-a glasi:

Prigovor se izjavljuje čelniku tijela, ako ovim Zakonom nije drukčije propisano.

Odredbe o obliku, sadržaju i predaji žalbe na odgovarajući se način primjenjuju i na prigovor.

Čelnik tijela odlučuje o prigovoru rješenjem u roku od osam dana od dana izjavljivanja prigovora.

Protiv rješenja prvostupanskog tijela o prigovoru može se izjaviti žalba, a protiv rješenja drugostupanskog tijela o prigovoru može se pokrenuti upravni spor. Ako nema drugostupanskog tijela, protiv rješenja tijela o prigovoru može se pokrenuti upravni spor.

⁴⁷ Poslovni broj: UsŽ-231/20-2.

⁴⁸ U-III-2100/2014.

⁴⁹ *Ibid.*, t. 8.1.

Kako se, sukladno rješenju VSRH-a, postupak javne nabave smatra upravnim postupkom, mijenja li to i shvaćanje o pravnoj prirodi postupka jednostavne nabave? Je li manja vrijednost predmeta nabave koji se nabavljaju postupcima jednostavne nabave dovoljan razlog da i postupke jednostavne nabave i dalje ne smatramo upravnim postupcima? Smatramo kako citirana odluka USRH-a već dulje vrijeme obvezuje zakonodavca na osiguranje sudske zaštite protiv odluka o odabiru u postupcima jednostavne nabave, a činjenica da je sada za postupke javne nabave nedvojbeno utvrđeno da su upravni postupci, pruža priliku za detaljno redefiniranje postupka jednostavne nabave i uvođenje mogućnosti korištenja pravnog lijeka.

S obzirom na manju vrijednost predmeta nabave i općenito nužnost za jednostavnijim provođenjem postupka, predlažemo kao jedini pravni lijek tužbu prvostupanjskim upravnim sudovima. U tom kontekstu, nužnim smatramo izmjenama ZJN-a propisati obvezu prvostupanjskih sudova donošenja presuda u vrlo kratkom roku, kao i otklanjanje mogućnosti podnošenja žalbe protiv presude prvostupanjskih upravnih sudova VUSRH-u.

5. ZAKLJUČAK

Rješenje VSRH, broj: Rev 139/2023-5 od 8. studenog 2023. u kojem je Vrhovni sud odgovorio da „valjanost ugovora o javnoj nabavi prema odredbama ZJN-a treba tumačiti prema posebnom pravnom uređenju upravnog ugovora u smislu odredbi čl. 150. – 154. Zakona o općem upravnom postupku“ mora se smatrati konačnom riječi u razmišljanjima i raspravama o pravnoj prirodi ugovora o javnoj nabavi kao upravnog ugovora. Osim izravnih posljedica na samo pravno određenje ugovora o javnoj nabavi, ovo rješenje ima značajan utjecaj na cijelo hrvatsko pravo javne nabave. Prije svega, potvrđuje se javnopravna i upravnopravna priroda javne nabave – kao posebnog postupka unutar upravnog prava. Postupak javne nabave određuje se kao upravni postupak, dok se odluka o odabiru određuje kao upravni akt.

Ipak, ovo rješenje ostaje najveći izazov za zakonodavca, kojem predstoje detaljne i opsežne izmjene ZJN-a. Te izmjene morat će izričito odrediti ugovor o javnoj nabavi kao upravni ugovor, postupak javne nabave kao upravni postupak, te odluku o odabiru kao upravni akt. Također, bit će nužno odrediti hoće li za sporove iz ugovora o javnoj nabavi biti nadležni prvostupanjski upravni sudovi ili VUSRH. Također, smatramo kako zakonodavac treba propisati izričitu odredbu kojom se

dopušta korištenje alternativnih načina rješavanja sporova koji proizlaze iz ugovora o javnoj nabavi.⁵⁰

Ono što je posebno važno jest uvesti pravne lijekove u postupke jednostavne nabave, te osmisлити pravi pristup rješavanju navedenog problema. Smatramo kako je najbolje rješenje i protiv odluka o odabiru u postupcima jednostavne nabave omogućiti iste pravne lijekove kao i u postupcima javne nabave – žalbu DKOM-u i tužbu protiv rješenja DKOM-a, s time da bi se moglo promisliti je li nužno da i ti upravni sporovi budu u prvostupanjskoj nadležnosti VUSRH-a. Postupci jednostavne nabave vode se prema manje složenim pravilima, pa je stoga za očekivati i puno brže i jednostavnije žalbene postupke i upravne sporove. Također smatramo važnim razmotriti propisivanje zabrane izravnog ugovaranja neovisno o vrijednosti predmeta jednostavne nabave, odnosno propisivanje obveze otvorenog traženja minimalno tri ponude u svakom postupku jednostavne nabave.

LITERATURA

Knjige i članci

1. Koprić, I., Nikšić, S., *Upravni ugovori – područje primjene i primjena prava*, u: Barbić, J.; Giunio, M. (ur.), Zbornik 48. susreta pravnika, Opatija '10, Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu, Zagreb, 2010.
2. Ljubanović, B., *Upravni ugovori i upravno sudovanje*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 47, 1/2010.
3. Ljubanović, B.; Britvić Vetma, B., *Hrvatsko pravo javne nabave – usklađenost s pravom EU*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 48, 2/2011.
4. Manunza, E., *Public Procurement Law as an Expression of the Rule of Law: On How the Legislature and the Courts Create a Layered Dynamic Legal System Based on Legal Principles*, Public Procurement Law Review, volume 32, issue 5
5. Pejaković, S., *Je li ugovor o javnoj nabavi upravni ugovor?* (dva dijela), Informator br. 6171/2013 i br. 6172/2013
6. Šikić, M., Staničić, F., *Pravna narav ugovora o koncesiji*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 48, 2/2011.
7. Turudić, M., *Javno-privatna arbitraža u hrvatskom pravnom poretku*, Hrvatska pravna revija 10/2015.

⁵⁰ Pri tome može kao uzor poslužiti članak 97. Zakona o koncesiji (NN 69/17, 107/20.): ...

- (1) Stranke ugovora o koncesiji rješavanje sporova koji nastanu ili bi mogli nastati iz ugovora o koncesiji mogu podvrgnuti arbitraži, osim ako to posebnim zakonom nije drukčije uređeno.
- (2) Mjesto arbitraže iz stavka 2. ovoga članka je na području Republike Hrvatske, a u arbitražnom postupku isključivo je mjerodavno pravo Republike Hrvatske i jezik arbitraže je hrvatski jezik. Ako je ugovor o koncesiji napisan na hrvatskom jeziku i stranom jeziku, mjerodavna je inačica na hrvatskom jeziku.
- (3) Ugovorom o koncesiji kojim se omogućava arbitraža iz stavka 2. ovoga članka mora se navesti obveza prethodnog obraćanja drugoj ugovornoj strani sa zahtjevom za mirno rješenje spora koji ne može biti kraći od tri mjeseca od dana dostave zahtjeva za mirenje.
- (4) Pravila postupka iz stavka 2. ovoga članka određuju se u skladu sa zakonom kojim se uređuje arbitraža.

8. Turudić, M., Komentar Zakona o javnoj nabavi, Zgombić i partneri, Zagreb, 2018.
9. Turudić, M., *On the limiting of remedies in Croatian public procurement: has it gone too far?*, Public Procurement Law Review, 5/2023.
10. Turudić, M., *Pravo javne nabave*, Narodne novine, Zagreb, 2017.
11. V. Caranta, R.; Sanchez Graells, A. (ur.), Commentary on Directive 2014/24/EU, Edward Elgar, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2021.

Pravni akti

1. Prijedlog Zakona o općem upravnom postupku Vlade Republike Hrvatske, P.Z.E. br. 168, rujan 2008.
2. Uredba o postupku nabave roba i usluga i ustupanju radova, Narodne novine br. 13/95
3. Ustav 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 - pročišćeni tekst, 5/14
4. Zakon o javnoj nabavi, Narodne novine, br. 120/16, 114/22
5. Zakon o javnoj nabavi, Narodne novine, br. 90/11, 83/13, 143/13, 13/14
6. Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21, 114/22, 156/22, 155/23
7. Zakon o općem upravnom postupku, Narodne novine, br. 47/09, 110/21
8. Zakon o pravu na pristup informacijama, Narodne novine, br. 25/13, 85/15, 69/22
9. Zakon o sustavu državne uprave, Narodne novine, br. 66/19
10. Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 36/24
11. Zakona o koncesijama, Narodne novine, br. 69/17, 107/20

Sudska praksa

1. U-III-2100/2014
2. Presuda SEU-a od 5. listopada 2017. u predmetu C-567/22, ECLI:EU:C:2017:736
3. Poslovni broj: Usž-231/20-2
4. Rev 139/2023-5
5. Rješenje Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Revd 4129/2021-2

Praksa upravnih tijela

1. Rješenje Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, Klasa UP/II-034-02/21-01/620, Urbroj: 354-01/21-3 od 15. srpnja 2021.

Mrežni izvori

1. Statističko izvješće o javnoj nabavi za Republiku Hrvatsku za 2022. godinu, http://www.javnanaabava.hr/userdocsimages/userfiles/file/Statistička%20izvješća/Godišnja/Statisticko_izvjescje_JN_2022.pdf#page23, 21. lipnja 2024.
2. Turudić, M., *Jednostavna nabava – postoji li pravni lijek?*, <https://upravnopravo.blog/2020/12/13/jednostavna-nabava-postoji-li-pravni-lijek/>, 21. lipnja 2024.

3. Turudić, M., *Pravna priroda ugovora o javnoj nabavi u hrvatskom pravnom poretku*, Fondacija Centar za javno pravo, https://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Marko_Turudic3.pdf, 17. lipnja 2024.
4. Turudić, M., *Tko su sve naručitelji? – o nedorečenostima i pogrešnim tumačenjima statusa javnih naručitelja*, <https://upravnopravo.blog/2024/06/04/tko-su-sve-narucitelji-o-nedorecenostima-i-pogresnim-tumacenjima-statusa-javnih-narucitelja/>, 18. lipnja 2024.

RÉSUMÉ:

LA NATURE JURIDIQUE DU CONTRAT DE COMMANDE PUBLIQUE

Cet article analyse la nature juridique des contrats de marchés publics en Croatie. Pendant longtemps, ces contrats étaient considérés comme des contrats de droit civil. Toutefois, depuis l'entrée en vigueur de la Loi sur la procédure administrative générale en 2010, une nouvelle réflexion doctrinale et judiciaire a conduit à reconnaître leur caractère administratif. L'étude démontre que les contrats de marchés publics remplissent les conditions nécessaires pour être qualifiés de contrats administratifs, car ils sont conclus par des organismes publics, dans le cadre d'une procédure administrative, et dans l'intérêt public. Une attention particulière est accordée à la décision de la Cour suprême croate du 8 novembre 2023, qui a définitivement confirmé que les contrats de marchés publics sont des contrats administratifs. Cette décision représente un tournant important dans le droit croate des marchés publics, puisqu'elle renforce le rôle du droit administratif et réduit l'influence du droit privé dans l'exécution de ces contrats. L'article souligne également plusieurs conséquences pratiques de cette évolution. Les procédures de marchés publics doivent désormais être considérées comme des procédures administratives, tandis que les décisions d'attribution deviennent des actes administratifs. Les litiges relatifs à l'exécution ou à la résiliation des contrats devraient relever de la compétence des juridictions administratives. Enfin, les auteurs estiment qu'il sera nécessaire de modifier la législation afin d'adapter le système juridique à cette nouvelle qualification et d'assurer une meilleure protection des droits des opérateurs économiques.

Christine Maugué*

LES CONTENTIEUX DE LA VALIDITE DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

UDK / UDC: 351.712.028

DOI: 10.31141/zrpfj.2025.62.156.293

Izlaganje sa znanstvenog skupa / Conference paper

Primljeno / Received: 28.1.2025.

Après les contentieux de la passation des contrats, il convient de parler des recours tendant à la remise en cause des contrats signés. En ce domaine, le paysage contentieux a été profondément rénové depuis les années 2000. Pour présenter les choses, il faut partir de la distinction entre les recours des tiers et les recours des parties au contrat.

1. LE RECOURS DES TIERS

- a. La solution antérieure : un recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable était seul possible, l'annulation de l'acte détachable était par elle-même dépourvue de répercussions sur le contrat.

Rappel de la jurisprudence Martin de 1905

Sa justification était de ne pas permettre à des tiers de venir perturber les contrats, considérés comme l'affaire des parties : l'annulation d'un acte détachable du contrat pouvait tout au plus conduire, si elle avait causé un préjudice à un tiers, à une réparation sous la forme du versement d'une indemnité

- b. Un lien est progressivement apparu entre les deux avec les nouveaux pouvoirs dévolus au juge administratif pour assurer l'exécution de ses décisions :

Les nouveaux pouvoirs conférés au juge administratif par la loi du 8 février 1995 lui ont donné la possibilité d'adresser des injonctions quand l'exécution d'une décision implique nécessairement un comportement déterminé.

Cela a permis au juge administratif de contraindre les parties, dans certains cas, à mettre fin au contrat, alors même qu'il continuait à ne pouvoir annuler que les actes détachables des contrats.

cf la jurisprudence Société Ophrys de 2011 :

« L'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement que le contrat en cause doive être annulé. Il appartient au juge de l'exécution, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de

* Christine Maugué, conseillère d'Etat

mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, d'enjoindre à la personne publique de résilier le contrat, le cas échéant avec un effet différé, soit, eu égard à une illégalité d'une particulière gravité, d'inviter les parties à résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée ».

Le juge de l'exécution pouvait soit ne jamais être saisi, soit être saisi très postérieurement à une annulation, ce qui était générateur d'une insécurité durable.

- c. Très critiquée, la jurisprudence administrative a évolué vers l'admission progressive du recours des tiers contre les contrats de la commande publique

cf la jurisprudence Tropic Travaux en 2007, pour les concurrences évincés, puis la jurisprudence Tarn-et-Garonne en 2014, pour tous les tiers intéressés

- a. Le recours des tiers contre le contrat est un recours de plein contentieux, et non un recours pour excès de pouvoir, ce qui a deux conséquences :

les requérants doivent se prévaloir d'un intérêt lésé suffisamment direct , sans que s'impose au juge la conception libérale de l'intérêt à agir qui caractérise le contentieux de l'excès de pouvoir ; les moyens invocables par les tiers doivent être directement en rapport avec leur intérêt lésé

le juge dispose de pouvoirs diversifiés qui rendent possible une adaptation du dispositif du jugement à la nature de l'illégalité : il n'y a pas de répercussion automatique des irrégularités sur le contrat, le juge prend en considération la gravité des vices et peut décider soit la poursuite du contrat telle quelle, soit inviter les parties à prendre des mesures de régularisation, soit décider que la poursuite du contrat n'est plus possible et en prononcer la résiliation ou l'annulation

« Saisi par un tiers, dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours autre que le représentant de l'Etat dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences. Ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat. En présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation

du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci. Il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés ».

le juge est toutefois tenu de soulever les moyens d'ordre public, tenant au caractère illicite du contrat ou à l'existence d'un vice d'une particulière gravité.

L'état actuel de la jurisprudence est donc qu'il y a une contestation possible des contrats par les tiers, mais avec des chances de succès limitées du fait, d'une part, du lien fait entre l'intérêt à agir des tiers et les moyens invocables et, d'autre part, de la palette des pouvoirs dont dispose le juge, qui a tendance à privilégier la poursuite des relations contractuelles

= l'annulation du contrat est une ultime solution et est en pratique rarissime. exemple d'annulation d'un contrat, en présence de vices révélant une volonté de

la personne publique de favoriser un candidat et ayant affecté gravement la légalité

du choix du concessionnaire : CE, 2019, Société anonyme gardéenne d'économie mixte

Société concédante n'ayant justifié par aucun document probant que sa société-mère avait mis ses capacités et garanties à sa disposition, contrairement à ce qu'exigeait le règlement de la consultation.

Dossiers de demande de permis de construire, sur la base desquels les offres devaient être élaborées, établis par un cabinet d'architecture, maître d'œuvre de la commune concédante, ayant été, aux termes d'une prestation rémunérée, le conseil de la société concessionnaire, y compris pendant la phase de négociation des offres au cours de laquelle des permis de construire étaient encore en instruction.

Offre retenue comportant, en méconnaissance du règlement de consultation, un nombre très significatif de logements sociaux de certains types, pour lesquels les constructeurs bénéficiaient d'importantes subventions publiques et de taux d'emprunt privilégiés, qui étaient de nature à modifier nettement l'équilibre économique du contrat, et prévoyant une densité supplémentaire de 2 000 m² environ sur le site par rapport au projet présenté dans le document programme, soit une hausse à ce titre de 10 % de la surface, ainsi que 90 places supplémentaires de parking pour un nombre initialement prévu dans les documents de la consultation de 533.

Ces vices entachant la convention litigieuse, tirés de la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence, révèlent également, en l'état de l'instruction, une volonté de la personne publique de favoriser un candidat et ont affecté gravement la légalité du choix du concessionnaire. Par leur particulière gravité et en l'absence de régularisation possible, ils impliquent que soit prononcée l'annulation de la concession d'aménagement litigieuse, dès lors qu'une telle mesure ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général. D'une part, en

effet, l'annulation d'une concession d'aménagement n'a pas, par elle-même, pour effet d'anéantir rétroactivement les actes passés pour son application. D'autre part, ni la circonstance que la concession soit arrivée à son terme en août 2017 et que les travaux prévus seraient achevés, qui n'est pas de nature à priver d'objet une mesure d'annulation et ne révèle par elle-même aucune atteinte à l'intérêt général, ni l'hypothèse qu'une indemnité serait due par la commune à la société concédante, dont le montant éventuel n'est étayé par aucune allégation sérieuse et qui ne pourra en tout état de cause s'apprécier que dans les conditions de droit commun, ne sont de nature à faire obstacle au prononcé de l'annulation du contrat.

b. le recours pour excès de pouvoir cesse d'être ouvert contre les actes détachables

L'abandon de cette théorie est justifié par les incertitudes qui s'y attachaient : il était devenu de plus en plus difficile de savoir si l'annulation de l'acte détachable allait entraîner celle du contrat.

c. Les particularités du déféré préfectoral

Le préfet est un tiers qui, compte tenu de la mission de gardien de la légalité que lui confie la Constitution elle-même, peut invoquer tout moyen.

Le juge conserve toutefois ses pouvoirs de modulation des conséquences des irrégularités, si bien que toute illégalité n'entraîne pas dans ce cas non plus l'annulation du contrat.

d. Le maintien de mécanismes spécifiques :

le recours contre les clauses réglementaires des contrats administratifs : la jurisprudence Cayzeele de 1996, qui permet à des tiers de faire un recours pour excès de pouvoir contre les clauses à caractère réglementaire, a été maintenue. Sa justification est que les clauses réglementaires ont une portée au-delà des parties et doivent pour cette raison pouvoir être plus largement contestées

< ex de clauses réglementaires : les clauses qui, dans les contrats de concessions, définissent les conditions d'organisation et de fonctionnement du service public, y inclus le tarif des redevances perçues auprès des usagers

le recours contre les actes d'approbation de certains contrats : l'entrée en vigueur de certains contrats administratifs est subordonnée à un acte d'approbation

; un recours pour excès de pouvoir est ouvert aux tiers qui ont un intérêt auquel l'exécution du contrat est de nature à porter une atteinte directe et certaine ; seuls peuvent être invoqués des moyens tirés des vices propres à l'acte d'approbation. cf jurisprudence Association Etudes et consommation CFDT du Languedoc-Roussillon et Association ATTAC Montpellier de 2016

l'exercice par un contribuable des actions appartenant à une collectivité : possibilité pour un contribuable local de contraindre une commune à exercer une action en résolution du contrat si cette action présente un intérêt suffisant pour la commune et une chance de succès. cf CE, 1997, Carrière, n°182355.

2. LE RECOURS DES PARTIES

a. La solution antérieure : un recours en nullité trop automatique

Les parties pouvaient mettre en cause la validité d'un contrat par voie d'action ou par voie d'exception en défense à une action de l'autre partie.

L'action en nullité se caractérisait par un certain monolithisme : le juge du contrat constatait la nullité du contrat, censée être un état de l'acte et non une sanction de la violation de la légalité.

Une partie pouvait ainsi, après des années d'exécution du contrat, en invoquer l'illégalité pour se soustraire à ses obligations.

Il y avait quelque chose de choquant à ce que, à l'occasion d'un litige indemnitaire, le défendeur puisse échapper aussi facilement à ses obligations, sans la moindre considération pour les intérêts extérieurs au contrat qui sont consubstantiels au contrat administratif. Il était également paradoxal que cette nullité doive être prononcée d'office par le juge pour une infinité de causes, alors que les parties ne sont venues devant le juge que pour régler un litige indemnitaire mais avec la ferme intention de poursuivre leurs relations contractuelles.

b. Le nouvel équilibre : la jurisprudence Béziers I

Par l'arrêt Commune de Béziers de 2009, le Conseil d'Etat consacre l'idée selon laquelle la nullité d'un contrat est une sanction parmi d'autres prononcée par le juge (le terme « annulation » du contrat est préféré à celui de « nullité ») et renforce la sécurité des contrats en reconnaissant au juge un pouvoir de modulation de la sanction. Cela a mis fin à l'automatisme de la disparition du contrat.

La sécurité des contrats est entre outre confortée par une innovation : l'introduction de la notion de loyauté contractuelle.

La logique du raisonnement est assez proche de celle de l'arrêt Smirgeomes : une partie ne doit pas pouvoir invoquer une illégalité qui ne lui préjudicie pas ou dont elle a eu connaissance depuis l'origine. Ainsi lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il lui incombe en principe, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat.

La sanction de l'annulation est réservée aux cas du caractère illicite du contenu du contrat, au vice du consentement ou au vice d'une particulière gravité. En présence de telles illégalités, le juge doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel.

Le juge peut là encore soulever d'office ou une partie invoquer à tout moment un moyen d'ordre public.

Deux cas de figure sont possibles : le recours direct d'une partie contre le contrat ou l'invocation de l'illégalité du contrat par voie d'exception par une partie qui cherche à échapper à ses obligations pendant la période d'exécution du contrat.

- «1) Une partie à un contrat administratif peut saisir le juge du contrat d'un recours de plein contentieux pour en contester la validité. a) Il revient à ce juge de vérifier que les irrégularités dont se prévaut cette partie sont de celles qu'elle peut, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui. b) S'il constate une irrégularité, il doit en apprécier l'importance et les conséquences. Après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, il peut soit décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ou, en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, son annulation.
- 3) Lorsqu'une partie à un contrat administratif soumet au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat. Toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel
- 4) Le juge du contrat, juge de plein contentieux saisi par une partie, peut relever d'office une irrégularité tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement. Dans ce cas : 1) si le juge est saisi d'un recours en validité du contrat, il doit l'annuler si l'irrégularité est avérée ; 2) si le juge est saisi d'un litige d'exécution du contrat, il doit l'écarter et ne peut pas régler le litige sur le terrain contractuel »

Exemple d'annulation du contrat en raison de son objet illicite : cas lorsque le contrat révèle une renonciation à l'exercice d'une compétence (CE, 2012, SDIS du Nord, n°342843) ou limite contractuellement les pouvoirs de police ou aliène un bien du domaine public (CE, 2011, Communauté de communes du Queyras, n°340089).

Exemple de la jurisprudence sur le vice de consentement : dans l'arrêt Commune de Béziers, le Conseil d'Etat a jugé que le vice de compétence tenant à ce que le contrat a été signé avant la transmission de la délibération autorisant à le signer au contrôle de l'égalité est relatif aux conditions dans lesquelles les parties ont donné

leur consentement, mais sans être d'une particulière gravité. Justifient l'annulation des vices du consentement tels que l'erreur, le dol, la violence, ou les vices graves affectant la compétence, comme le défaut d'approbation par l'organe délibérant (CE, 2019, Société Plastic Omnium, n°420776).

En principe les illégalités affectant la procédure de passation ne sont pas des vices graves.

3. CONCLUSION

La jurisprudence est parvenue à un nouvel équilibre des recours tendant à remettre en cause la validité des contrats.

Il y a par ailleurs place pour des recours indemnitaires des tiers comme des parties en cas d'illégalité ou en raison d'un comportement fautif de la personne publique.

SAŽETAK:

SPOROVI O VALJANOSTI UGOVORA O JAVNOJ NABAVI

Rad obrađuje razvoj sudske zaštite u pogledu osporavanja zakonitosti ugovora javne nabave i drugih upravnih ugovora u francuskom upravnom pravu. Autorica objašnjava kako je od početka 20. stoljeća prevladavalo stajalište prema kojem treće osobe nisu mogle izravno osporavati ugovor, nego samo tzv. odvojive akte povezane s njegovim sklapanjem. Takvo rješenje štitilo je stabilnost ugovornih odnosa i ograničavalo mogućnost miješanja trećih osoba u ugovore javne vlasti. Od 1990-ih i 2000-ih dolazi do značajne promjene sudske prakse. Sudovi dobivaju ovlasti izdavanja naloga upravi, što omogućuje i utjecaj na već sklopljene ugovore. Novom sudskom praksom proširena je mogućnost osporavanja ugovora, tako da sve treće zainteresirane osobe mogu, uz uvjet da dokažu izravan i dovoljno ozbiljan pravni interes, osporavati njihovu zakonitost. U tom slučaju, sud više ne poništava ugovor automatski, nego procjenjuje težinu nezakonitosti i posljedice za javni interes. Može dopustiti nastavak izvršenja ugovora, naložiti njegovu prilagodbu ili, samo u najtežim slučajevima, raskinuti ili poništiti ugovor. Posebno se naglašava važnost presude Commune de Béziers, kojom je uvedeno načelo lojalnosti ugovornih odnosa. Time je napušten raniji automatski pristup ništetnosti ugovora te je ojačana pravna sigurnost. Sud sada nastoji očuvati ugovor kad god je to moguće, a poništenje ostaje iznimna mjera rezervirana za osobito teške povrede, poput nezakonitog sadržaja ugovora ili ozbiljnih mana pristanka stranaka. Suvremena praksa uspostavila ravnotežu između zaštite zakonitosti i očuvanja stabilnosti ugovornih odnosa u javnoj upravi.

Gilles Pellissier*

LES CONTENTIEUX DE LA PASSATION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

UDK / UDC: 351.712.028

35.073.53 (44) (094.5)

DOI: 10.31141/zrpfs.2025.62.156.323

Izlaganje sa znanstvenog skupa / Conference paper

Primljeno / Received: 28.1.2025.

1. INTRODUCTION

Cette dernière partie de nos échanges est exclusivement consacrée aux contrats de la commande publique, qui recouvrent en droit européen comme en droit français les deux grandes catégories de contrats que sont les marchés publics et les concessions.

La spécificité des contrats de la commande publique tient d'abord à leur objet : ce sont des contrats par lesquels des personnes publiques ou assimilées (par les directives européennes) obtiennent de leurs cocontractants des prestations (de travaux, services ou fournitures) dont elles ont besoin, en contrepartie d'un prix versé (les marchés publics) ou d'un droit d'exploiter le service ou l'ouvrage (les concessions).

Elle tient ensuite à ce que la conclusion de ces contrats est soumise à des règles de transparence et de mise en concurrence qui imposent à la personne publique (acheteur ou autorité concédante) de sélectionner son cocontractant au terme de procédures réglementées destinées à garantir la transparence et l'égalité d'accès à la commande publique (publicité ; traitement égal des candidats). A l'exception des petits marchés et de certains contrats particuliers, le choix du cocontractant de la personne publique est donc contraint par des règles procédurales visant à objectiver et rationaliser son choix afin que celui-ci se porte sur l'offre économiquement la plus avantageuse. Il s'agit donc à la fois de permettre aux opérateurs économiques d'accéder dans des conditions d'égalité à la commande publique qui est l'une des principales sources d'activité économique dans l'UE, de permettre aux personnes publiques d'obtenir la meilleure offre aux meilleures conditions et de lutter contre la corruption, mal endémique des opérations où l'acheteur paie avec l'argent des autres...

Ces principes figurent en tête (art L3) du code français de la commande publique : « Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils

* Conseiller d'Etat.

mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. / Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. » Ils ont même une valeur constitutionnelle.

Mais ils ont surtout une source européenne, dans le TFUE, la jurisprudence de la CJUE et les directives qui leur donnent une traduction procédurale (actuellement, les directives 2014-23 et 24 du 26 février 2014 relatives aux concessions et aux marchés publics).

Ces règles concernent surtout la formation du contrat, même si les dernières directives comportent certaines règles relatives à l'exécution, qu'exposera mon collègue T. Pez. Les acheteurs publics Français et Croates comme ceux des 25 autres Etats membres de l'UE y sont également soumis. Le droit français de la passation de la commande publique, codifié dans le code de la commande publique, est pour l'essentiel la transposition de ces directives et l'extension des règles qu'elles posent en-deçà des seuils qu'elles fixent pour délimiter leur champ d'application.

Comme vous le savez, le droit européen ne pose pas seulement ces règles procédurales. Il a aussi prévu des règles de contrôle de leur respect, avec la directive recours du 21 décembre 1989¹, aujourd'hui remplacée par la directive 2007/66/CE du Parlement et du Conseil du 11 déc 2007.

Ce cadre juridique commun aux 27 Etats membres permet d'intéressantes réflexions comparées sur les modalités de son application dans chaque Etat.

Je présenterai dans un premier temps les recours contentieux qui, en droit français, sont spécifiquement destinés à contrôler le respect de ces règles de passation (I). Dans un second temps, j'exposerai une règle de procédure essentielle à l'équilibre de ce recours et les interrogations dont elle fait l'objet au regard de la jurisprudence de la CJUE (II).

¹ La directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (4) ainsi que la directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (5) concernent les procédures de recours applicables aux marchés passés respectivement par les pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 1er, paragraphe 9, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (6) et les entités adjudicatrices visées à l'article 2 de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (7). Les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE visent à garantir l'application effective des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE.

2. PRESENTATION GENERALE DES CONTENTIEUX DE LA PASSATION DE LA COMMANDE PUBLIQUE

L'article 1^{er} de la directive recours impose aux Etats membres de prendre « *les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles 2 à 2 septies de la présente directive, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.* »

Efficacité et rapidité : il s'agit d'assurer un contrôle indépendant de la régularité de la procédure de passation au plus près de celle-ci, afin que les éventuels manquements soient saisis et corrigés le plus tôt possible et en tous cas avant la conclusion du contrat.

Ces procédures ne sont pas nécessairement juridictionnelles, dès lors qu'elles se déroulent devant un organe indépendant. Le droit français a fait le choix de procédures juridictionnelles avec deux recours contentieux, un principal et un subsidiaire : le référé précontractuel et le référé contractuel.

La très grande majorité de ces recours ont lieu devant le juge administratif, car la plupart des contrats de la commande publique sont des contrats administratifs. Mais pas tous, de sorte que ces recours existent également, mais pour une part marginale, devant les juridictions judiciaires. Je m'en tiendrai au contentieux administratif, dont les règles sont codifiées dans le code de justice administrative.

2.1. Le référé précontractuel (art L. 551-1 à L. 551-12 cja)

C'est le recours principal, qui emprunte aux procédures d'urgence un certain nombre de traits procéduraux destinés à assurer sa rapidité (1) mais qui s'en distingue par l'office du juge, qui est celui d'un juge du fond (2).

Ce recours a d'abord été institué pour transposer la directive recours de 1989 avant d'être étendu à tous les contrats de la commande publique (marchés publics et concessions) mais seulement eux². En effet, il n'a pour objet que de faire respecter les règles de publicité et de mise en concurrence qui s'appliquent à ces contrats. Il n'est ainsi pas applicable aux conventions d'occupation du domaine public, alors même qu'elles sont aujourd'hui soumises à des règles de passation³.

² Cf. art L. 551-1 cja : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public ».

³ CE, 12 mars 1999, Ville de Paris c/ Sté Stella Maillot Orée du Bois, précité: conv d'occup du domaine public sans délég de SP

2.1.1. Un recours rapide (la procédure)

2.1.1.1. Concilier rapidité et contradictoire

La procédure est inspirée de celle applicables aux procédures d'urgence, qui visent à concilier rapidité et respect du principe du contradictoire.

- Elle se déroule devant un juge statuant seul, sans rapporteur public.
- La procédure est à la fois écrite et orale, c'est-à-dire que l'audience publique fait partie de l'instruction. De nouveaux moyens peuvent ainsi être présentés à l'audience. Le Conseil d'Etat a toutefois précisé, ce qui est un bon exemple de cet équilibre entre rapidité et contradictoire, que si les parties peuvent présenter en cours d'audience des observations orales à l'appui de leurs écrits, elles doivent, si elles entendent soulever des moyens nouveaux, les consigner dans un mémoire écrit. Le juge, qui ne saurait accueillir de tels moyens sans avoir mis le défendeur à même de prendre connaissance du mémoire qui les invoque, peut, compte tenu de ces nouveaux éléments, décider que la clôture de l'instruction n'interviendra pas à l'issue de l'audience mais la différer à une date dont il avise les parties par tous moyens. S'il décide de tenir une nouvelle audience, l'instruction est prolongée jusqu'à l'issue de cette dernière (CE, 19 avril 2013, Cne de Mandelieu la Napoule, n° 365617).
- Le juge statue en principe dans un délai de 20 jours. Ce délai n'est pas assorti de conséquences mais il est très généralement respecté.
- Décision rendue en premier et dernier ressort. Elle n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation, dans un délai de 15 jours.

2.1.1.2. Les règles de recevabilité

- Requérants : «Toute personne est recevable à agir, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative (CJA), lorsqu'elle a vocation, compte tenu de son domaine d'activité, à exécuter le contrat, y compris lorsqu'elle n'a pas présenté de candidature ou d'offre si elle en a été dissuadée par les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'elle invoque» (CE, 29 avril 2015, *Syndicat de valorisation des déchets de la Guadeloupe*, n° 386748).
- Recours formé avant la conclusion du contrat : il est irrecevable s'il est formé après. Si le contrat est signé après la saisine du juge, cette signature prive le recours de son objet et ouvre la voie au référé contractuel (cf. B).

Depuis 2009, afin de préserver la possibilité d'un tel recours, les parties ne peuvent signer le contrat avant l'écoulement d'un délai de 16 jours minimum (ou 11 en cas de transmission électronique) à compter de la notification de la décision d'attribuer le contrat. Lorsqu'un recours est formé, le contrat ne peut être signé tant que le juge n'a pas statué. En revanche, le pourvoi en cassation n'est pas suspensif.

2.1.2. Un recours efficace (l'office du juge)

2.1.2.1. La finalité du recours : le contrôle du respect par l'acheteur de ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Seuls peuvent être invoqués les manquements aux règles de publicité, d'égalité d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, etc.

Sont inopérants les moyens tirés de la violation d'autres règles, telles que celles relatives aux procédures administratives de formation du contrat (transmission au représentant de l'Etat ; validité de la signature du contrat (CE, 8 février 1999, Sté Campenon Bernard SGE, BJDCP 1999, p. 361, concl. Bergeal), ou encore des conséquences éventuelles du contrat sur un autre contrat (CE, 9 juil 1999, SA Bouygues et autres, BJDCP 1999, p. 620, concl. Bergeal), etc.

2.1.3. L'invocabilité des moyens au regard de l'intérêt du requérant (voir II)

2.1.3.1. Pouvoirs et devoirs du juge

Le juge dispose de pouvoirs très étendus pour contraindre la personne publique à respecter ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence (art L. 551-1 cja). Il intervient au cours de la procédure de passation pour corriger les irrégularités afin qu'elle puisse se poursuivre régulièrement, sauf évidemment si le vice affecte la procédure dès son origine. Ainsi, il ne doit prescrire que ce qui est nécessaire pour remédier au manquement constaté. Si celui-ci consiste en une insuffisante information d'un candidat, il peut ordonner à l'acheteur de lui transmettre l'information. La mesure la plus grave est l'annulation de tout ou partie de la procédure, selon que le manquement l'entache entièrement ou complètement. Par exemple, si l'irrégularité consiste en une absence de publicité ou des erreurs dans le règlement de la consultation, l'annulation sera totale. En revanche, s'il entache l'évaluation des offres, la procédure ne sera annulée qu'au stade de l'évaluation des offres.

Le juge peut aussi décider de ne pas sanctionner un manquement « s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages » (Art L. 551-2 cja).

2.2. Le référé contractuel (art L. 551-13 à L. 551-23)

Ce recours a été institué par l'ordonnance du 7 mai 2009 pour transposer la directive « recours ». Il vise à en renforcer l'efficacité en ouvrant une voie de droit subsidiaire au cas où le référé précontractuel n'a pu être exercé utilement, c'est-à-dire avant la conclusion du contrat, du fait de l'acheteur. Ses effets sont puissants mais les conditions pour les obtenir sont tellement rigoureuses qu'il n'aboutit qu'exceptionnellement.

Le champ d'application matériel de ce recours est le même, à trois exceptions près (art L. 551-15) que le référé précontractuel. A la différence de ce dernier, il s'exerce alors que le contrat a été signé.

Les personnes habilitées à agir sont les mêmes que pour le référé précontractuel. Toutefois, ne peut agir celui qui n'a pas fait usage du référé précontractuel dans le délai de standstill régulièrement notifié ni celui qui a formé un référé précontractuel qui a été rejeté, l'acheteur ayant respecté le caractère suspensif du référé et s'étant conformé à la décision juridictionnelle rendue. Il est donc ouvert lorsque l'acheteur, soumis à une obligation de standstill, ne l'a pas respectée ou n'a pas respecté le caractère suspensif du recours⁴, ainsi que lorsque l'acheteur, n'étant pas soumis à une obligation de notifier un délai de suspension (procédures adaptées), ne l'a pas fait spontanément (CE, 19 janvier 2011, Grand port maritime du Havre, n° 343435).

La procédure est la même que pour le référé précontractuel. Le délai de recours est de 31 jours.

Le contrat étant signé, il n'y a plus lieu pour le juge d'ordonner des mesures propres à corriger une procédure en cours ; il doit tirer les conséquences d'un manquement sur un contrat déjà signé. Il exerce donc un office différent du juge du référé précontractuel, plus classique : il n'est plus un juge correcteur mais un juge censeur, dont les pouvoirs dépendent du manquement constaté et des effets qu'il peut en tirer.

L'annulation du contrat est limitée aux manquements les plus graves : soit lorsqu'aucune mesure de publicité n'a été prise ou lorsqu'a été omise une publication au JOUE, soit lorsque le contrat a été signé avant l'expiration du délai de standstill si deux conditions sont en outre remplies : cette irrégularité a privé le demandeur de son droit d'exercer un référé précontractuel et « les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat » (Art L. 551-18 du cja) : conditions rarement réunies.

Si ces conditions ne sont pas réunies mais que le manquement est avéré, le juge doit prononcer une sanction pécuniaire.

Ce dispositif de contrôle juridictionnel de la régularité de la passation des contrats de la commande publique remplit pleinement le double objectif de rapidité et d'efficacité que visait la directive recours dont il est issu. Si l'on s'en tient à son aspect le plus original, qui est le référé précontractuel, il permet, dans de très brefs délais, qui ne retardent donc pas excessivement la passation de la commande

⁴ Ex de méconnaissance de l'obligation de suspension : CE, 15 oct 2016, Min int c. sté Tribord, n° 400791 (Greffé du tribunal administratif ayant mis à disposition du ministre le référé précontractuel déposé par la société requérante, en utilisant l'application informatique «Télérecours» à laquelle est inscrite son administration. Signature du contrat par le ministre quelques heures plus tard); CE, 14 fév 2017, sté des eaux de Marseille, n° 403614 (S'agissant d'un recours envoyé au service compétent du pouvoir adjudicateur par des moyens de communication permettant d'assurer la transmission d'un document en temps réel, la circonstance que la notification ait été faite en dehors des horaires d'ouverture de ce service est dépourvue d'incidence, le délai de suspension courant à compter non de la prise de connaissance effective du recours par le pouvoir adjudicateur, mais de la réception de la notification qui lui a été faite).

publique, de corriger d'éventuelles irrégularités et ainsi de sécuriser le contrat conclu.

S'il atteint ces objectifs, c'est aussi parce qu'il a trouvé un équilibre entre contrôle juridictionnel et sécurité juridique qui évite les recours abusifs des candidats évincés qui seraient tentés de poursuivre une lutte commerciale devant les tribunaux. Cet équilibre repose sur une règle procédurale centrale établissant un lien entre le manquement invoqué et ses effets sur la situation du requérant.

La reconnaissance de cette condition et les questions que posent son application sont une bonne illustration à la fois des objectifs de ce recours et du dialogue des juges européens.

3. LA CONDITION D'INVOCABILITE DES MANQUEMENTS EN FONCTION DE L'INTERET LESE

L'article 1^{er} pt 3 de la directive recours (2007/66/CE du Parlement et du Conseil du 11 déc 2007 prévoit que les procédures de recours doivent être accessibles « *au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée.* »

Ce que le droit français a transposé en ces termes « *Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement...* » (Art L. 551-1 CJA pour le référé précontractuel ; L. 551-14 pour le référé contractuel).

Sauf pour le représentant de l'Etat dans le cadre du contrôle de légalité des contrats des collectivités locales, qui a toujours intérêt pour agir et peut soulever tout moyen, le texte pose une double condition : l'intérêt à conclure le contrat ; la potentialité d'être lésé par le manquement.

3.1. L'application évolutive de cette double condition en contentieux administratif français

En contentieux administratif français, cette double condition ne s'apprécie pas au même moment : la première (intérêt à conclure le contrat, dont j'ai déjà parlé) est une condition de recevabilité qui s'apprécie au regard des conclusions de la requête ; la seconde (susceptible d'être lésé par le manquement) est une condition d'invocabilité (ou d'opérance) des moyens/manquements et va se traduire par le non examen d'un moyen portant sur un manquement qui n'a pas lésé celui qui l'invoque.

Dans un premier temps, la jurisprudence n'a pas fait cette distinction, posant en principe que toute personne ayant intérêt à conclure le contrat est « susceptible d'être lésée par tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence » (CE, 16 octobre 2000, *Société Stereau*, Tables p. 1091), ce qui revenait à neutraliser la seconde condition, comme le montrent les motifs

d'une décision qui indiquent qu'une « entreprise candidate à l'obtention d'un marché peut invoquer devant le juge du référé précontractuel tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, même s'il n'a pas été commis à son détriment » (CE, 19 octobre 2001, *Société Alsthom Transport SA*, aux Tables p. 1038 sur un autre point)⁵. Cela permettait à toute entreprise candidate ou potentiellement candidate, puisqu'il est admis que toute entreprise intervenant dans le secteur concerné est réputée avoir intérêt à conclure le contrat⁶, de faire valoir n'importe quel manquement (et les risques de commettre des irrégularités dans la passation d'un contrat de la commande publique sont à la mesure du formalisme des procédures). Un candidat classé deuxième pouvait ainsi, par exemple, faire annuler une procédure pour une rubrique mal remplie dans l'avis d'appel public à la concurrence, alors même que cela n'avait eu aucun effet sur son offre.

Cette jurisprudence procédait d'un esprit qui était davantage celui d'un contrôle objectif de la légalité de l'action administrative, tel qu'en excès de pouvoir, où la recevabilité s'apprécie au regard des conclusions de la requête et où tous les moyens peuvent être invoqués, alors que la fonction du référé précontractuel est d'assurer, comme on l'a vu, l'égalité d'accès et de traitement des candidats à l'obtention de la commande publique. Dans cette perspective plus subjective, un opérateur économique ne peut se plaindre que d'un manquement qui l'a personnellement touché.

C'est cette logique que le Conseil d'Etat va adopter en 2008.

1.2. L'effectivité de la double condition : la décision *Smirgeomes* (CE Sect, 3 oct 2008, n° 305420) : Le Conseil d'Etat a jugé par cette décision que l'entreprise requérante ne peut invoquer que les manquements qui, « eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ».

La Cour de cassation a transposé cette jurisprudence (Cass. com., 23 oct. 2012 n° 11-23. Cass. com., 10 déc. 2013, n° 12-25.808).

- Les raisons de ce changement de position.

* Raisons pratiques : Le référé précontractuel était instrumentalisé à des fins de concurrence entre opérateurs économiques, voire pour monnayer un désistement, d'autant que le risque d'erreur de procédure est élevé et que ses modalités procédurales le rendent, comme nous l'avons vu, très efficace.

Le risque pour un pouvoir adjudicateur de commettre une irrégularité est en effet élevé, particulièrement en ce qui concerne les exigences de publicité : les mentions qui

⁵ Il a ainsi été jugé qu'une entreprise dont la candidature avait été écartée en raison de l'insuffisance de ses références était recevable à invoquer des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence relatifs à la phase de sélection des offres, alors que de tels manquements non seulement n'avaient pas été commis à son détriment, mais avaient été, par construction, insusceptibles de lui causer le moindre préjudice (cf. CE, 20 octobre 2006, *Syndicat des eaux de Charente-Maritime*, aux Tables p. 1077).

⁶ CE, 8 août 2008, Région Bourgogne, aux T

doivent figurer, en vertu des textes européens et nationaux, dans les avis d'appel public à la concurrence étaient et sont encore nombreuses et souvent de nature à piéger un acheteur même vigilant. Passer une commande publique d'une certaine importance est, même pour les acheteurs les mieux conseillés, « une aventure hasardeuse »⁷.

Or, contrairement aux manquements aux obligations de mise en concurrence (recevabilité des candidatures et des offres ; critères de sélection ; etc.), dont le juge peut apprécier la portée sur la régularité de la procédure, le manquement à une obligation formelle, souvent beaucoup moins importante, entraîne en principe l'annulation de la procédure et qui doit être reprise en intégralité.

Les conséquences pratiques de l'annulation d'une procédure de passation d'un marché public ou d'une délégation de service public ne sont pas anodines, en termes de coût de l'opération comme du retard pris à conclure le contrat, une procédure prenant toujours plusieurs mois voire, pour les plus importantes, notamment les concessions, plus d'une année.

Comme le faisait observer le rapporteur public de la décision *Smirgeomes* : « Quand on met en regard les motifs de certaines annulations et les conséquences de celles-ci, on peut donc légitimement s'interroger sur la pertinence du dispositif. »

* Raisons juridiques. Mais ces raisons pratiques ne sont pas les seules. Le référé précontractuel n'était plus la seule voie pour contrôler la légalité de la passation des contrats administratifs.

Quelques mois avant la décision *Smirgeomes*, le Conseil d'Etat avait opéré le premier mouvement de l'importante reconstruction du contentieux contractuel que nous a exposée hier la présidente Maugué, en ouvrant aux candidats évincés de la conclusion d'un contrat administratif la possibilité de former un recours de pleine juridiction contre le contrat ou l'une de ses clauses (Ass, 16 juillet 2007, *sté Tropic Travaux Signalisation*), recours qui allait sept plus tard être ouvert à tous les tiers. L'année précédente avait également été celle de la publication de la directive du 11 décembre 2007 qui institue le référé contractuel, qui permet sous certaines conditions aux candidats évincés d'obtenir la nullité du contrat en cas de manquements particulièrement graves et sous réserve que des raisons impérieuses d'intérêt général ne s'y opposent pas.

Ces nouveaux recours contentieux et les équilibres particuliers qu'ils établissent entre la légalité et la sécurité juridique permettaient de recentrer le référé précontractuel sur sa véritable fonction, qui est de mettre fin en urgence aux manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence subis par ceux qui s'en plaignent.

Et donc de revenir à la lettre du texte, qui était aussi la position de la CJCE (cf. 19 juin 2003, Werner Hackermüller, aff. C-249/01).

- Application

⁷ G. Eckert, « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », RFDA 2006, p. 238.

Ainsi, une entreprise qui n'a pas été candidate ne pourra invoquer de manquement qu'à la condition de démontrer que les mesures de publicité du marché l'ont privé de la possibilité d'être candidate, soit qu'elles étaient insuffisantes, soit que les erreurs qu'elles comportaient l'ont dissuadé de se porter candidate.

Une entreprise dont la candidature n'était pas recevable ne pourra invoquer des manquements postérieurs, sauf si elle démontre qu'elle a été irrégulièrement exclue et qu'elle avait ainsi vocation à participer à la phase de la procédure entachée d'irrégularité.

Enfin, une entreprise dont la candidature a été retenue et qui a présenté une offre ne sera plus recevable à invoquer des manquements relatifs à la phase de la procédure antérieure à la sélection de son offre, qui par définition ne l'ont pas empêchée de présenter son offre (CE, 5 novembre 2008, *Cne de Saint-Nazaire*, req. n° 310484).

Un candidat qui a obtenu un bonus non prévu ne pourra invoquer le fait qu'il n'était pas prévu (CE, 8 juillet 2009, *Min de la justice*, n° 318817).

Cette nouvelle approche a notamment permis de neutraliser des irrégularités formelles qui constituaient autant de pièges administratifs pour les pouvoirs adjudicateurs sans porter sur des éléments d'information utiles pour les candidats et qui n'étaient donc jamais susceptibles de les léser : absence de mention de la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence à l'office des publications officielles de l'Union européenne, imprécision dans la qualification du marché au regard de la nomenclature communautaire ou erreur dans les codes CPV (CE, 5 nov. 2008, *Cne Saint-Nazaire et autres*, n° 310484).

Si le juge du référé précontractuel doit désormais expressément identifier un lien entre le manquement et la situation du candidat qui l'invoque, il n'est pas nécessaire que la lésion soit certaine – il suffit que le candidat soit « susceptible » d'être lésé par ce manquement (CE, 29 avr. 2011, *Garde des Sceaux*, n° 344617). Il ne s'agit donc pas de rechercher si le manquement lui a effectivement fait perdre une chance d'obtenir le marché (condition qui existe pour le référé contractuel).

Il n'appartient pas non plus au juge des référés de rechercher si le manquement invoqué a été susceptible de léser davantage le requérant que les autres candidats (CE, 1er juin 2011, *Cne Saint-Benoît*, n° 354649).

Cette nouvelle jurisprudence a fait chuter de moitié le nombre d'annulations de procédures par les TA : 50 % avant ; 25 % dans les années suivantes, taux qui est tombé, ces dernières années, autour de 15 % (pour un nombre de recours annuels entre 350 et 400 – 228 en 2022). Les pourvois en cassation sont bien moins nombreux (13 décisions rendues par le CE en 2022).

3.2. L'application de cette condition en cas d'irrégularité de la candidature ou de l'offre : un revirement de jurisprudence sous influence européenne

- La jurisprudence du CE a poussé cette logique de la causalité assez loin en jugeant qu'un candidat dont la candidature ou l'offre était irrecevable ou irrégulière, qui n'avait donc aucune chance d'obtenir le marché, ne pouvait être lésé par aucune irrégularité, y compris celle tenant à ce que le marché avait été attribué à une offre elle-même irrégulière (11 avril 2012, *Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres et a.*, n° 354652, aux T), sauf bien entendu si le manquement est la cause du motif d'irrégularité de l'offre (12 mars 2012, *Sté Clear Channel France*, n° 353826, au rec).

C'était peut-être aller trop loin car la décision *Smirgeomes* reconnaît la lésion indirecte, lorsque le manquement est susceptible d'avantager une entreprise concurrente, ce qui est le cas lorsqu'il consiste à avoir attribué le contrat à une candidature ou à une offre irrégulière ou irrecevable⁸.

- Cette solution s'est rapidement trouvée en contradiction avec la jurisprudence de la CJUE qui a jugé en 2013, par un arrêt *Fastweb*, confirmé en 2016 en Grande Chambre, que l'action incidente de l'adjudicataire tendant à déclarer irrecevable le recours du candidat évincé, « ne peut pas conduire à écarter le recours d'un soumissionnaire dans l'hypothèse où la régularité de l'offre de chacun des opérateurs est mise en cause dans le cadre de la même procédure et pour des motifs de nature identique. Dans une telle situation, chacun des concurrents peut faire valoir un intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'offre des autres, pouvant aboutir au constat de l'impossibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de procéder à la sélection d'une offre régulière », ouvrant ainsi la voie au lancement d'une nouvelle procédure (CJUE, 4 juillet 2013, *Fastweb*, n° C-100/12, § 33; CJUE Gde Ch, 5 avril 2016, *PFE*, aff. C-689/13, pt 28)^{9, 10}.

⁸ Il avait néanmoins apporté une nuance à cette jurisprudence en jugeant que « le pouvoir adjudicateur ne peut utilement se prévaloir, pour faire échec à un référé précontractuel, de ce que la candidature du requérant était irrecevable, faute de comporter l'ensemble des pièces requises et de ce que le requérant serait dès lors insusceptible d'être lésé par les manquements qu'il invoque, dès lors que ce pouvoir adjudicateur n'a ni rejeté la candidature, ni en application de l'article 52 du Code des marchés public, sollicité une régularisation (CE, 3 déc. 2014, Dpt Loire-Atlantique, n° 384180).

⁹ La Cour a ensuite précisé que l'impossibilité d'opposer au candidat évincé qui fait valoir que l'offre retenue est irrégulière l'irrégularité de sa propre offre s'applique quel que soit le nombre de candidats (PFE, § 24-30) et n'est pas subordonnée à la preuve, que le candidat évincé serait d'ailleurs bien en peine d'apporter, faute de connaître le contenu des autres offres, de l'irrégularité des offres moins bien classées, ni à celle, tout aussi difficile, de ce que le pouvoir adjudicateur sera effectivement amené à réitérer la procédure de passation de marché public, « l'existence d'une telle possibilité, précise la cour, doit être considérée comme étant suffisante à cet égard » (CJUE, 5 septembre 2019, Lombardi, aff. C-333/18).

¹⁰ Ce n'est que dans le cas très particulier où la décision d'éviction du requérant était devenue définitive, car confirmée par une décision ayant acquis l'autorité de la chose jugée avant que la juridiction saisie du recours ne statue, que le soumissionnaire peut être regardé comme étant dépourvu d'intérêt pour agir (CJUE, 21 décembre 2016, Caverion, aff. C-355/15, dont la portée très circonscrite a été soulignée par la décision du 11 mai 2017, Archus et Gama, aff. C-131/16, § 57 ; CJUE, 9 février 2023, Vz c. Ca, aff. C-53/22). Le CE a fait application de cette jurisprudence : CE, 1er juin 2023, société Vinci Airports, n° 468930.

- La prise en compte de la jurisprudence européenne par le CE

Par une décision *Société Clean Building* du 27 mai 2020 (n° 435982) le CE a abandonné sa jurisprudence *Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres* et juge désormais que «la circonstance que l'offre du concurrent évincé, auteur du référé contractuel, soit irrégulière ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir de l'irrégularité de l'offre de la société attributaire du contrat en litige».

Tel est le paysage contentieux tant européen que français dans lequel surgit un arrêt de la CJUE du 24 mars 2021, *NAMA* (C-771/19), dont la portée est pour nous source d'interrogations.

3.3. La question de la portée de l'arrêt *NAMA*

On lit dans cet arrêt *NAMA* que le soumissionnaire évincé peut invoquer «tous les moyens tirés de la violation du droit de l'Union en matière de marchés publics ou des règles nationales transposant ce droit, y compris des moyens qui ne présentent pas de lien avec les irrégularités en raison desquelles son offre a été exclue».

Cette affirmation va-t-elle plus loin que la jurisprudence *Fastweb* ?

Celle-ci ne concernait que la régularité de l'offre retenue et semblait juger que l'irrégularité de l'offre du candidat évincé ne pouvait faire obstacle à ce qu'il se prévale de l'irrégularité de l'offre retenue.

C'est ainsi que le CE l'a lue et en a fait application dans sa décision précitée *sté Clean Building*, en limitant les possibilités de contestation pour le candidat évincé en raison de l'irrégularité de sa candidature ou de son offre aux irrégularités de l'offre retenue. Si les causes des irrégularités peuvent être différentes, ce n'est que lorsque l'irrégularité de l'offre retenue est invoquée par le requérant que l'irrégularité de sa propre offre ne peut lui être opposée. En revanche, l'irrégularité de son offre devrait continuer à le priver de la possibilité d'invoquer tout autre motif d'irrégularité de la procédure que le fait d'avoir retenu une offre irrégulière.

La question que nous pose l'arrêt *NAMA* est donc celle de savoir si elle revient à abandonner la condition d'invocabilité des manquements tenant à ce qu'ils aient lésé le requérant, ce qui reviendrait en droit français à revenir à la jurisprudence antérieure à la décision *Smirgeomes*. Ne demeurerait qu'une seule condition de recevabilité, tenant à «l'intérêt à conclure le contrat».

Une telle solution nous semble à la fois contestable au regard du droit de l'Union et très inopportune.

Contestable car elle neutralise une condition qui figure dans le texte de la directive et car une conception aussi extensive ne correspond pas à l'état antérieur de la jurisprudence de la Cour. Un arrêt de chambre sans conclusions d'avocat général ne saurait infléchir une ligne jurisprudentielle constante.

Très inopportune car, je l'ai dit, la conception initiale de la jurisprudence française a révélé un usage abusif et détourné du référé précontractuel.

A ce stade, les juridictions administratives françaises, et notamment le Conseil d'Etat, n'ont pas eu à trancher la question.

Nous l'avons récemment évoquée dans un colloque avec le Conseil d'Etat grec qui avait posé à la CJUE la question préjudicielle à l'origine de la jurisprudence *NAMA*. Selon lui, l'arrêt de la Cour n'infléchit pas la ligne jurisprudentielle issue de l'arrêt *Fastweb*, dont elle fait simplement application dans le cadre très particulier de la procédure grecque, qui comporte une première phase d'examen de la régularité des candidatures et des offres. Dans ce cadre, toute exclusion est fondée sur une irrégularité, de sorte que la formulation générale de l'arrêt ne concerne en fait que les irrégularités.

Ce qui est de nature, pour le moment, à nous rassurer...

SAŽETAK:

SPOROVI OKO SKLAPANJA UGOVORA O JAVNOJ NABAVI

Rad analizira sudsku zaštitu u postupcima javne nabave u francuskom i europskom pravu. Javna nabava obuhvaća javne ugovore kojima javna tijela nabavljaju radove, robu ili usluge, uz obvezu poštovanja načela transparentnosti, jednakog tretmana ponuditelja i tržišnog natjecanja. Ta načela proizlaze iz prava Europske unije. Francuski pravni sustav predviđa dva glavna pravna sredstva: predugovorni i ugovorni hitni postupak. Predugovorni postupak omogućuje brzo sudsko interveniranje prije sklapanja ugovora kako bi se uklonile nepravilnosti u postupku nabave. Sud može poništiti cijeli postupak ili samo dio postupka koji je nezakonit. Ugovorni hitni postupak koristi se nakon sklapanja ugovora kada naručitelj nije poštovao pravila o transparentnosti ili pravo ponuditelja na učinkovitu pravnu zaštitu. Posebna pažnja posvećena je pitanju tko može osporavati nepravilnosti u postupku. Francuska sudska praksa je isprva dopuštala široko osporavanje svih povreda, no presuda *Smirgeomes* iz 2008. ograničila je tu mogućnost samo na povrede koje su mogle štetiti konkretnom ponuditelju. Time se nastojalo spriječiti zloupotrebe postupka i osigurati pravnu sigurnost. Autor također razmatra utjecaj sudske prakse Suda Europske unije, osobito presuda *Fastweb* i *NAMA*, koje proširuju mogućnost osporavanja postupka čak i kada je ponuda tužitelja bila nepravilna.

Guillaume Goulard

LE CONTENTIEUX FISCAL : DÉLAIS DE PRESCRIPTION ET POUVOIRS DU JUGE

UDK: 336. 2(44)

Primljeno: 1. 12. 2017.

Izvorni znanstveni rad

Predmet ovog rada je definiranje pravnog okvira poreznog spora u Francuskoj, kako u pogledu vremenskog razdoblja tijekom kojega se porezni spor može voditi kao i ovlastima kojima porezni sudac raspolaže. Pravna pravila teže usklađivanju poštivanja načela zakonitosti s jamstvom pravne stabilnosti. Porezni se spor odnosi samo na oporezivanje tijekom određenih godina, iz dva razloga: s jedne strane, porezni obveznik može osporiti optužbe nametnute samo zakonskim rokovima; s druge strane, ovaj spor općenito se odnosi i na dodatne troškove nastale nakon porezne revizije u skladu sa zakonskim rokovima.

Ključne riječi: *Francuska, porezi, sporovi, rokovi zastare, ovlasti suca*

L'objet de cet exposé est de définir le cadre du contentieux fiscal en France, à la fois pour ce concerne la période sur laquelle peut porter le contentieux et les pouvoirs du juge fiscal. Les règles applicables tentent de concilier le respect du principe de légalité avec une garantie de la stabilité juridique.

Le contentieux fiscal ne concerne en effet que les impositions de certaines années, à un double titre:

- d'une part, le contribuable ne peut contester les impositions mises à sa charge que dans des délais déterminés par les textes ;
- d'autre part, ce contentieux porte généralement sur des impositions supplémentaires mises en recouvrement à la suite d'un contrôle fiscal qui ne peut lui-même porter que sur les impôts des années les plus récentes, selon des délais fixés par la loi.

Une fois que le contentieux est ouvert, le juge fiscal français dispose, en revanche, des pouvoirs les plus étendus.

Les délais de prescription sont différents selon qu'ils sont opposés à l'administration ou au contribuable. Dans le premier cas, on les désigne sous le nom de «délai de reprise» (1^{ère} partie), dans le second cas, de «délai de réclamation» (2^{ème} partie). Les pouvoirs du juge peuvent être analysés au regard de ces deux délais (3^{ème} partie).

* Président de la 9^{ème} chambre de la Section du contentieux du Conseil d'État.

1. LES DÉLAIS DE REPRISE

Le délai de reprise (ou délai de prescription) est la période au cours de laquelle des impositions supplémentaires peuvent être mises en recouvrement par l'administration fiscale.

Les impositions supplémentaires s'ajoutent aux impositions primitives qui ont été calculées initialement sur la base des déclarations du contribuable (pour les impôts déclaratifs tels que l'impôt sur le revenu, l'impôt sur les sociétés ou la TVA) ou spontanément par l'administration (pour les impôts non déclaratifs tels que les taxes foncières).

Le délai de reprise a connu dans l'histoire récente des phases de raccourcissement et plus récemment de rallongement. La jurisprudence a apporté des précisions sur l'entrée en vigueur des nouveaux délais: *«Lorsqu'une loi nouvelle modifie le délai de prescription, le délai nouveau est immédiatement applicable, et court à compter de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ; le délai ancien demeure applicable s'il a commencé à courir avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle et s'il expire avant la date d'expiration du délai nouveau»* (Conseil d'Etat, 9 février 2001, Société Westco Trading Corporation).

La loi française comporte un délai de droit commun de 6 ans : selon l'article

L. 186 du livre des procédures fiscales (LPF), *«Lorsqu'il n'est pas expressément prévu de délai de prescription plus court ou plus long, le droit de reprise de l'administration s'exerce jusqu'à l'expiration de la sixième année suivant celle du fait générateur de l'impôt»*.

Toutefois, ce délai de droit commun s'applique rarement. Généralement, la loi prévoit un délai pour chaque impôt. Le délai le plus courant est de 3 ans:

- *«Pour l'impôt sur le revenu et l'impôt sur les sociétés, le droit de reprise de l'administration des impôts s'exerce jusqu'à la fin de la troisième année qui suit celle au titre de laquelle l'imposition est due»* (Article L. 169 du LPF);
- Même délai de 3 ans pour la contribution économique territoriale (Article L. 174 du LPF) ou la TVA (Article L. 176 du LPF);
- Le délai est également de 3 ans pour les droits d'enregistrement et l'impôt sur la fortune, à compter de l'enregistrement de l'acte ou de la déclaration, mais seulement *« si l'exigibilité des droits et taxes a été suffisamment révélée par le document »* (Article L. 180 du LPF).

Le délai est seulement d'un an pour la taxe foncière et la taxe d'habitation.

La loi prévoit aussi des cas dans lesquels le délai de reprise de l'administration est majoré pour lutter contre la fraude et l'évasion fiscale:

- Pour les droits d'enregistrement et l'impôt sur la fortune, le délai est de 6 ans en l'absence d'enregistrement ou de déclaration;
- Le délai de 3 ans applicable à l'impôt sur le revenu et à l'impôt sur les sociétés est porté à 10 ans si le contribuable exerce une activité occulte (non déclarée),

n'a pas déclaré les comptes bancaires qu'il détient à l'étranger ou n'a pas déclaré une entité étrangère qu'il contrôle et qui bénéficie d'un régime fiscal privilégié.

Par ailleurs, lorsque l'administration fiscale a, dans le délai de reprise, demandé des renseignements à une administration étrangère, le délai est prorogé jusqu'à la fin de l'année qui suit la réponse de cette administration.

Dans la plupart des cas, le délai reste toutefois fixé à 3 ans. Pour les entreprises, on considère donc que, sauf exception, l'année fiscale (ou «exercice») en cours et les trois années précédentes sont les «exercices non prescrits». Les exercices antérieurs ne peuvent plus donner lieu à impositions supplémentaires. Ils ne font donc plus l'objet de contrôles.

Exemple: en 2017, les contrôles de l'administration fiscale peuvent porter sur les années 2014, 2015 et 2016.

Lorsque l'administration a contrôlé une année non prescrite, elle peut interrompre le délai de reprise en notifiant au contribuable une «proposition de rectification». Cette notification a pour effet de faire courir un nouveau délai de même durée. Cela lui laisse le temps de discuter avec le contribuable dans le cadre de la «procédure de redressement contradictoire» avant de mettre les impôts en recouvrement.

Exemple: Si l'administration contrôle en 2017 les déclarations d'une entreprise au titre de 2014, elle pourra, avant le 31 décembre 2017, lui adresser une proposition de rectification. L'administration disposera alors d'un nouveau délai, jusqu'au 31 décembre 2020, pour mettre en recouvrement les impositions relatives à l'année 2014.

2. LE DÉLAI DE RÉCLAMATION

Le délai de réclamation est le délai dont dispose le contribuable pour contester les impositions mises à sa charge, qu'il s'agisse d'impositions primitives ou d'impositions supplémentaires. Le plus souvent, la contestation porte sur des impositions supplémentaires mises en recouvrement à la suite d'un contrôle fiscal.

Le délai de réclamation en matière fiscale est particulièrement long : il expire le 31 décembre de la deuxième année qui suit la mise en recouvrement de l'impôt ou le versement spontané par le contribuable.

Ce délai de 2 ans comporte deux exceptions:

- pour les impôts locaux, c'est 31 décembre de l'année suivant la mise en recouvrement (délai d'un an);
- pour les contribuables faisant l'objet d'une procédure de rectification, le délai de réclamation est égal à celui dont dispose l'administration (le délai de réclamation est prolongé jusqu'à l'expiration du délai de reprise).

La réclamation est présentée à l'administration fiscale. C'est un recours administratif préalable obligatoire. Elle doit indiquer l'imposition contestée,

contenir les conclusions et moyens du contribuable (argumentation) et comporter la signature du contribuable ou de son mandataire.

L'administration dispose d'un délai de 6 mois pour répondre. A défaut de réponse dans ce délai, le contribuable peut considérer que sa réclamation a été rejetée («décision implicite de rejet») et il peut alors saisir le juge.

Après la notification d'une décision de rejet de sa réclamation, le contribuable dispose d'un délai de 2 mois pour saisir le juge compétent. En cas de décision implicite de rejet, ce délai ne commence pas à courir. Le juge peut donc être saisi sans délai, sauf si l'administration prend une décision explicite, même hors délai.

3. LES POUVOIRS DU JUGE

Le juge fiscal dispose en France des pouvoirs les plus étendus. On dit que le contentieux fiscal est une « contentieux de pleine juridiction ». Le juge fiscal ne se contente pas d'annuler une décision de l'administration, comme en contentieux de l'excès de pouvoir, il prend une décision qui se substitue à celle de l'administration.

Mais le contentieux fiscal est aussi un contentieux de la légalité. Le juge vérifie que l'administration fiscale a respecté la loi, tant du point de vue de la procédure d'imposition que du bien-fondé de l'imposition.

Le juge fiscal rejette la requête du contribuable s'il estime que l'administration a suivi une procédure régulière et qu'elle a fixé le montant de l'impôt conformément à la loi fiscale.

Il accorde la décharge de l'imposition s'il estime qu'elle a été fixée illégalement.

Enfin il peut fixer lui-même un montant d'imposition différent de celui qu'avait fixé l'administration, notamment s'il estime sur l'impôt est dû mais que l'administration a retenu une base d'imposition trop élevée.

Dans ces deux dernières hypothèses, lorsque le juge donne entièrement ou partiellement satisfaction au contribuable, l'administration ne peut plus rien faire. Car la décision du juge intervient généralement après l'expiration du délai de reprise dont elle dispose pour mettre en recouvrement des impositions supplémentaires.

Si la décharge de l'imposition est accordée en raison d'un vice de procédure, l'administration n'a plus la possibilité de reprendre une procédure régulière. La décharge accordée est donc définitive.

En ce qui concerne la régularité de la procédure, le Conseil d'Etat a jugé, conformément à sa jurisprudence en contentieux général (Conseil d'Etat, Assemblée, 23 décembre 2011, n° 335033, Danthony) qu'une irrégularité demeure sans conséquence sur le bien-fondé de l'imposition s'il est établi que, n'ayant privé le contribuable d'aucune garantie, elle n'a pas pu avoir d'influence sur la décision de redressement (Conseil d'Etat, Section, 16 avril 2012, n° 320912, Meyer).

Mais cette jurisprudence a reçu très peu d'applications positives¹ : quasiment toutes les règles de procédure comportent des garanties pour le contribuable et leur violation entraîne la décharge de l'imposition.

En ce qui concerne le bien-fondé de l'imposition, le juge vérifie, s'il est saisi d'un moyen en ce sens par le contribuable, chacun des éléments pris en compte pour la détermination de l'impôt.

- Par exemple, pour l'impôt sur le bénéfice des sociétés, il peut vérifier le caractère imposable de chacune des recettes de l'entreprise et le caractère déductible de chacune des dépenses.

Le juge peut aussi, s'il est saisi d'un moyen en ce sens par l'administration, substituer une nouvelle base légale à la base légale erronée initialement retenue par l'administration.

- Par exemple, pour l'impôt sur le revenu, il peut confirmer le caractère imposable des sommes perçues par le contribuable dans la catégorie des salaires si l'administration les avait initialement imposées, à tort, dans la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux.

Le juge fiscal peut encore, à la demande du contribuable ou de l'administration, opérer une compensation entre une imposition excessive et une imposition insuffisante sur un autre point, s'agissant d'un impôt donné et pour une même période d'imposition.

Enfin le juge exerce un contrôle de la conformité des textes appliqués par l'administration aux règles de droit supérieures.

Si l'administration fiscale a appliqué des dispositions réglementaires adoptées par le Gouvernement (décret du Premier ministre ou arrêté ministériel), le contribuable peut soutenir que ces dispositions sont contraires à la loi. Si le juge lui donne raison, cela conduira à la décharge de l'imposition.

Il en va de même si le contribuable soutient que les dispositions de la loi dont il a été fait application sont contraires (1) à la Constitution ou (2) au droit de l'Union européenne.

Dans le premier cas, le juge fiscal ne peut pas écarter lui-même la loi, mais il peut renvoyer au Conseil constitutionnel une «question prioritaire de constitutionnalité» par laquelle le justiciable soutient que la loi est contraire aux droits et libertés garantis par la Constitution. Si le Conseil constitutionnel juge que la loi est contraire à

¹ Deux cas seulement dans la jurisprudence du Conseil d'Etat :

- Conseil d'Etat 24 avril 2012, n° 326979, <LEC><INT>SA Descas père et fils (notification de redressement indiquant le montant en base résultant d'un redressement déterminé, mais omettant ce montant dans le tableau récapitulatif des conséquences financières des redressements, cette omission ayant été réparée, dans le délai de reprise, par un courrier comportant le nouveau tableau récapitulatif se substituant au tableau erroné initial);
- Conseil d'Etat 17 mars 2016, n° 381908, ministre des finances c/ M. Monsterleet (absence d'information donnée au contribuable sur l'origine d'un renseignement obtenu d'un tiers et utilisé pour fonder le redressement dans le cas particulier où il est établi que le contribuable avait nécessairement connaissance du renseignement en cause).

la Constitution, l'application de la loi est écartée. Cela conduit, en contentieux fiscal, à la décharge de l'imposition établie sur la base d'une loi inconstitutionnelle (Conseil d'Etat, 6 avril 2016, Société Metro Holding France, n° 367256).

Dans le second cas, le contribuable peut demander au juge fiscal d'écarter l'application de la loi nationale au motif qu'elle est contraire au droit de l'Union européenne, que ce soit le droit primaire (traités) ou le droit dérivé (directives). Le juge fiscal peut, s'il estime que la difficulté est sérieuse, saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Si la Cour de justice dit pour droit que le droit de l'Union fait obstacle à ce que de telles dispositions soient appliquées, le juge accorde la décharge de l'imposition.

Ce cas se présente assez souvent devant le Conseil d'Etat (V. en dernier lieu Conseil d'Etat, 26 juin 2017, Sté Euro Park Service, n° 369311).

SAŽETAK:

SPOR U POREZNIM STVARIMA: ROKOVI ZASTARE I OVLASTI SUCA

Rad se bavi pitanjem normativnim okvirom francuskog poreznog spora, posebno glede pitanja rokova zastare i ovlasti sudaca. Cilj francuskog poreznog prava je uskladiti načelo zakonitosti s pravnom sigurnošću poreznih obveznika. Porezni sporovi odnose se samo na određena porezna razdoblja, jer i država i porezni obveznici imaju zakonom definirane rokove za djelovanje. Institut zastarnog roka („délai de reprise“) predstavlja razdoblje tijekom kojeg uprava može obračunati dodatni porez nakon poreznog nadzora. Opći rok iznosi šest godina, ali se u praksi najčešće primjenjuje rok od tri godine za porez na dohodak, porez na dobit i porez na dodanu vrijednost. U slučajevima prijevare ili prikrivanja imovine u inozemstvu rok se može produžiti na deset godina. Ako porezna uprava tijekom nadzora pošalje prijedlog ispravka poreza, zastarni rok se prekida i počinje teći ispočetka. Institut prigovora poreznog obveznika („délai de réclamation“) predstavlja institut kojim porezni obveznik može osporavati porez. Prije obraćanja sudu potrebno je podnijeti prigovor poreznoj upravi, koja ima šest mjeseci za odgovor. Ako odgovor izostane, smatra se da je zahtjev odbijen i porezni obveznik može pokrenuti upravni spor. Francuski sudovi imaju široke ovlasti jer se porezni spor smatra sporom pune jurisdikcije. Sud ne samo da može poništiti odluku uprave, nego može i meritorno odlučiti. Sud provjerava zakonitost postupka i pravilnost obračuna poreza. Ako utvrdi proceduralne pogreške ili nezakonitu primjenu zakona, može staviti van snage poreznu obvezu. Također može ocjenjivati usklađenost francuskih propisa s Ustavom i pravom Europske unije, a po potrebi uključiti i Ustavno vijeće ili Sud Europske unije

Dr. sc. Zoran Šinković*

NAČELO GOSPODARSKOG PRISTUPA ČINJENICAMA BITNIMA ZA OPOREZIVANJE

UDK: 336.2

Primljeno: 15. 12. 2017.

Pregledni rad

Načela su korisna u utvrđivanju značenja pravila, to jest u tumačenju poreznog prava, a kombinacija načela, poput općeg pravila, i specifičnih pravila pomaže stvaranju integriranog porezno-pravnog sustava. U tumačenju poreznih propisa gospodarsko tumačenje ima značajan ulogu odnosno načelo gospodarskog pristupa činjenicama bitnima za oporezivanje, koje kodificira načelo prevage sadržaja u odnosu na formu. Na istom je tragu moguće istaknuti prividne i prikrivene pravne poslove bez kojih bi primjena navedenog načela u praksi bila znatno otežana. Nužno je promijeniti odredbe Općeg poreznog zakona vezane za načelo gospodarskog pristupa činjenicama bitnima za oporezivanje i prividne pravne poslove, što bi zasigurno pomoglo da porezna odnosno sudska praksa postanu još kvalitetnije u primjeni poreznih propisa.

Ključne riječi: *gospodarski pristup, prividni pravni poslovi, prikriveni pravni poslovi*

1. UVOD

Gospodarsko tumačenje pravnih propisa predstavlja specifičnost poreznog prava. Doduše, i u drugim pravnim disciplinama poznato je takvo tumačenje, ali se ono rijetko priznaje.

Nije porezno pravo bez razloga onaj segment prava iz kojeg se razvilo gospodarsko tumačenje pravnih propisa. Porezno je pravo, naime, u najužoj vezi s takvim događajima i činjenicama koje se isplati oporezivati. Takva uska povezanost poreznog prava s navedenim događajima i činjenicama posljedica je toga što država najveći dio svojih prihoda ostvaruje ubiranjem poreza. Ali, ubirući poreze, država mora voditi računa i o načelu gospodarske sposobnosti, tj. mora naplaćivati poreze u skladu s gospodarskom snagom poreznih obveznika. A pitanje određivanja gospodarske sposobnosti nemoguće je bez zauzimanja gospodarskog stajališta i gospodarskog tumačenja pravnih pojmova.¹

Iz toga proizlazi da gospodarsko tumačenje poreznih propisa i nije ništa drugo nego tumačenje identično teleološkom postupku tumačenja. I kod gospodarskog

* docent Pravni fakultet Sveučilište u Splitu.

¹ Bo. Jelčić i drugi, *Financijsko pravo i financijska znanost*, Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 540.

tumačenja se, kao i kod teleološkog, polazi od cilja koji porezni propis mora ostvariti, a to je pravedno oporezivanje.²

Unatoč tome što se gospodarsko tumačenje u poreznom pravu primjenjuje već od dvadesetih godina prošlog stoljeća, do današnjih dana nema njegove precizne definicije.³

Za naše potrebe, gospodarsko tumačenje poreznih propisa opisat ćemo kao pripisivanje gospodarskog smisla pojmovima iz drugih pravnih područja, posebno iz područja građanskog prava.⁴

Navest ćemo slučajeve kod kojih se najčešće pojavljuje potreba za primjenom metode gospodarskog tumačenja pravnih pojmova: a) kod nezakonitih postupaka i postupaka protivnih javnom moralu, b) kod prividnih pravnih poslova, c) kod priračunavanja gospodarskih dobara, d) kod odnosa povjerenja, odnosno skrivenog zastupništva, e) kod posjedovanja tuđeg predmeta i f) kod vlasništva u funkciji osiguranja.

2. TUMAČENJE ODNOSNO UTVRĐIVANJE ČINJENICA PREMA GOSPODARSKOJ BITI

U hrvatskom poreznom pravu načelo gospodarskog pristupa činjenicama bitnima za oporezivanje regulirano je čl. 11. Općeg poreznog zakona.⁵

Čl. 11. st. 1. Općeg poreznog zakona propisuje da se porezne činjenice utvrđuju prema njihovoj gospodarskoj biti.⁶

Iz navedene zakonske odredbe zaključuje se da za utvrđivanje porezne obveze određenog subjekta nije bitan njegov pravni položaj u odnosu na djelatnost iz koje nastaje porezna obveza nego gospodarski učinci, što ih je, bilo baveći se određenom djelatnošću, bilo temeljem drugih osnova, postigao.⁷

Čl. 11. st. 2. Općeg poreznog zakona propisuje ako je prihod, dohodak, dobit ili druga procjenjiva korist ostvarena bez pravne osnove, porezno tijelo utvrdit će poreznu obvezu u skladu s posebnim zakonom kojim se uređuje pojedina vrsta poreza.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ O odnosu između financijskog (poreznog) prava i građanskog prava detaljnije vidjeti u: D. Birk i drugi, *Steuerrecht*, 18. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2015./16., str. 17-18, K. D. Drüen, *Allgemeines Steuerrecht*, 16. Auflage, Alpmann Schmidt, Münster, 2017., str. 2-4.

⁵ Narodne novine, br. 115/16.

⁶ Gospodarska cjelina je sva imovina i obveze što u poslovnom i organizacijskom smislu čini samostalni subjekt, odnosno subjekt sposoban za samostalno poslovanje (čl. 38. st. 1. Općeg poreznog zakona). Vrijednost gospodarske cjeline procjenjuje se prema tržišnoj cijeni, a tržišnom se cijenom smatra ona cijena koja bi se mogla postići u uobičajenom poslovnom prometu. Neuobičajeni popusti u poslovanju ili osobni popusti ne uzimaju se u obzir (čl. 41. st. 1. i 2. Općeg poreznog zakona).

⁷ M. Budić i drugi, *Opći porezni zakon s komentarom*, Institut za javne financije, Zagreb, 2001., str. 26.

Iz navedene zakonske odredbe zaključuje se da na utvrđivanje porezne obveze ne utječe činjenica je li prihod, dohodak, dobit ili druga procjenjiva korist stečena na odgovarajućoj pravnoj osnovi (vlasništvo, legitimni posjed) ili bez pravne osnove (uzurpacija). Onaj tko je ostvario prihod, dohodak, dobit ili drugu procjenjivu korist dužan je platiti porez bez obzira na način stjecanja, dakle oporezuje se i protupravno stjecanje, samo što se porezna obveza utvrđuje sukladno zakonu što uređuje pojedinu vrstu poreza. Svi ostali odnosi i njihovo pravno sređivanje nisu predmet poreznog postupka, a zainteresirani ih mogu pokretati pred drugim nadležnim tijelima državne vlasti (upravnim tijelima, sudovima).⁸

Čl. 11. st. 3. Općeg poreznog zakona propisuje ako je u kaznenom ili prekršajnom postupku pravomoćnom odlukom izrečena zaštitna mjera oduzimanja imovinske koristi ostvarene protupravnom radnjom, porezni akt kojim je utvrđena porezna obveza poništiti će se na zahtjev poreznog obveznika.

Iz navedene zakonske odredbe zaključuje se da će se porezni akt (porezno rješenje) kojim se utvrđuje porezna obveza poništiti na zahtjev poreznog obveznika, ako su mu pravomoćnom odlukom u kaznenom ili prekršajnom postupku utvrđene vrsta i visina kazne odnosno izrečena zaštitna mjera oduzimanja imovinske koristi iz razloga što je u tom slučaju stjecanje (neke imovinske koristi) poništeno, a kako nema porezne osnove, nema ni porezne obveze. Ako bi, na primjer, kazneni ili prekršajni postupak bili pravomoćno okončani prije poreznog postupka i imovinska korist oduzeta, postupak oporezivanja ne bi se provodio.

⁸ Ibid.

Drugim riječima, u hrvatskom poreznom zakonodavstvu ne nalazimo opće pravilo protiv izbjegavanja poreza.^{9, 10} Međutim, postoje određene odredbe kojima je moguće ostvariti slične ciljeve. A od posebnog je značaja, kako je već gore objašnjeno, odredba iz čl. 11. st. 1. Općeg poreznog zakona, koja propisuje tzv. „gospodarski pristup“ u postupku utvrđivanja porezne obveze, odnosno kojom

⁹ Podrobnije vidjeti u: T. Rogić Lugarić i drugi, „Pravni status poreznih izdataka: Stanje i perspektive“, *Zbornik radova „Skrivena javna potrošnja: sadašnjost i budućnost poreznih izdataka“*, Institut za javne financije, Zagreb, 2012., str. 175-196.

¹⁰ Zakonodavni instrumenti namijenjeni suprotstavljanju zakonitom izbjegavanju poreza dijele se u dvije skupine: 1) tzv. posebna pravila, i 2) tzv. opća pravila. Porezni sustavi većeg broja država sadrže obje vrste instrumenata. Glavna je razlika u njihovom opsegu primjene, tj. u vrsti ponašanja protiv kojega su usmjereni. Posebna su pravila namijenjena sprečavanju specifičnih struktura zakonitog izbjegavanja poreza, poput transfernih cijena ili potkapitalizacije. S druge strane, opća pravila imaju puno širi opseg primjena te čine svojevrsnu „zaštitnu mrežu“ protiv izbjegavanja poreza. Temeljna je uloga općeg pravila označiti zakonsku granicu između prihvatljivog poreznog planiranja i neprihvatljivog izbjegavanja poreza, i to tako da se poreznim tijelima i sudovima na raspolaganje stavi niz kriterija koje moraju uzeti u obzir prilikom odlučivanja o prihvatljivosti specifičnog ponašanja poreznog obveznika. Iako se opća pravila razlikuju od države do države, moguće je odrediti i neka njihova zajednička obilježja. Prvo, opće se pravilo može primijeniti samo ako porezni obveznik poduzimanjem određene transakcije (ili više njih), ostvaruje poreznu pogodnost (npr. porezno izuzeće), koju inače ne bi ostvario. Drugo, primjena općeg pravila ovisi o svrsi ili cilju koji stoji iza transakcije. Opće se pravilo primjenjuje samo ako je svrha transakcije bila ostvarenje porezne pogodnosti, što navodi na zaključak da je svrha ključni element koncepta zakonitog izbjegavanja poreza. Iako se utvrđivanje svrhe, inherentno mentalnog elementa transakcije, može činiti složenim, iskustva većeg broja država ukazuju na moguće oslanjanje na određene objektivne elemente (npr. komercijalna supstanca transakcije). U tom smislu očiti se problem sastoji u razlikovanju „porezne svrhe“ transakcije od druge poslovne (komercijalne) svrhe. Naime, iz perspektive poreznih obveznika, porezne pogodnosti pridonose povećanju ukupnog neto povrata, što promatranoj transakciji daje poslovno opravdanje. Sa stajališta nositelja porezne politike, kako je već navedeno supra (gore), od ključne je važnosti označiti granicu između poreznog planiranja i izbjegavanja poreza, a kriterij svrhe transakcije čini se nepodobnim za ostvarenje tog cilja. To se potvrđuje i u vidu tzv. poreznih izdataka, putem kojih država potiče poduzimanje određenih aktivnosti i kroz koje se ostvaruje regulatorna funkcija oporezivanja. Zato je ključni korak u kvalifikaciji određene porezno motivirane aktivnosti kao izbjegavanja poreza utvrđivanje nesuglasja između njezinih rezultata, tj. ostvarene porezne pogodnosti, i cilja relevantnog poreznog pravila. Drugim riječima, konstitutivni element izbjegavanja poreza jest zlorporaba (poreznog) prava, što potvrđuju i opća pravila u mnogim državama. Dodatna teškoća u oslanjanju na svrhu transakcije kao uvjet za primjenu općeg pravila krije se u relativnoj važnosti drugih mogućih ciljeva transakcije. Iako ne postoji jedinstveno rješenje, postojanje značajne neporezne svrhe transakcije obično isključuje primjenu općeg pravila. Ako su svi gore navedeni uvjeti za primjenu općeg pravila u odnosu na konkretnu transakciju ispunjeni, porezna tijela ovlaštena su uskratiti ili poništiti ostvarene porezne pogodnosti. Također, u brojnim državama porezna tijela imaju i pravo rekonstrukcije pravnog posla u skladu s utvrđenom ekonomskom stvarnošću te posljedičnog nametanja poreza na novoutvrđeni pravni posao. Iako prepuštanje tako širokih ovlasti poreznoj administraciji izaziva prijeopore, to je ključan element svakog općeg pravila. U svakom slučaju, nositelji porezne politike moraju težiti da pomoću drugih obilježja općeg pravila daju poreznim tijelima dovoljno precizne smjernice za njegovu pravilnu primjenu. Jedno od porezno-tehničkih rješenja sastoji se i u ustanovljavanju posebnog savjetodavnog tijela, tzv. odbora za primjenu općeg pravila, čiji je zadatak štititi interese poreznog obveznika i davati savjete poreznim tijelima. Navedeno prema: S. Gadžo i drugi, „Analiza normativnog okvira za sprječavanje zakonitog izbjegavanja poreza u Hrvatskoj: Prijedlog izmjena u skladu s pravom Europske unije“, *Financijska teorija i praksa*, br. 25., Institut za javne financije, Zagreb, 2014., str. 281-282, C. Atkinson, „General anti-avoidance rules: Exploring the balance between the taxpayer's need for certainty and the government's need to prevent tax avoidance“, *Journal of Australian Taxation*, No. 14/12., str. 1-56.

se kodificira načelo prevage sadržaja u odnosu na formu.¹¹ Načelo gospodarskog pristupa omogućuje poreznim tijelima da oporezuju dobit ostvarenu kaznenim djelom, s obzirom na to da se porez nameće na ekonomsku supstancu, a priroda pravnog posla koji je doveo do ostvarenja dobiti nije bitna za porezno pravo. Sukladno tomu, načelo gospodarskog pristupa može se smatrati i potencijalno moćnim alatom usmjerenim protiv izbjegavanja poreza, usporedivim s općim pravilom. Međutim, odredbe Općeg poreznog zakona o gospodarskom pristupu nedovoljno su precizne i ne pružaju detaljnije upute za njihovu primjenu poreznim tijelima. Stoga nije iznenađujuće da – unatoč tomu što su ove odredbe u nepromijenjenom obliku na snazi još od 2001. godine – njihova uloga pri sprečavanju izbjegavanja poreza nije prepoznata od strane poreznih tijela.^{12, 13}

3. KRATKI PRIKAZ PRIMJENE NAČELA GOSPODARSKOG PRISTUPA ČINJENICAMA BITNIMA ZA OPOREZIVANJE U KOMPARATIVNIM POREZNIM SUSTAVIMA

U vajmarskoj i nacističkoj Njemačkoj, Zakon o javnim davanjima Rajha – Reicha (njem. Reichsabgabenordnung) iz 1919. godine propisao je da se porezni zakoni tumače u skladu s „gospodarskom interpretacijom“, što su sudovi u praksi često primjenjivali. U Saveznoj Republici Njemačkoj, međutim Savezni je financijski sud (njem. Bundesfinanzhof) uspostavio primat koncepcije privatnog prava u tumačenju poreznih zakona, a iz novog Zakona o javnim davanjima (njem. Abgabenordnung) donesenog 1977. godine,¹⁴ izostavljena je klauzula o „gospodarskoj interpretaciji“, ali je ugrađeno nekoliko novih odredaba.¹⁵ Tako novi Zakon o javnim davanjima¹⁶ čl. 40. propisuje da će se oporezivati svaka transakcija, makar bila i protuzakonita (na primjer oporezuje se i dobit ostvarena prodajom narkotika, nedozvoljeno priređivanje igara na sreću, prostitucija i slično), odnosno za oporezivanje bi trebalo biti sporedno ako je potpuno ili djelomično oporeziva djelatnost suprotna zakonu, zabrani ili javnom

¹¹ Glavom 1 (7) mađarskog Zakona o poreznoj upravi doktrina da je sadržaj važniji od forme dopušta poreznim vlastima djelovanje na temelju norme kojom je propisano da je, za potrebe oporezivanja, pravna bit važnija od pravne forme, ali im ne dopušta da pri oporezivanju uzimaju u obzir samo ekonomsku bit, a zanemaruju pravnu. Navedeno prema: R. Prebble, „Treba li Hrvatska opće pravilo za sprječavanje zakonitog izbjegavanja porezne obveze?“, Prijedlog promjena važećega hrvatskog zakonodavstva, *Financijska teorija i praksa*, br. 29., Institut za javne financije, Zagreb, 2005., str. 275.

¹² T. Rogić Lugarić i drugi, *Pravni status... o. c.*, str. 175-196.

¹³ U tom kontekstu valja navesti i čl. 39. Općeg poreznog zakona u kojem se propisuje ako neka druga osoba, a ne vlasnik, ima pravo raspolaganja gospodarskom cjelinom na način da može vlasnika gospodarski isključiti od utjecaja na to dobro, tada se u poreznom smislu smatra da ta gospodarska cjelina pripada toj drugoj osobi. Kod fiducijarnih (povjereničkih) odnosa smatra se da gospodarska cjelina pripada fiducijaru (povjereniku).

¹⁴ BGBl. I S. 613, ber, 1977. I S. 269., 1. Januar 1977.

¹⁵ D. Popović, *Poresko pravo*, Pravni fakultet Beograd, Beograd, 2008., str. 47.

¹⁶ Art. 6. G vom 18. Juli 2017., (BGBl. I S. 2745, 2751), 29. Juli 2017., (Art. 12. G vom 18. Juli 2017.).

poretku.^{17, 18} Istina, njemački Savezni ustavni sud (njem. Bundesverfassungsgericht), oprezno zauzima stajalište da „sudskim odlukama u poreznom pravu nije zabranjeno da pridaju značaj izmijenjenim gospodarskim okolnostima putem razvijanja prava (njem. Rechtsfortbildung)“.

U austrijskom poreznom pravu načelo gospodarskog pristupa činjenicama bitnima za oporezivanje propisano je u čl. 21. Saveznog zakona o javnim davanjima (njem. Bundesabgabenordnung – BAO). Ta odredba navodi: „sukladno načelu gospodarskog pristupa nužno je uzeti u obzir pravu ekonomsku bit pravnoga posla (njem. wahre wirtschaftliche Gehalt) pri odlučivanju o poreznim pitanjima (njem. die eurteilung abgabenrechtlicher Fragen), a ne izvanjski privid činjenica (njem. nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend)“.¹⁹

Tako, primjerice, u Sjedinjenim Američkim Državama američki sudovi oslanjali su se na interpretativna načela koja su se temeljila na ekonomskoj stvarnosti transakcija poreznih obveznika. Proliferacijom prijevanih ponašanja od strane poreznih obveznika i agresivnog poreznog planiranja, u Sjedinjenim Američkim

Državama su se u posljednjih dvadeset godina razvile mnogobrojne teorije poput *substance over form doctrine*, *step transaction*, *sham transaction* ili *economic substance* (*XE economic substance*). Često su ih sudovi upotrebljavali zajedno, kako bi spriječili stjecanje koristi iz prijevanih ponašanja.²⁰

Sve te doktrine, osim *economic substance*, nisu imale pravnu podlogu. Sukladno toj teoriji, činjenice se trebaju utvrditi prema njihovoj ekonomskoj realnosti, a ne prema njihovoj formi. Vrlo slično nalaže i doktrina *step transaction* u smislu da ovlašćuje američku poreznu upravu (Internal Revenue Service – IRS) da otkloni pravnu formu kako bi došla do prave ekonomske supstancije određenog pravnog posla. U slučaju doktrine *step transaction*, više zasebnih pravnih poslova može se promatrati kao jedan jedinstveni pravni posao za potrebe oporezivanja. Napokon, doktrina *economic substance*, koja je inicijalno nastala u presudi *Gregory v. Helvering* (1935. godine), da bi potom bila regulirana u ožujku 2010. godine u američkom poreznom zakoniku „Internal Revenue Code“ (IRC), služila je kao metoda za utvrđivanje činjenica koja je dopuštala poreznoj upravi da ne prizna određene porezne povlastice i prednosti u slučajevima u kojima je pravni posao bio poduzet isključivo u svrhu smanjenja porezne obveze (US: SC, 2008, *Boulware v. United States*, 552 U.S. 421 (2008)).

¹⁷ Abgabenordnung, 9. Auflage, Hemmer Wüst Verlag, Würzburg, 2016., str. 19-20.

¹⁸ Zanimljivo je navesti da je Zakonom o prostituciji (njem. Prostituiertenschutzgesetz) prostitucija legalizirana kao i svaka druga djelatnost koja se obavlja na tržištu. Stoga se prostitucija oporezuje prema Zakonu o porezu na dohodak (njem. Einkommensteuergesetz) kao dohodak od samostalne djelatnosti – slobodna zanimanja. Iako je ta djelatnost protivna čl. 138. I njemačkog građanskog zakonika (njem. Bürgerliches Gesetzbuch – BGB), odnosno takve se djelatnosti s aspekta građanskog prava smatraju ništetnim, dok s poreznog aspekta proizvode pravne učinke i oporezuju se. Navedeno prema: Schmidt, *Einkommensteuergesetz: EStG*, 36. völlig neubearbeitete Auflage, C. H. Beck, München, 2017., str. 25.

¹⁹ BGBl. Nr. 194/1961, 28. Juni 1961., BGBl. I Nr. 136/2017. Također detaljnije vidjeti u: D. Hohenwarter, „Austria Report“ u: G. Maisto, *Tax treaties and Domestic Law*, IBFD, 2006., str. 194.

²⁰ N. Čičin Šain, „Postoji li potreba za općim pravilom za sprečavanje izbjegavanja poreza u hrvatskom poreznom pravu, tzv. Gaar?“, *Pravni vjesnik*, br. 2., Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku, Osijek, 2016., str. 113.

Međutim, promotrimo li pozornije tu doktrinu na način na koji je ista normirana u čl. 7701(o) IRC-a, odnosno u slučaju postojanja neke transakcije u kojoj je postojanje ekonomske biti relevantno, takva će se transakcija smatrati da ima ekonomsku bit, samo ako: a) transakcija smisleno mijenja ekonomsku situaciju poreznog obveznika (osim poreznih posljedica) i ako b) porezni obveznik ima neku stvarnu potrebu za ulazak u tu transakciju (osim postizanja poreznih učinaka).²¹

4. PRIVIDNI I PRIKRIVENI PRAVNI POSLOVI U GRAĐANSKO-PRAVNOM SMISLU

U skladu s gore navedenim, a neposredno vezano za gospodarski pristup činjenicama bitnima za oporezivanje, na istom je tragu moguće istaknuti prividne i prikrivene pravne poslove.

Riječ fiktivan odnosno fikcija dolazi od lat. *fictus, fingere* = izmišljen, promišljen, lažan, nepostojeći, prividan. U pravnoj praksi, fikcija je (engl. *fiction of law*, njem. *Fiktion*), franc. (*fiction*) pravna činjenica za koju se zna da se nije dogodila ili da se neće dogoditi, ali se uzima kao da se dogodila, kako bi mogao nastati, promijeniti se ili prestati pravni odnos (stav, zaključak, ili misao o toj činjenici).²²

Pravni posao zaključuje se ugovorom (lat. *contractus*, engl. *contract*, njem. *Vertrag*, franc. *contrat*). Ugovorom se, prema tome, može smatrati dokument o zaključenju pravnog posla suglasnim očitovanjem volja dviju ili više osoba (pravnih, fizičkih, građana) što bi imao proizvesti dopuštene pravne učinke – postanak, prestanak ili promjenu pravnog odnosa.²³

Prividan je (simuliran ili fiktivan) ugovor kakav nije sklopljen suglasnošću volje ugovornih strana, nego suglasnošću volje ugovornih strana da se stvori samo privid (fikcija) o zaključenju ugovora.

Prividan (simuliran ili fiktivan) pravni posao porezni obveznici zaista zaključuju, ali su pri tom suglasni da ga uopće ne žele zaključiti, ili žele, ali pravni posao s drugačijim sadržajem i pravnim učincima u usporedbi s onim što ga u potpisanu dokumentu prikazuju prema vani. Simulacija je oblik svjesna nesklada volje i očitovanja, tj. izjavljena volja ne odgovara unutarnjoj volji poreznog obveznika koji zaista ne žele zaključenje pravnog posla i nastup pravnih učinaka toga posla, pa njihova očitovanja volje zato ne mogu dovesti do nastanka posla.^{24, 25}

²¹ Ibid., str. 113-114.

²² Z. Vukšić, „Otkrivanje fiktivnih poslova pri poreznom nadzoru“, *Porezni vjesnik*, br. 12., Institut za javne financije, Zagreb, 2010., str. 32.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid., str. 33.

²⁵ Najčešći je cilj zaključivanja prividnih pravnih poslova zaobići pravne propise, izigrati nekoga trećeg, prikriti od trećih stvarne nakane, steći materijalnu dobit i slično.

Prividni ugovori opisani su u čl. 285. st. 1. Zakona o obveznim odnosima²⁶ gdje se propisuje da prividan ugovor nema učinka među ugovornim strankama.

Iz navedene zakonske odredbe zaključuje se da se radi o tzv. „apsolutnoj simulaciji“, odnosno kada je sklopljen ugovor među strankama koje takav ugovor uopće nisu željele sklopiti. Takav je ugovor zapravo ništetan, jer ne postoji volja stranaka.

Drugim riječima, to su poslovi u kojima stranke prema trećima namjerno i sporazumno simuliraju zaključenje pravnog posla, a među njima zapravo ne nastaje nikakav pravni odnos jer niti žele zaključiti pravni posao niti njegove moguće učinke.²⁷

U čl. 285. st. 2. Zakona o obveznim odnosima propisuje se ako prividan ugovor prikriva neki drugi ugovor, taj drugi vrijedi ako je udovoljeno pretpostavkama za njegovu pravnu valjanost.

Iz navedene zakonske odredbe zaključuje se da se radi o tzv. „relativnoj simulaciji“, odnosno situaciji u kojoj su stranke sklopile ugovor kako bi prikrile neki drugi ugovor koji su zapravo željele sklopiti. I u ovoj situaciji postoji ništetnost ugovora zbog pomanjkanja volje stranaka, no kako su stranke ipak htjele sklopiti drugi ugovor, taj drugi ugovor bit će važeći.

Drugim riječima, posrijedi je tzv. „relativna simulacija“ namjerna i radi se o sporazumnom zaključenju pravnog posla koji stranke ne žele, kako bi se prikrio drugi pravni posao kakav udovoljava stvarnoj volji (prikriveni ili disimuliran pravni posao), isti je valjan i proizvodi pravne učinke među strankama.²⁸

²⁶ Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11 i 78/15.

²⁷ Kod prividnog (simuliranog) ugovora postoji svjestan nesklad između volje i očitovanja (mana volje), a nastaje kad se ugovorne strane sporazumno i namjerno očituju o sklapanju određenog ugovora da bi se kod trećih osoba izazvao lažan dojam, iako one ne žele da ugovor nastane i pravno djeluje. Između ugovornih strana prividan ugovor nema pravnog učinka, ništetan je i s njim se postupa kao da nije niti sklopljen. Ništetnost tog pravnog posla djeluje ex tunc, tj. od samog trenutka njegova sklapanja i zato se on ne može pobijati (Sudska odluka Županijskog suda Republike Hrvatske u Varaždinu, broj: GŽ 851/08-2., od 2. lipnja 2008. godine). Bitna pretpostavka za postojanje prividnog ugovora jest suglasnost volja ugovornih stranaka o njegovoj prividnosti, odnosno suglasnost o sklapanju nekog drugog („pravog“) ugovora koji taj prividni ugovor prikriva. Mora postojati svijest – ugovorna volja o stvarnom sklapanju oba ugovora, a pobude iz kojih su ugovori sklopljeni ne utječu na njihovu valjanost (Sudska odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-III/2752/2013., od 15. listopada 2015. godine).

²⁸ Tek kad bi se utvrdilo postojanje svih bitnih sastojaka nekog drugog, određenog pravnog posla (disimuliranog ugovora), moglo bi se prosuđivati pitanje njegove valjanosti i postojanje obveze među strankama ugovora (Sudska odluka Županijskog suda Republike Hrvatske u Dubrovniku, broj: GŽ 1073/15., od 28. studenog 2016. godine). Pod tom pretpostavkom, a i s obzirom na to da ga stranke doista žele, disimulirani pravni posao je valjan i proizvodi pravne učinke među ugovornim strankama pa takav pravni posao nije ništetan te nema osnove za prihvaćanje tužbenog zahtjeva za utvrđenje disimuliranog pravnog posla ništetnim (Sudska odluka Županijskog suda Republike Hrvatske u Splitu, broj: GŽp 929/2009-1., od 10. ožujka 2011. godine). No, primjerice, disimuliranog ugovora nema ako su prednici tužitelja, istina, htjeli jedan drugi ugovor – ugovor o doživotnom uzdržavanju, ali ne s tuženikom s kojim je potpisan ugovor već s njegovim ocem (imaju isto ime i prezime) s kojim su i pregovarali. On pak takav ugovor nije zaključio time da bi ga prikrio ugovorom o prodaji (Sudska odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, broj: Rev 2235/1990-2., od 22. prosinca 1992. godine).

U čl. 285. st. 3. Zakona o obveznim odnosima propisano je da se prividnost ugovora ne može isticati prema trećoj savjesnoj osobi. Treći je savjestan, ako nije znao niti morao znati da je pravni posao prividan (simuliran ili fiktivan).²⁹

4. PRIVIDNI I PRIKRIVENI PRAVNI POSLOVI U POREZNO-PRAVNOM SMISLU – ZLOUPORABA PRAVA

U francuskom pravu, koncept zlouporabe prava prenesen je iz drugih grana prava u porezno pravo pa je stoga potrebno referirati se na te grane prava. Ta bi se transpozicija mogla opisati kao prenošenje jedne teorije, nastale u jurisprudenciji sudova, koja je bila naknadno legitimizirana zasebnim pravnim temeljem.³⁰

Zlouporaba prava (u širem smislu) može se provesti na dva načina – prvo preko prividnog (simuliranog fiktivnog) pravnog posla, a drugo preko zlouporabe prava u užem smislu – izbjegavanje poreza.

U prvom je slučaju riječ o aktu/ponašanju poreznog obveznika (no nestvarnom) iz kojeg se pokaže stanoviti izmišljeni posao ili se prikriva stvarna priroda ostvarenog pravnog posla. U drugom pak slučaju porezni obveznik traži olakšice slijedom doslovne primjene teksta ili odluke no u suprotnom smjeru od zamišljenih ciljeva, pri čemu je njegovo ponašanje motivirano isključivo izbjegavanjem ili umanjivanjem poreznih obveza koje bi inače morao podnijeti s obzirom na svoju situaciju ili stvarne aktivnosti.³¹

Zanimljivo je da francuska porezno-pravna teorija, točnije njihov eminentni profesor poreznog prava Maurice Cozian, razlikuje simulaciju kao posljedicu fiktivnih ugovora (franc. *actes fictifs*), „zamaskiranih ugovora“ (franc. *actes déguisés*) te onih gdje postoji interpozicija određene osobe (franc. *interposition de personnes*). Prva vrsta simulacije postoji kada simulirani pravni posao zapravo uopće ne postoji u stvarnosti, a druga vrsta postoji kada isti postoji u stvarnosti, ali su stranke zapravo njime htjele postići neku drugu svrhu (slično njemačkoj teoriji odnosno primjeru iz sudske prakse, tzv. „unakrsne najamnine“).³² Treća vrsta

²⁹ Prividnost ugovora ne može se isticati prema trećoj, savjesnoj osobi. Ako je jedna ugovorna stranka, znajući da je ugovor prividan, isplatila temeljem tog ugovora određen novčani iznos trećoj osobi i time tu treću osobu održavala u zabludi da se pridržava prividnog ugovora, ne može zahtijevati vraćanje isplaćenog novčanog iznosa od te treće savjesne osobe, a niti isplaćeni novčani iznos potraživati od druge ugovorne stranke prema odredbama o naknadi štete (Sudska odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: PŽ-6070/08., od 17. prosinca 2008. godine). U slučaju kada je treća osoba bila savjesna, a zbog fiktivnog ugovora je nešto dala, onda joj se to što je dala mora vratiti, a pored toga ima pravo tražiti naknadu štete od ugovornih stranaka. Kada je treća osoba bila nesavjesna, jer je znala ili morala znati da je predmetni ugovor fiktivan, vraća joj se ono što je dala ili primila, ali nema pravo na naknadu štete od ugovornih stranaka (Sudska Odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: PŽ 5276/07-3., od 20. studenog 2007. godine).

³⁰ N. Čičin Šain, *Postoji... o. c.*, str. 107., C. Robbez Masson, *La notion d'évasion fiscale en droit interne français*, LGDJ, 1990., str. 195.

³¹ T. Rogić Lugarić i drugi, *Pravni status... o. c.*, str. 186.

³² O tzv. „unakrsnoj najamnini“ bit će više riječi poslije.

simulacije naziva se simulacija preko interpozicije određene osobe, gdje je zapravo riječ o tome da je pravni posao realan, no da je stranka tog pravnog posla fingirana (ovdje se koristi termin pravni posao koji je širi od pojma ugovor jer obuhvaća i jednostrane pravne poslove). Prava stranka tog posla ostaje sakrivena, sve dok „osoba koja je posudila ime“ (franc. le prête-nom, odnosno l’homme de paille – slobodni je prijevod „čovjek od slame“) nastupa otvoreno kao stranka pravnog posla.³³ Primjenom članka L 132115 Code civila, francuskog građanskog zakonika, porezna uprava, koja se smatra trećom stranom, ima izbor između toga da prihvati pravni posao koji je simuliran i da oporezuje vidljivu stranku ili da ga ne prihvati te da oporezuje stranku disimuliranog pravnog posla.³⁴

U čl. 12. st. 1. hrvatskog Općeg poreznog zakona propisano je ako se prividnim pravnim poslom prikriva neki drugi pravni posao, tada je osnova za utvrđivanje porezne obveze prikriveni pravni posao. Analizirajući navedenu zakonsku odredbu, dade se zaključiti da se ovdje radi o „načelu sprečavanja zlouporabe pravne norme“.

„Budući da visina, pa čak i postojanje, porezne obveze mogu ovisiti o pravnoj formi nekog posla, porezni obveznik može, radi nezakonitog izbjegavanja porezne obveze, pravni posao koji doista ima namjeru sklopiti, prikriti drugim pravnim poslom, s drugačijim, za njega povoljnijim, poreznim posljedicama. Taj se drugi pravni posao (koji prikriva stvarne namjere poreznog obveznika) naziva prividnim pravnim poslom (...)“.³⁵ Primjenom ovog načela, porezna tijela imaju pravo „dekvalifikacije“ pravnog posla, odnosno njegove karakterizacije sukladne odredbama ugovora ali zanemarujući prividni posao koji vodi izbjegavanju porezne obveze ili, drugačije rečeno, „smatrajući ga sklopljenim u pravnoj formi koja je odraz stvarne namjere osobe koja je zainteresirana sklopiti takav pravni posao“.^{36, 37}

Ne treba zanemariti ni činjenicu da je mašta ljudi u lažiranju financijskih izvješća,³⁸ poreznih prijava, sklapanja prividnih ugovora i slično neograničena, ali ipak postoji iskustvo, spoznaje o tome kako ih se najčešće lažira.³⁹ Za otkrivanje prividnih pravnih poslova nužna su interdisciplinarna znanja u području poreznog prava, upravnog prava, građanskog prava, trgovačkog prava, prava društava, računovodstva, financija i slično.

³³ N. Čičin Šain, Postoji... o. c., str. 109.

³⁴ Ibid.

³⁵ J. Šimović i drugi, *Hrvatski fiskalni sustav*, Narodne novine, Zagreb, 2010., str. 232.

³⁶ Ibid., str. 233.

³⁷ Ovdje je riječ o doktrini simulacije koja se upotrebljava u nizu zemalja kontinentalno-pravne tradicije (izvorno je riječ o institutu podrijetlom iz građanskog prava) i koja se smatra svojevrsnim ekvivalentom konceptu „prijetvornih, simuliranih transakcija“ u zemljama tradicije precedentnog prava, a počiva na „pravnoj stvarnosti“. Navedeno prema: T. Rogić Lugarić i drugi, *Pravni status...* o. c., str. 195.

³⁸ Također se u praksi primjenjuje Beneishev model utvrđivanja mogućeg stupnja manipulacija u financijskim izvješćima. Podrobnije vidjeti u: Z. Vukšić, *Benfordov zakon u poreznom nadzoru*, Informator br. 5700., od 22. listopada 2008., Novi informator d. o. o., Zagreb, 2008., str. 11-18., Z. Vukšić i drugi, „Upravljanje rizicima u planiranju poreznog nadzora“, poseban broj *Poreznog vjesnika*, listopad 2009., Institut za javne financije, Zagreb, 2009., str. 82-92, V. Belak, *Forenzično računovodstvo*, RRIF Konzalting, Zagreb, 2009., str. 156-162.

³⁹ Usporediti Z. Vukšić, „Provedbe poreznog nadzora – Porezne i računovodstvene prijave poreza na dobit“, poseban broj *Poreznog vjesnika*, lipanj 2010., Institut za javne financije, Zagreb, 2010., str. 336-361.

Prividnost određenog pravnog posla može proistći iz fiktivnosti samog poreznog obveznika ili iz fiktivnosti poslovne dokumentacije. Osim fiktivne dokumentacije, postoje, naravno, fiktivni obveznici, u kakvih najčešće nema zaposlenih, nema poslovnih prostorija, nedavno su osnovani ili je promijenjen vlasnik, različito je prebivalište vlasnika i sjedište obveznika, sjedište je na nepostojećoj ili adresi privatnog stana, nema poslovne imovine kakvu bi se možda moglo zaplijeniti, nije upisan u sudski registar ili je upisan fiktivan identitet ili nepostojeća osoba...⁴⁰

Fiktivna dokumentacija jest dokumentacija koja se sastoji od fiktivnih poslovnih dokumenata, ugovora ili temeljnica (poslovne knjige, računi...)⁴¹

Zanimljivo se osvrnuti na praksu porezne uprave i praksu upravnih sudova u Republici Hrvatskoj vezanu za prividne pravne poslove.

Postoje sadržajno različiti prividni pravni poslovi, otkriveni u poreznom nadzoru:

1) porezni obveznici sklopili su ugovor o darovanju (prividni pravni posao), kako bi prikrili kupoprodajni ugovor koji stvarno žele (prikriveni pravni posao), 2) u poslovnim knjigama prikazan fiktivan izvoz robe za poznate kupce, 3) izdavanje fiktivnih računa na nepostojeće kupce u inozemstvu s umanjnim porezom na dodanu vrijednost, 4) pribavljanje fiktivnih ulaznih računa od nepostojećih dobavljača radi povećanja ulaznoga poreza na dodanu vrijednost te umanjnjenja mjesečne ili konačne obveze poreza na dodanu vrijednost ili povrata poreza na dodanu vrijednost, 5) fiktivno prikazivanje manje vrijednosti robe (osobito pri uvozu) radi umanjnjenja osnovice za obračun poreza na dodanu vrijednost, 6) fiktivno prikazivanje umanjnjenoga ili uvećanog prometa, 7) fiktivno planiranje nesolventnosti tako što svjesno izazvanom nesolventnošću obveznik dolazi u situaciju da ne može namiriti obvezu poreza na dodanu vrijednost koji je njegov kupac već odbio (uračunao) kao ulazni porez na dodanu vrijednost, 8) fiktivni obveznik koji ne obavlja bilo kakav promet, ali predaje prijave poreza na dodanu vrijednost u kojima iskazuje pretplatu u velikoj svoti, nakon čega zahtijeva povrat ili prikazuje malene pretplate i sukcesivno neprimjetno ostvaruje povrate, 9) uključivanje fiktivnog obveznika u lanac prometa dvaju stvarnih obveznika od kojih je jedan kupac a drugi dobavljač, tako da im fiktivni obveznik služi kao „tampon“ za umanjnjenje poreza na dodanu vrijednost i slično.⁴²

Upravni sudovi Republike Hrvatske donijeli su niz presuda u kojima su sudili o prividnim pravnim poslovima. Navest ćemo neke od njih: 1) ugovor o kupoprodaji zapravo simulira ugovor o kreditu (zajmu) – porez na dodanu vrijednost ne može se odbiti jer je riječ o prividnom ugovoru,⁴³ 2) porezna uprava je ovlaštena utvrditi da je neki prikriveni pravni akt taj koji će poslužiti za utvrđivanje porezne osnovice

⁴⁰ Z. Vukšić, *Otkrivanje...* o. c., str. 35.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid., str. 45.

⁴³ Sudska odluka Upravnog suda Republike Hrvatske, broj: Us-10297/2004., od 4. lipnja 2008. godine.

– ugovorom o zajmu zapravo se prikriva plaćanje,⁴⁴ 3) prividnim pravnim poslom to jest prodajom poslovnih udjela jednog trgovačkog društva drugom trgovačkom društvu htjelo se prikriti drugi pravni posao odnosno kupoprodaju nekretnina,⁴⁵ 4) pravilno je porezno tijelo utvrdilo da se radi o zamjeni nekretnina te da su ugovori o darovanju sklopljeni isključivo u svrhu prikrivanja stjecanja nekretnina na temelju naplatnog pravnog posla koji bi bio predmet oporezivanja,⁴⁶ 5) pravilno je porezno tijelo utvrdilo kako je fakturiranje najma broda prividni pravni posao kojim se nastoji prikriti izuzimanje broda – plovila iz imovine društva i njegovo korištenje u privatne svrhe.⁴⁷

S obzirom na to da hrvatsko porezno pravo već posjeduje mjeru za suzbijanje zlouporabe prava uz pomoć simulacije (prividni pravni poslovi), ne postoji potreba za uvođenjem nekog novog pravila o izbjegavanju plaćanja poreza koji bi imao u sebi tu komponentu.⁴⁸

6. PRIVIDNI I PRIKRIVENI PRAVNI POSLOVI U POREZNO-PRAVNOM SMISLU U KOMPARATIVNIM POREZNIM SUSTAVIMA

U Saveznoj Republici Njemačkoj, u čl. 41. Zakona o javnim davanjima, propisano je, kao što je već rečeno, da će se oporezivati i oni pravni poslovi koji su ništetni

⁴⁴ Sudska odluka Upravnog suda Republike Hrvatske, broj: Us-6583/2005., od 2. srpnja 2008. godine.

⁴⁵ Sudska odluka Upravnog suda Republike Hrvatske u Rijeci, broj: 1 Usl-226/12-20., od 21. rujna 2012. godine.

⁴⁶ Sudska odluka Upravnog suda Republike Hrvatske u Rijeci, broj: 5 Usl-1147/12-12., od 17. siječnja 2014. godine.

⁴⁷ Sudska odluka Visokog Upravnog suda Republike Hrvatske, broj: Us-11117/2011-7., od 13. studenoga 2014. godine.

⁴⁸ U svezi s prividnim pravnim poslovima, opće materijalno-pravno značenje ima i odredba čl. 31. Općeg poreznog zakona u kojoj se taksativno navode posebni slučajevi odgovornosti, u kojima će se u svakom slučaju uspostaviti odgovornost obje skupine osoba kao zakonskih poreznih jamaca. Zapravo se radi o preuzimanju odredbi Kaznenog zakona i Zakona o trgovačkim društvima koje se odnose na određena gospodarska kaznena djela. Očito je namjera zakonodavca da odgovornost poreznog jamca protegne na osobe koje su izvršile radnju (činjenje ili nečinjenje), koja je dio bića taksativno navedenih, gospodarskih kaznenih djela. Pretpostavlja se, naime, da takve radnje mogu osobito utjecati na nemogućnost naplate poreznog duga. Te su radnje: 1. prividni ili besplatni prijenos imovine trgovačkog društva (glavnog poreznog dužnika) na trgovačko društvo, koje su osnovali sami ili s drugim osobama, drugi oblici prividne prodaje, opterećenja bez odgovarajuće protučinidbe ili besplatnog ustupa povezanim osobama, cijele ili dijela imovine, slučajevi oštećenja, uništenja ili činjenja neupotrebljivom imovine trgovačkog društva, 2. zaključenje prividnog pravnog posla ili priznanje nepostojeće tražbine trgovačkom društvu koje su osnovali sami ili s drugim osobama, 3. umanjeње imovine ili prikrivanje imovinskog stanja, nepodnošenje zakonom propisanih godišnjih izvješća, nepokretanje stečajnog postupka. Navedeno prema: N. Žunić Kovačević i drugi, „Institut zakonskog poreznog jamstva nakon novele Općeg poreznog zakona 2012.: ‘Proboj pravne osobnosti’ trgovačkih društava u slučaju zlouporabe prava“, *Zbornik radova Pravne fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 34., br. 1., Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2013., str. 400. Također vidjeti: Sudska odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-III-6657/2014., od 19. listopada 2016. godine, Sudska odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-III-1882/2015., od 21. travnja 2016. godine.

s aspekta privatnog, odnosno poslovnog prava, ukoliko se realizirala gospodarska suština transakcije i posebno nalaže da se kod prividnog pravnog posla oporezivanju ima podvrći prikriveni pravni posao. U čl. 42. Zakona o javnim davanjima propisano je da se porez ne može izbjeći zlouporabom pravnih formi (konstrukcija). Kada se ustanovi zlouporaba pravne forme (konstrukcije), porezni zahtjev će se zasnivati na pravnoj formi transakcije koja je odgovarajuća faktičnoj situaciji. Smatra se da postoji zlouporaba kada pravna forma upotrijebljena od strane poreznog obveznika nije odgovarajuća faktičnoj gospodarskoj situaciji. Ključna riječ u ovoj odredbi jest „odgovarajuća“, ona podrazumijeva da faktične posljedice neke transakcije budu manje-više konzistentne s pravnom formom te transakcije. Zlouporaba se sastoji u izboru pravne forme koja je neodgovarajuća tom gospodarskom odnosu da bi se izbjegao porez.⁴⁹

Zanimljivo je navesti i jedan primjer iz sudske prakse Savezne Republike Njemačke: S i T su susjedi. Stanuju u istoj zgradi (isti kat, stan do stana i svaki stan ima isti broj metara kvadratnih). S i T sklapaju dva ugovora o najmu (stana) na način da S iznajmljuje svoj stan T-u, a T svoj stan iznajmljuje S-u. Obojica plaćaju, na temelju sklopljenog ugovora, najamninu jedan drugome (isti su novčani iznosi najamnine) i porez na dohodak od imovine i imovinskih prava u skladu s odredbama Zakona o porezu na dohodak. S i T traže poreznu olakšicu u svezi s plaćanjem poreza na dohodak od imovine i imovinskih prava. Sud smatra da su oba ugovora o najamnini fiktivni odnosno prividni pravni poslovi, odnosno da ne postoji svrhovitost gospodarske transakcije koja se želi postići sklapanjem takvih ugovora, već se radi o zlouporabi pravne forme (transakcije) kako bi se mogla ostvariti porezna olakšica, stoga sud ne priznaje pravo na poreznu olakšicu. Sud navodi da su takvi ugovori gospodarski besmisleni i naziva ih tzv. „unakrsnim najamninama“ (njem. „Überkreuzvermietung“).⁵⁰

U austrijskom poreznom pravu odnosno u Saveznom zakonu o javnim davanjima nalazi se mjera u glavi zakona koja nosi naziv (njem. „Wirtschaftliche Betrachtungsweise“). Međutim, ta glava sadrži i opću odredbu za sprečavanje izbjegavanja plaćanja poreza, koja se nalazi u čl. 22. navedenog zakona. Ta odredba propisuje kako se porezne obveze ne mogu izbjeći zlouporabom pravnih oblika ili metoda koje predviđa građansko pravo. Postoji li zlouporaba prava, porez koji se treba naplatiti bit će onaj koji bi se trebao platiti da je porezni obveznik odabrao neku pravnu formu koja je primjerena ekonomskim odnosima, činjenicama i okolnostima (njem. den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären).⁵¹

Fitzwilliam v IRC (1993.) 3 All E. R. 184 (HL) jest slučaj iz Ujedinjenog Kraljevstva, u kojemu je riječ o shemi za izbjegavanje poreza na nasljedstvo. Grof Fitzwilliam umro je 1979. godine, ostavivši vrijedno imanje dvogodišnjem

⁴⁹ Abgabenordnung... o. c., str. 20.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ M. Kotschnigg, *Beweisrecht der BAO*, Spezialkommentar, Facultas WUV, Wien, 2011., R. Christoph, *Bundesabgabenordnung – Kommentar*, 5. Auflage, Linde Verlag, Wien, 2013.

diskrecijskom trustu čiji su članovi imali pravo dodijeliti imovinu kategoriji korisnika koja je obuhvatila grofovnu udovicu groficu Fitzwilliam i njegovu pokćerku groficu Hastings. Prema važećem propisu, ono što je dodjeljivano iz trusta bilo bi oporezivano kao da je učinjeno po grofovoj volji. Problem s kojim su se susreli članovi trusta bilo je zakonito izbjegavanje poreza na prijenos imovine. Imovina prenesena grofici Hastings bila bi podložna oporezivanju po stopi od gotovo 75 %. Relevantni propisi predviđali su oslobođanje za prijenos među supružnicima, tako da je imovina mogla biti dodijeljena grofici Fitzwilliam bez većih problema. Međutim, za nju se nije očekivalo da će još dugo poživjeti, tako da bi nakon njezine smrti iskrsnuo isti problem. Da bi izbjegli oporezivanje nasljedstva, članovi trusta i njihovi porezni savjetnici razvili su shemu koja se sastojala od pet faza. Prema njezinu potpunom ostvarenju, otprilike dvije trećine imovine bile su dodijeljene groficama Fitzwilliam i Hastings, a činilo se da nijedna nije obveznica poreza na nasljedstva. Ekonomske su situacije poreznih obveznica bile gotovo istovjetne prije i nakon ostvarenja sheme. Ujedinjeno Kraljevstvo nema općeg pravila. Ono se, umjesto toga, oslanja na sudski stvorenu doktrinu, uobičajeno poznatu kao doktrina Ramsey, radi suzbijanja zakonitog izbjegavanja poreza. Prema toj doktrini, shema je u osnovi samoukidajuća, ako je porezni obveznik u istom položaju prije i nakon primjene sheme; osim po poreznoj pogodnosti koju je ciljano ostvario, shema može biti zanemarena u smislu oporezivanja (tj. sama shema sadržava razloge za svoje ukidanje).⁵² Doktrina je razvijena putem kasnijih rješidbi, ali u vrijeme slučaja Fitzwilliam porezne su vlasti morale dokazati koji se dijelovi sheme mogu ocijeniti samoukidajućima i koji je primjereni iznos poreza što treba biti plaćen. Porezne su vlasti smatrale taj zadatak razmjerno teškim, osobito stoga što nisu mogle odlučiti čini li svih pet koraka konstrukcije shemu ili neki od njih imaju neovisne ekonomske učinke. O slučaju je konačno odlučeno u Domu lordova, koji je donio odluku u korist poreznog obveznika. Bit razloga većine glasača za takvu odluku bila je da shema nije mogla biti ocijenjena kao samoukidajuća jer je, promatrano pojedinačno, određeni broj koraka imao posljedice povezane s porezom na dohodak, što je značilo da sve one ipak nisu mogle biti promatrane naprosto kao dio sveobuhvatne sheme. Slučaj Fitzwilliam ilustrira relativnu neprilagodljivost sudski stvorene doktrine u usporedbi sa zakonskim općim pravilom. Da su se porezne vlasti u slučaju Fitzwilliam mogle pozvati na opće pravilo, vjerojatno bi uspjele ostvariti svoj zahtjev. Jasno je da je shema bila razvijena radi zaobilaženja sustava oporezivanja nasljedstva i da, zapravo, nije imala drugu svrhu. Zakonom propisano opće pravilo gotovo bi sigurno omogućilo sprečavanje uspjeha sheme, ali sudski zasnovana protuizbjegavajuća doktrina Ujedinjenog Kraljevstva nije bila dorasla zadatku.⁵³

Novi španjolski Opći porezni zakon iz 2003. godine uveo je potpuno novo opće pravilo koje jasnije definira izbjegavanje poreza, s ciljem revitalizacije njegove

⁵² W. T. Ramsey v IRC (1981.), 53 TC 101, 185 Lord Wilberforce u: M. Gammie, „Tax Avoidance and the Rule of Law: A Perspective from the United Kingdom“ in: S. Graeme Cooper, ed., *Tax Avoidance and the Rule of Law*, IBFD, Amsterdam, 1997., str. 189-190.

⁵³ R. Prebble, *Treba li...* o. c., str. 268-269.

uporabe od strane poreznih tijela i sudova.⁵⁴ Zakonito izbjegavanje poreza, koje se označuje pojmom „sukob u primjeni poreznih pravila“, obuhvaća dvije skupine slučajeva: 1) slučajevi kod kojih porezni obveznik izbjegava oporezivi događaj ili umanjuje poreznu osnovicu putem transakcije koja je umjetna ili netipična za postizanje ostvarenog rezultata, te 2) transakcije koje dovode do materijalno-pravnih ili gospodarskih učinaka ili pogodnosti koje odudaraju od onih koje bi bile ostvarene transakcijama koje nisu umjetne.⁵⁵

Portugalsko opće pravilo propisuje da je svaka transakcija poduzeta na umjetni ili prijevorni način ili zloporabom pravnih formi te s jedinim ili glavnim ciljem ostvarenja poreznih pogodnosti nevažeća za potrebe poreznog prava. Porezna obveza bit će nametnuta u skladu s pravilima koja bi bila primjenjiva u slučaju da transakcija nije poduzeta te se namjeravane ili ostvarene porezne pogodnosti neće priznati.⁵⁶

7. ZAKLJUČAK

Porezni zakoni trebaju se tumačiti primjenom svih onih metoda koje se koriste pri tumačenju ostalih zakona. Granice svakog tumačenja određuje princip zakonitosti u svojoj integralnosti. Nedozvoljeno je svako tumačenje koje vodi zloporabi smisla i funkciji načela zakonitosti. U poreznom pravu polaznu osnovu za tumačenje predstavlja tekst poreznog zakona.

Budući da svaki pravni pojam i svaki pravni propis često služi ostvarenju većeg broja ciljeva, teleološkom metodom tumačenja moraju se, prije svega, riješiti konflikti u interesima onih koji su tvorci takvog pravnog propisa. Stoga se postavlja pitanje koji je cilj poreznih propisa. Jedan od odgovora mogao bi biti da je cilj poreznih propisa osiguravanje novčanih sredstava državi za ostvarenje njezinih zadataka. Pođe li se kod primjene teleološke metode od tog cilja, tada je osnovni i najhitniji konflikt u poreznim propisima konflikt između poreznog obveznika i države. Dok je interes poreznog obveznika platiti što manje poreza, interes države je, pak, ubirati što više poreznih prihoda. Kod poreznih se propisa, naime, ne radi o interesnom konfliktu između poreznih obveznika i države. Taj konflikt je riješio već sam propis utvrđivanjem visine poreza i određivanjem drugih obveza poreznom obvezniku. Stoga se kod primjene teleološke metode kod poreznih propisa kojima se određuje neka obveza, treba poći od cilja kojim bi se spriječilo da se interesi suprotnih strana ne tumače u ekstremnom smislu,⁵⁷ nego da se porezni propisi ne tumače samo „in dubio pro fisco“, nego i „in dubio contra fisco“.

⁵⁴ A. Ruiz, „Tax Avoidance and the European Court of Justice: What is at Stake for European General Anti-Avoidance Rules?“, *Intertax*, 33, (12.), 2005., str. 560-582.

⁵⁵ Podrobnije vidjeti u: S. Gadžo i drugi, *Analiza... o. c.*, str. 286.

⁵⁶ B. Santiago i drugi, „Updates on Intercorporate Dividends, GAAR, Arbitration“, *Journal of International Taxation*, Dateline, Portugal, 10. (October), 2011., str. 59-61.

⁵⁷ Bo. Jelčić i drugi, *Financijsko... o. c.*, str. 539.

U tumačenju poreznih propisa gospodarsko tumačenje ima značajnu ulogu, stoga predstavlja i specifičnost poreznog prava u odnosu na druge grane prava. Člankom

11. Općeg poreznog zakona propisano je načelo gospodarskog pristupa činjenicama bitnima za oporezivanje odnosno tzv. „gospodarski pristup“ u postupku utvrđivanja porezne obveze, kojim se kodificira načelo prevage sadržaja u odnosu na formu. Stoga se oporezivanju imaju podvrgnuti ništetni pravni poslovi (u građansko-pravnom smislu) odnosno bitan je sadržaj tog pravnog posla to jest gospodarska supstancija, a nije bitna njegova forma. Međutim, odredbe Općeg poreznog zakona o gospodarskom pristupu nedovoljno su precizne i ne pružaju detaljnije upute za njihovu primjenu poreznim tijelima i sudovima, stoga bi ih u tom smislu trebalo i promijeniti na način da uvijek bude nedvojbeno da će pravna forma, dakle, biti poništena ako je porezni motiv dominantan ili odlučujući razlog za transakciju sadržanu u nekom pravnom poslu (ugovoru i slično), a da se shodno tome je li porezni motiv takav ne zaključuje na bazi subjektivne namjere poreznog obveznika (koju bi bilo teško utvrditi), nego na osnovi objektivnih činjenica koje ocjenjuju i utvrđuju porezno tijelo i sud.⁵⁸

Neposredno vezano za načelo gospodarskog pristupa činjenicama bitnima za oporezivanje na istom je tragu moguće istaknuti prividne i prikrivene pravne poslove (koje propisuje čl. 12. Općeg poreznog zakona) bez kojih bi primjena navedenog načela u praksi bila znatno otežana. Kao što je već rečeno, načelo gospodarskog pristupa činjenicama bitnima za oporezivanje kodificira načelo prevage sadržaja u odnosu na formu, dok kod prividnih pravnih poslova, kada se ustanovi zloraboprava pravne forme (konstrukcije), porezni zahtjev će se zasnivati na pravnoj formi transakcije koja je odgovarajuća faktičnoj situaciji, a ne izvanjskom prividu činjenica, odnosno faktične posljedice neke transakcije moraju biti manje-više konzistentne s pravnom formom te transakcije. Poveznica se sastoji u prevagi sadržaja nad formom, odnosno transakciji koja odgovara faktičnoj situaciji. Stoga bi trebalo promijeniti odredbe Općeg poreznog zakona koje se odnose na prividne pravne poslove i detaljnije navesti što se podrazumijeva pod zlorabopravom pravne forme (konstrukcije), na primjer navesti: što se smatra fiktivnom dokumentacijom, tko su fiktivni obveznici, što je fiktivna bilanca, fiktivni kapital, fiktivni dobitak, fiktivni gubitak i slično, jer ne treba zanemariti činjenicu da su za otkrivanje prividnih pravnih poslova (transakcija) nužna interdisciplinarna znanja ne samo u području poreznog prava, nego i upravnog prava, građanskog prava, trgovačkog prava, prava društava, računovodstva, financija i slično, a što bi zasigurno pomoglo da porezna odnosno sudska praksa postanu još kvalitetnije u primjeni poreznih propisa.

⁵⁸ Usporediti: F. Vanistendael, „Legal Framework for Taxation“ u: *Tax Law Design and Drafting*, Vol. I., ed. By Victor Thuronyi, IMF, Washington, D. C., 1996., str. 38-39.

POPIS LITERATURE

1. *Abgabenordnung*, 9. Auflage, Hemmer Wüst Verlag, Würzburg, 2016.
2. C. Atkinson, „General anti-avoidance rules: Exploring the balance between the taxpayer's need for certainty and the government's need to prevent tax avoidance“, *Journal of Australian Taxation*, No. 14/12.
3. V. Belak, *Forenzično računovodstvo*, RRIF Konzalting, Zagreb, 2009.
4. D. Birk i drugi, *Steuerrecht*, 18. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2015./16.
5. M. Budić i drugi, *Opći porezni zakon s komentarom*, Institut za javne financije, Zagreb, 2001.
6. R. Christoph, *Bundesabgabenordnung – Kommentar*, 5. Auflage, Linde Verlag, Wien, 2013.
7. N. Čičin Šain, „Postoji li potreba za općim pravilom za sprečavanje izbjegavanja poreza u hrvatskom poreznom pravu, tzv. Gaar?“, *Pravni vjesnik*, br. 2., Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku, Osijek, 2016.
8. K. D. Drüen, *Allgemeines Steuerrecht*, 16. Auflage, Alpmann Schmidt, Münster, 2017.
9. S. Gadžo i drugi, „Analiza normativnog okvira za sprječavanje zakonitog izbjegavanja poreza u Hrvatskoj: Prijedlog izmjena u skladu s pravom Europske unije“, *Financijska teorija i praksa*, br. 25., Institut za javne financije, Zagreb, 2014.
10. D. Hohenwarter, „Austria Report“ u: G. Maisto, *Tax treaties and Domestic Law*, IBFD, 2006.
11. Bo. Jelčić i drugi, *Financijsko pravo i financijska znanost*, Narodne novine, Zagreb, 2008.
12. M. Kotschnigg, *Beweisrecht der BAO*, Spezialkommentar, Facultas WUV, Wien, 2011.
13. D. Popović, *Poresko pravo*, Pravni fakultet Beograd, Beograd, 2008.
14. R. Prebble, „Trebali li Hrvatska opće pravilo za sprječavanje zakonitog izbjegavanja porezne obveze?, Prijedlog promjena važećega hrvatskog zakonodavstva“, *Financijska teorija i praksa*, br. 29., Institut za javne financije, Zagreb, 2005.
15. W. T. Ramsey v IRC (1981.), 53 TC 101, 185 Lord Wilberforce u: M. Gammie, „Tax Avoidance and the Rule of Law: A Perspective from the United Kingdom“ in: S. Graeme Cooper, ed., *Tax Avoidance and the Rule of Law*, IBFD, Amsterdam, 1997.
16. C. Robbez Masson, *La notion d'évasion fiscale en droit interne français*, LGDJ, 1990.
17. T. Rogić Lugarić i drugi, „Pravni status poreznih izdataka: Stanje i perspektive“, *Zbornik radova „Skrivena javna potrošnja: sadašnjost i budućnost poreznih izdataka“*, Institut za javne financije, Zagreb, 2012.
18. A. Ruiz, „Tax Avoidance and the European Court of Justice: What is at Stake for European General Anti-Avoidance Rules?“, *Intertax*, 33., (12.), 2005.
19. B. Santiago i drugi, „Updates on Intercompany Dividends, GAAR, Arbitration“, *Journal of International Taxation*, Dateline, Portugal, 10. (October), 2011.
20. Schmidt, *Einkommensteuergesetz: EStG*, 36. völlig neubearbeitete Auflage, C. H. Beck, München, 2017.
21. J. Šimović i drugi, *Hrvatski fiskalni sustav*, Narodne novine, Zagreb, 2010.

22. F. Vanistendael, „Legal Framework for Taxation“ u: *Tax Law Design and Drafting*, Vol. I., ed. By Victor Thuronyi, IMF, Washington, D. C., 1996.
23. Z. Vukšić, *Benfordov zakon u poreznom nadzoru*, Informator br. 5700., od 22. listopada 2008., Novi informator d. o. o., Zagreb, 2008.
24. Z. Vukšić, „Otkrivanje fiktivnih poslova pri poreznom nadzoru“, *Porezni vjesnik*, br. 12., Institut za javne financije, Zagreb, 2010.
25. Z. Vukšić, „Provedbe poreznog nadzora – Porezne i računovodstvene prijave poreza na dobit“, poseban broj *Poreznog vjesnika*, lipanj 2010., Institut za javne financije, Zagreb, 2010.
26. Z. Vukšić i drugi, „Upravljanje rizicima u planiranju poreznog nadzora“, poseban broj *Poreznog vjesnika*, listopad 2009., Institut za javne financije, Zagreb, 2009.
27. N. Žunić Kovačević i drugi, „Institut zakonskog poreznog jamstva nakon novele Općeg poreznog zakona 2012.: ‘Proboj pravne osobnosti’ trgovačkih društava u slučaju zloporabe prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 34., br. 1., Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2013.

Pravni propisi

1. Abgabenordnung, BGBl. I S. 613, ber, 1977. I S. 269., 1. Januar 1977.
2. Abgabenordnung, Art. 6. G vom 18. Juli 2017., (BGBl. I S. 2745, 2751), 29. Juli 2017.
3. (Art. 12. G vom 18. Juli 2017.).
4. Bundesabgabenordnung, BGBl. Nr. 194/1961, 28. Juni 1961., BGBl. I Nr. 136/2017. Opći porezni zakon, Narodne novine, br. 115/16.
5. Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11 i 78/15.

Sudska praksa

1. Sudska odluka Upravnog suda Republike Hrvatske, broj: Us-10297/2004., od 4. lipnja 2008. godine.
2. Sudska odluka Upravnog suda Republike Hrvatske, broj: Us-6583/2005., od 2. srpnja 2008. godine.
3. Sudska odluka Upravnog suda Republike Hrvatske u Rijeci, broj: 1 UsI-226/12-20., od 21. rujna 2012. godine.
4. Sudska odluka Upravnog suda Republike Hrvatske u Rijeci, broj: 5 UsI-1147/12-12., od 17. siječnja 2014. godine.
5. Sudska odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-III/2752/2013., od 15. listopada 2015. godine.
6. Sudska odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-III-1882/2015., od 21. travnja 2016. godine.
7. Sudska odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-III-6657/2014., od 19. listopada 2016. godine.
8. Sudska odluka Visokog Upravnog suda Republike Hrvatske, broj: Us-11117/2011-7., od 13. studenoga 2014. godine.

9. Sudska Odluka Visokog Trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: Pž 5276/07-3., od 20. studenog 2007. godine.
10. Sudska odluka Visokog Trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: Pž-6070/08., od 17. prosinca 2008. godine.
11. Sudska odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, broj: Rev 2235/1990-2., od 22. prosinca 1992. godine.
12. Sudska odluka Županijskog suda Republike Hrvatske u Varaždinu, broj: Gž 851/08-2., od 2. lipnja 2008. godine.
13. Sudska odluka Županijskog suda Republike Hrvatske u Splitu, broj: Gžp 929/2009-1., od 10. ožujka 2011. godine.
14. Sudska odluka Županijskog suda Republike Hrvatske u Dubrovniku, broj: Gž 1073/15., od 28. studenog 2016. godine.

RÉSUMÉ:

LE PRINCIPE DE L'APPROCHE ÉCONOMIQUE DES PRINCIPAUX ÉLÉMENTS D'IMPOSITION

Le texte analyse le principe de l'approche économique appliquée aux faits pertinents pour l'imposition dans le droit fiscal croate et comparé. L'auteur explique que ce principe permet d'interpréter les règles fiscales selon leur réalité économique plutôt que selon leur forme juridique apparente. Ainsi, les autorités fiscales évaluent les effets économiques réels d'une opération afin d'assurer une imposition juste et conforme à la capacité économique du contribuable. Ce principe est inscrit dans la législation croate, notamment dans la Loi générale fiscale, et joue un rôle important dans la lutte contre l'évasion fiscale. L'étude accorde une attention particulière aux actes juridiques simulés et dissimulés. Les actes simulés sont des contrats fictifs conclus uniquement pour créer une apparence juridique, tandis que les actes dissimulés cachent une opération réelle différente. Dans le domaine fiscal, les autorités peuvent ignorer la forme apparente d'un contrat et imposer l'opération réelle cachée derrière celui-ci. L'auteur souligne que ces mécanismes servent à prévenir les abus de droit et les stratégies destinées à réduire illégalement la charge fiscale. L'article présente également une comparaison avec les systèmes fiscaux allemand, autrichien, français, espagnol, portugais et américain, où des doctrines similaires existent sous différentes formes, comme le principe « substance over form » aux États-Unis. Enfin, l'auteur conclut que le droit fiscal croate possède déjà des instruments efficaces contre l'évasion fiscale, mais que certaines dispositions légales devraient être précisées afin d'améliorer davantage la pratique administrative et judiciaire.

Dr. sc. Nataša Žunić-Kovačević*
Marko Šikić**

UPRAVNOPRAVNI POJAM ZASTARE S POSEBNIM OSVRTOM NA ZASTARU U POREZNOM PRAVU

UDK: 342.9
Primljeno: 15. 12. 2017.
Pregledni rad

U radu se, nakon uvodnog dijela u kojem se u najkraćim crtama prikazuje institut zastare u pravnoj teoriji i pojedinim pravnim granama, nastoji ukazati na posebnosti uređenja instituta zastare u upravnom pravu. Pri tome se posebno naglašava činjenica da su javnopravna tijela u upravnom odnosu u nadređenom položaju u odnosu na ostale sudionike tog odnosa. Također, navode se i pojedina načela upravnog prava kao naročito važna za shvaćanje posebnosti instituta zastare u upravnom pravu. Središnji i opsegom najveći dio rada posvećen je analizi instituta zastare u poreznom pravu, kroz odabrane primjere iz sudske prakse, pri čemu je najveća pozornost usmjerena na normativne izmjene instituta zastare učinjene odredbama najnovijeg Općeg poreznog zakona. U zaključku rada ukratko se iznose osnovne teze rada te nada da će primjena novog zakona dovesti do ostvarenja poreznopravne izvjesnosti i sigurnosti.

Ključne riječi: zastara, upravno pravo, porezno pravo, sudska praksa, Opći porezni zakon

1. UVOD

Institut zastare (lat. *praescriptio*, engl. *prescription*, *statute of limitations*, *limitation*, njem. *Verjährung*) svoje korijenje nalazi još u rimskome pravu. U njemu se isticalo kako zastarom tužbe pravo u načelu ne utrnjuje, ali se ne može više sudskim putem utjerivati. Također, razlikovao se prekid od mirovanja zastare – u prvom slučaju dio roka koji je isticao prije roka propada, pa će zastara, kada se ispune svi potrebni uvjeti, početi ponovno teći iz početka, dok mirovanje zastare jest period u kojem zastarni rok ne teče zbog određenih razloga, a onda kada ti razlozi prestanu, rok se ponovno nastavlja, uz pribrajanje ranije isteklog vremena.¹

Teorija države i prava institut zastare shvaća u prvom redu kao gubitak sudske zaštite, a ne kao gubitak samog subjektivnog prava (koje i dalje može egzistirati kao „golo pravo“ – *nudum ius*). Ističe se specifično postupovno značenje zastare

* profesorica dr. sc.

** izvanredni profesor

¹ V. Romac, Ante, *Rimsko pravo*, Pravni fakultet, Zagreb, 1998., str. 469.

te naglašava njen značaj u zaštiti subjektivnih prava i opće pravne sigurnosti² – „... pretpostavlja se da ovlaštenik nema više interesa, nakon toliko vremena, za ostvarenje svog pravnog ovlaštenja – tako da mu se zastara nameće kao neka vrsta kazne zbog nebrige, ali s druge strane je svrha zastare i dati sigurnost obvezanoj osobi da ne mora više brinuti zbog mogućnosti zakašnjelog potraživanja ovlaštenika.“³

Dakako, institut zastare u modernim pravnim porecima poznaju sve pravne grane i područja prava.

U građanskom se pravu, tako, ističe kako je „zastara gubitak zahtjeva zbog nevršenja sadržaja subjektivnog prava kroz zakonom određeno vrijeme“.⁴ Navodi se kako kod instituta zastare dolazi do punog izražaja utjecaj vremena na pravne odnose te kako vrijeme u pravu može djelovati konstruktivno ili destruktivno.⁵ U zastari je, jezgrovito se zaključuje, „izražena misao da je ono što je faktički već uklonjeno – potpuno zrelo da i pravno propadne... smisao zastare nalazimo i u tome da se sadašnje zaštititi protiv prošlog.“⁶ Građanskopravna teorija ističe i kako se nastupom zastare u pravilu ne gasi samo pravo tj. kako zastarom samo prestaje pravo zahtijevati ispunjenje obveze.⁷ Također, od velike je važnosti kako se u građanskom pravu smisao instituta zastare nalazi u zaštiti dužnika: „Kada institut zastare ne bi postojao, dužnik koji je uredno ispunio svoju obvezu cijeli bi život morao čuvati dokaze o ispunjenju, i stalno bi bio izvrgnut opasnosti da ga netko tuži radi obveze dospjele i ispunjene davno u prošlosti.“⁸ Nadalje, građanskopravna teorija u institutu zastare pronalazi i ideju zaštite pravne sigurnosti te ističe da je njen smisao u mirenju dva suprotstavljena interesa – vjerovnikovog da ostvaruje svoje pravo te dužnikovog da ne bude nerazumno dugo u neizvjesnosti od mogućih vjerovnikovih pretenzija.⁹

U kaznenom se pravu, pak, razlikujući zastaru izvršenja kaznenopravnih sankcija i zastaru kaznenog progona, ističe kako je razlog postojanja instituta zastare prihvaćanje stajališta da izvršenje kaznenopravne sankcije nakon određenog

² V., tako, Vrban Duško, *Država i pravo*, Golden marketing, Zagreb, 2003., str. 343., i Visković, Nikola, *Teorija države i prava*, Birotehnika, Zagreb, 2001., str. 227. i 228. Isticanje činjenice kako se zastarom u pravilu ne gasi samo pravo v. i u: Klarić, Petar, Vedriš, Martin, *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 185.

³ Visković, op. cit. (bilj. 2), str. 227.

⁴ V. Klarić i dr., op. cit. (bilj. 2), str. 182.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid., str. 185.

⁸ *Pravni leksikon*, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007., str. 1822.

⁹ „Zastara kao pravni institut obveznog prava s jedne strane potiče vjerovnika da vodi računa o svojim pravima i na vrijeme ih ostvaruje, a s druge strane služi pravnoj sigurnosti kako dužnik ne bi bio u neizvjesnosti oko postojanja svoje obveze i mogućih vjerovnikovih pretenzija. Radi se zapravo o sukobu dvaju interesa – onog vjerovnikovog da ostvaruje svoje pravo te dužnikovog da ne bude nerazumno dugo spreman na zaštitu od mogućih vjerovnikovih, opravdanih ili neopravdanih, pretenzija. U tom sukobu interesa zakonodavac je pokušao naći pravu mjeru propisujući rokove za nastupanje zastare, različite za pojedina potraživanja i među različitim subjektima, te propisujući početak zastarijevanja, uz načine prekida preskripcije i ostalo.“ Giunio, Miljenko Appio, „Zastarijevanje tražbine, zastara i posljedice – opća i neka izabrana pitanja“, u: *Liber amicorum Petar Klarić*, uredili: Tatjana Josipović, Igor Gliha, Marko Baretić, Saša Nikšić, Marko Petrak, Tomislav Karlović, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2012., str. 563-564.

vremena gubi smisao te kako nakon proteka određenog roka kazneno djelo pada u zaborav te prema njemu postaju ravnodušni i javnost, pa i sama žrtva.¹⁰ U pogledu zastare kaznenog progona teoretičari ističu njezinu dvostruku pravnu prirodu – s jedne strane ona predstavlja razlog gašenja državnog „prava kažnjavanja“ – pa bi stoga bila materijalnopravne naravi, dok bi s druge strane ona značila samo gašenje mogućnosti ostvarenja toga prava – pa bi onda bila postupovnopravne naravi.¹¹

Dakako, pored građanskog i kaznenog prava, institut zastare poznaju i druge pravne grane: radno i službeničko pravo, prekršajno pravo,¹² trgovačko pravo i dr.

U radu ćemo detaljnije analizirati institut zastare u upravnom pravu, a posebno ćemo pozornost posvetiti analizi instituta zastare u poreznom pravu.

2. UPRAVNOPRAVNI POJAM ZASTARE

Raznolikost odnosa koji uređuju norme upravnog prava ogleda se i u uređenju instituta zastare. U pojedinim je zakonima zastara, tako, uređena vođena građanskopravnom logikom ili/izričitim pozivanjem na odredbe Zakona o obveznim odnosima,¹³ u drugima se, pak, zastara odnosi na prekršajne ili disciplinske mjere pa je prisutan kaznenopravni pristup,¹⁴ dok je u trećoj grupi zakona zastara razvijena u posebnom upravnompravnom obliku.¹⁵

Mislimo da je uređenje zastare u poreznom pravu najčišći i najrazvijeniji primjer upravo navedenog posebnog, upravnoopravnog, oblika uređenja zastare. Zbog toga ćemo (a i, dakako, zbog velike važnosti koju zastara ima u poreznom pravu) u posebnim poglavljima rada institut zastare u poreznom pravu detaljnije razmotriti. No, prije toga ćemo pokušati prikazati širi upravnopravni kontekst instituta zastare, odnosno razjasniti zašto smatramo da postoje posebna obilježja zastare u upravnom pravu koja su svojstvena isključivo navedenoj pravnoj grani.

Držimo, tako, kako je polazište za promatranje instituta zastare u upravnom pravu kao posebnog oblika tog instituta u samoj prirodi upravnoopravnog odnosa. Upravnopravni odnos, kao posebni oblik pravnog odnosa, naime, karakterizira

¹⁰ Ibid., str. 1823.

¹¹ Krapac, Davor, *Kazneno-procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 40.

¹² „U prekršajnom pravu institut zastare uvodi se radi pravne sigurnosti počinitelja prekršaja u tom smislu što on mora imati sigurnost da se nakon isteka određenog roka postupak protiv njega više neće moći pokrenuti, odnosno da se neće moći pristupiti izvršenju već izrečene kazne.“ Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 552.

¹³ V. npr. čl. 59-61. Zakona o koncesijama (NN 69/17) i čl. 170. Zakona o mirovinskom osiguranju (NN 157/13, 151/14, 33/15, 93/15 i 120/16).

¹⁴ V. npr. čl. 109. Zakona o policiji (NN 34/11, 130/12, 89/14, 151/14, 22/15 i 121/16) i čl. 109. i 111. Zakona o državnim službenicima (NN 92/2005, 140/2005, 142/2006, 77/2007, 107/2007, 27/2008, 34/2011, 49/2011, 150/2011, 34/2012, 38/2013, 37/2013, 1/2015, 138/2015, 61/2017).

¹⁵ Institut zastare uređen je i temeljnim postupovnim zakonom u grani upravnog prava, Zakonom o općem upravnom postupku (NN 47/09, u nastavku rada: ZUP). Čl. 135. st. 3. ZUP-a, naime, propisuje zastaru izvršenja rješenja jer određuje da se rješenje ne može izvršiti ako je isteklo pet godina od dana kada je rješenje postalo izvršno.

činjenica da je jedna od strana u tom odnosu tijelo javne uprave te da je takvo tijelo u odnosu na ostale subjekte tog odnosa u nadređenom položaju. Drugim riječima, upravnopravni odnos ne zasniva se dogovorom stranaka niti suglasnošću njihovih volja već tijela javne uprave u tom odnosu istupaju s atributom vlasti (*ius imperii*).¹⁶

Navedena okolnost izražena je u ZUP-u i mogućnošću da tijela javne uprave postupke pokrenu po službenoj dužnosti svaki put kada tako propisuje zakon, kao i u svakoj situaciji kada utvrde da je pokretanje postupka nužno radi zaštite javnog interesa.¹⁷ Vođenje postupaka po službenoj dužnosti obilježava mnoga posebna upravna područja (pa tako i porezno pravo u poreznim upravnim postupcima) i prevladavajuće je u grani upravnog prava.

Nadalje, potrebno je istaknuti i neka od zakonom uspostavljenih načela upravnog prava i upravnog postupka za koja smatramo da su od posebne važnosti za institut zastare – načelo učinkovitosti i ekonomičnosti¹⁸ i načelo zaštite stečenih prava stranaka.¹⁹

Načelo učinkovitosti i ekonomičnosti zahtijeva da javnopravno tijelo provede postupak što brže, uz što manje troškova, kako bi stranka što prije ostvarila svoja prava, ali i kako bi se stranci što prije nametnule obveze – dakle u postupku se nastoje minimalizirati troškovi kako za stranke, tako i za tijelo javne uprave koje takve postupke vodi. Međutim, načelo učinkovitosti i ekonomičnosti nikako ne smije ići na štetu načela materijalne istine²⁰ tj. potpunog i pravilnog utvrđenog činjeničnog stanja te donošenja zakonitog i pravilnog rješenja.²¹

Načelom zaštite stečenih prava stranaka, pak, utvrđuje se pravomoćnost rješenja tj. nedopustivost ponovnog odlučivanja o stvari koja je već riješena kao i neizmjenjivost odluke u toj stvari.²² Teorija ističe kako je upravo naslovljavanjem čl. 13. ZUP-a „Načelo zaštite stečenih prava stranaka“ zakonodavac naglasio kako se pravomoćnost treba promatrati u sklopu načela zaštite stečenih prava stranaka – načela koje u praksi Europskog suda pravde ulazi u sadržaj načela pravne sigurnosti kao općeg načela kojem sud pruža zaštitu.²³

¹⁶ O upravnopravnom odnosu v. više u: Borković, op. cit. (bilj, 12), str. 61-65.

¹⁷ V. čl. 40. st. 1., čl. 42. kao i čl. 43. ZUP-a.

¹⁸ „U upravnim stvarima postupa se što je moguće jednostavnije, bez odgode i uz što manje troškova, ali tako da se utvrde sve činjenice i okolnosti bitne za rješavanje o upravnoj stvari“ (čl. 10. ZUP-a).

¹⁹ „Odluka javnopravnog tijela protiv koje se ne može izjaviti žalba niti pokrenuti upravni spor (pravomoćna odluka), a kojom je stranka stekla određeno pravo odnosno kojom su stranci određene neke obveze, može se poništiti, ukinuti ili izmijeniti samo u slučajevima propisanim zakonom“ (čl. 13 ZUP-a).

²⁰ „U postupku treba utvrditi pravo stanje stvari i u tu se svrhu moraju utvrditi sve činjenice i okolnosti koje su bitne za zakonito i pravilno rješavanje upravne stvari.“ (čl. 8. ZUP-a).

²¹ O načelu učinkovitosti i ekonomičnosti v. opširnije u: Đerđa, Dario, *Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj*, Inženjerski biro, Zagreb, 2010., str. 52-54.

²² V. Ibid., str. 58. i 59.

²³ V. o navedenom u: Medvedović, Dragan, „Bitne razlike novog Zakona o općem upravnom postupku prema prijašnjem Zakonu o općem upravnom postupku“, u: *Primjena Zakona o općem upravnom postupku*, Novi informator, Zagreb, 2010., str. 30. i Šikić, Marko, „Zaštita pravne sigurnosti stranaka u upravnom postupku“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1(2014.), str. 154.

Nadalje, naglašava se kako se promatranjem pravomoćnosti u sklopu načela zaštite stečenih prava stranaka pojašnjava i bit upravno postupovnog pojma pravomoćnosti, a to je neopozivost odluke tijela javne uprave, odnosno dopustivost opoziva samo u slučajevima dopuštenima zakonom. Ističe se, što je od naročite važnosti, kako u upravnim postupcima, koji su u najvećem broju slučajeva jednostranački te se najčešće pokreću po službenoj dužnosti, nije najvažnije spriječiti stranke da ponovno započnu postupke u istom predmetu (*ne bis in idem*), već je primarno potrebno zaštititi stranke od opozivanja akata od strane tijela javne uprave koje su takve akte donijeli (*res iudicata*).²⁴

Smatramo da je institut zastare u upravnom pravu potrebno promatrati uzimajući u obzir kako osnovna obilježja samog instituta zastare, tako i navedene posebnosti upravnog prava i upravnog postupka.

Tako je činjenica nadređene pozicije javnopravnog tijela odnosno podređene pozicije ostalih sudionika u upravnopravnom odnosu vrlo važna i za institut zastare. Subjekti takvih odnosa, naime, ne zaključuju pravne poslove te se dogovaraju o međusobnim pravima i obvezama kako to čine subjekti privatnopravnih odnosa. Javnopravno tijelo u tom odnosu upravne postupke vrlo često pokreće po službenoj dužnosti, uglavnom kako bi građanima nametnulo određene zakonske obveze, kada su ispunjene za to potrebne pretpostavke. Dakako, navedena okolnost upućuje i na to da javnopravno tijelo nema samo pravo već i obvezu pokrenuti upravne postupke te da ono to čini kako bi zaštitilo javni interes. Smatramo kako se navedena pozicija snažno očituje i u institutu zastare – javnopravno tijelo na njezin nastup mora paziti po službenoj dužnosti upravo zbog toga što mu je to dužnost i što na taj način štiti javni interes.

Nadalje, mislimo da se pravna činjenica na kojoj se temelji institut zastare – protek vremena, u upravnom pravu mora promatrati upravo iz aspekta navedenih načela učinkovitosti i ekonomičnosti i zaštite stečenih prava stranaka.

Kako smo to ranije u radu i naznačili, načelo učinkovitosti i ekonomičnosti generalno zahtijeva od tijela javne uprave da postupke rješavaju što brže i uz što manje troškova, ali tako da ne povrijede načelo materijalne istine. Kako bi se navedeno načelo moglo ostvariti, u brojnim zakonima koji se primjenjuju u grani upravnog prava propisani su razni rokovi koji vežu i javnopravna tijela i stranke te je osigurana pravna zaštita od šutnje uprave.²⁵

Smatramo kako i institut zastare treba promatrati u svjetlu navedenih odredbi i instituta i kako je njegova osnovna svrha, kada ga promatramo kao normativni zahtjev upućen javnopravnim tijelima, upravo podupiranje načela učinkovitosti i ekonomičnosti u radu javne uprave. Dakle, propisivanjem zastare u grani upravnog prava nastoji se postupke pred tijelima javne uprave staviti u čvrste zakonske rokove

²⁴ V. Šikić, Marko, Ofak, Lana, „Nova načela upravnog postupka (s posebnim naglaskom na razmjernost, legitimna očekivanja i stečena prava)“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1(2011.), str. 138. i 139. i Šikić, op. cit. (bilj. 23.), str. 154.

²⁵ Pravna zaštita od šutnje uprave uređena je u ZUP-u čl. 101. i 102.

i tijela javne uprave disciplinirati te na taj način postići učinkovitost i ekonomičnost upravnih postupaka.

S druge strane, kad zastaru promatramo iz aspekta građana – stranaka u postupcima, držimo da zastara ima za cilj primarno zaštitu pravne sigurnosti tj. onemogućavanje javnoj vlasti da nakon proteka zakonom određenih rokova građanima nameće (zastarjele) obveze. Na navedeni se način realizira načelo zaštite stečenih prava stranaka, odnosno onaj dio navedenog načela koji zabranjuje diranje u pravomoćne akte kojima su građanima određene obveze. Prema tome, i institut zastare i institut pravomoćnosti uzimaju u obzir utjecaj proteka vremena na pravne odnose – s tom razlikom da pravomoćnost polazi od svojevrsnog „postupovnog vremena“ tj. od strankinog iskorištavanja pravnog puta i pravnih lijekova, dok zastara uzima u obzir realno, sunčevo vrijeme koje je određeno normiranjem čvrstih zakonskih rokova.

3. ZASTARA U POREZNOM PRAVU – UVODNO O POJMU I ZNAČENJU INSTITUTA

U nastavku rada naša ranija zapažanja i zaključke vezane uz institut zastare i posebne značajke zastare u upravnom pravu dodatno ćemo razraditi i pojasniti kako bismo se približili pojmu zastare u poreznom pravu.

Nastanak, promjenu i prestanak prava vezujemo uz pravni odnos koji nastaje suglasnošću volja sudionika odnosa, ljudskom radnjom, prirodnim događajem kao i brojnim drugim činjenicama. Takve činjenice koje dovode do stvaranja, promjene ili prestanka nekog prava i pravnog odnosa zovemo pravnim činjenicama. Pravna činjenica na kojoj se temelji pravni institut zastare jest protek vremena. Zakonska norma propisuje učinak i posljedice nastupa svake pravne činjenice. Kako smo ranije u radu i istaknuli, još je u rimsko doba vrijedilo shvaćanje da s ostvarenjem subjektivnih prava ne treba nepotrebno odugovlačiti. Zakonsko ograničenje vremena u kojemu se vjerovniku jamči sudska zaštita izraz je takvog shvaćanja. Svrha je instituta zastare pridonijeti ostvarenju pravne sigurnosti i sprečavanje stanja trajne pravne tj. sudske zaštite.²⁶ Naime, pravni poredak i pravna sigurnost ne trpe postojanje jednog trajnog pravnog stanja u kojemu se prava ne ostvaruju i obveze ne izvršavaju i stoga se i vrijeme pravne zaštite ograničava zakonom. U nekim se slučajevima gasi i samo pravo.

Objektivno pravo postavlja granice subjektivnim pravima, posebice u općem interesu i interesu društva. Svako izvršavanje subjektivnog prava koje je protivno njegovu cilju ili svrsi nije pokriveno njegovim sadržajem. Korektivi koji sužavaju

²⁶ Vidi, tako, Horvat, L., „Posljedice zastare u porezno-pravnom odnosu“, *Zbornik radova znanstvenog skupa „Hrvatska pred vratima EU – fiskalni aspekti“*, HAZU, Zagreb, 2005., str. 309-315.

granice subjektivnih prava su brojni.²⁷ Ovisno o naravi ili vrsti prava²⁸ i rješenjima konkretnog pravnog poretka, nevršenje prava ili vršenje prava na određeni način protekom određenog vremena dovode do različitih posljedica za titulara tog prava, poput nastanka ili pak prestanka ili gubitka prava.²⁹

Zastara kao posljedica nevršenja prava kroz zakonom određeno vrijeme može imati različite učinke. U teoriji nalazimo različita, a dva su temeljna, pravna stajališta glede posljedica izazvanih nastupom zastare. Prema prvom stajalištu, vjerovnik zadržava subjektivno pravo u materijalnom smislu te gubi „samo“ pravo na sudsku zaštitu ili na tužbeni zahtjev. Dakle, vjerovnik gubi samo dio svoga prava i to dio koji se sastoji u zakonskoj i sudskoj mogućnosti ostvarenja istog. Ovakvo stajalište se odnosi na privatnopravne grane, prvenstveno na obvezno pravo. Prema drugom stajalištu, nastupom zastare prestaje postojati vjerovnikovo subjektivno pravo. Ovakvo stajalište vezujemo uz javno pravo, poput poreznog prava. Jasno, navedena stajališta imaju zaseban nomotehnički izričaj.

Nastavno na gore navedene razlike, ovisno o vrsti ili naravi prava, valja reći da u privatnom pravu nastupom zastare prestaje pravna obveza dužnika, s obzirom na to da je postala neutuživa i postaje tj. pretvara se u naturalnu obvezu. Budući da se subjektivno pravo sastoji od vjerovnikova ovlaštenja da se njime koristi ili ne koristi kao i od prava na sudsku zaštitu, može se zaključiti da u privatnom pravu nastupom zastare vjerovnik nije izgubio ovlaštenje koje čini sadržaj njegova subjektivnog prava. Prema tome, dužnik svoju obvezu može izvršiti a vjerovnik može primiti ispunjenje. Ako dužnik izvrši zastarjelu obvezu, nema pravo na povrat jer je njegovo ovlaštenje bilo istaknuti prigovor zastare čime bi se oslobodio pravne obveze. Prigovor zastare dužnik će moći staviti u sudskom postupku koji je vjerovnik pokrenuo radi izvršenja pravne obveze. Ako dužnik ne iskoristi takvo svoje ovlaštenje, sud će presuditi u korist vjerovnika jer se u privatnom pravu o zastari ne vodi računa po službenoj dužnosti.

²⁷ Uz teoriju zloupotrebe prava te zabranu zloupotrebe prava koja iz nje proizlazi i vrijedi prvenstveno u građanskom pravu, korektiv vršenja subjektivnih prava u oba područja – građanskog prava i poreznoga prava – jest načelo poštenja i savjesnosti. Vidi, detaljnije u Žunić Kovačević, N., „Zastara – o primjeni građansko-pravnih pravila u poreznom pravu i sudska praksa“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1(2009.).

²⁸ Subjektivna se prava izvršavaju poduzimanjem svih radnji i postupaka na koje je titular ovlašten, a ovisno o vrsti i naravi subjektivnog prava. Stvarna se prava izvršavaju korištenjem, stvarnim i pravnim raspolaganjem sa stvarima. Obvezna se prava u pravilu izvršavaju zahtijevanjem i primanjem činidbe, kao i drugim radnjama poput kompenzacije, poduzimanja ovršnih mjera i sl. Izvršavanjem ili vršenjem subjektivnih prava, ona se ostvaruju ili realiziraju. Apsolutna prava, posebice stvarna, i pored akata vršenja prava i dalje traju. No, obvezna prava, uključujući dakle imovinska prava, vršenjem se iscrpljuju odnosno prestaju. Iako pravni poredak ne prisiljava titulara na vršenje prava, nevršenje nekih vrsta prava može imati za titulara štetne posljedice. V., opširnije, Krneta, S., *Odabrane teme privatnog prava*, Pravni fakultet Univerziteta Sarajevo, 2007., str. 76-78.

²⁹ Važno je istaknuti stajalište teorije gdje se kod nekih subjektivnih prava govori i o obvezi na njihovo vršenje ili izvršavanje. O obvezi vršenja subjektivnih prava govori se stoga što ona proizlazi iz općeg interesa. Takvu obvezu mogli bismo, barem teoretski, navesti i kod subjektivnog prava poreznih tijela. Štetna posljedica koja treba pogoditi titulara – porezno tijelo – zbog nevršenja prava jest prestanak samog prava. No, zbog propuštanja obveze na vršenje svoga prava moglo bi se u nekim slučajevima čak govoriti i odgovornosti za naknadu štete. Tako, Krneta, str. 78. Prema, Žunić Kovačević, loc. cit.

Kada je riječ o drugoj vrsti prava, javnom pravu, tada je situacija drugačija. Razlika je uvjetovana, između ostaloga, u pravnim osnovama pravnih odnosa na čemu počiva razlikovanje javnoga i privatnoga prava.³⁰

Bitno je obilježje porezno-pravnog odnosa hijerarhija, neravnopravnost i nadređenost odnosno podređenost jednog sudionika drugom. Subjekti porezno-pravnog odnosa ne zaključuju pravni posao i ne dogovaraju se o sadržaju međusobnih odnosa kao što je to slučaj kod privatnopravnih odnosa. Poreznopravni odnos nastaje kada su ispunjeni uvjeti propisani zakonom.³¹ Porezno tijelo nema samo pravo već obvezu utvrditi poreznu obvezu, zatim ako postoji, i porezni dug. Subjektivno pravo poreznog tijela, najčešće vjerovnika u poreznopravnom odnosu u ovom se slučaju ne sastoji od vjerovnikova ovlaštenja da se njime koristi ili ne koristi kao i od prava na sudsku zaštitu. Porezno tijelo kao javnopravna strana u poreznopravnom odnosu ima obvezu izvršavati subjektivno pravo te nastupom zastare gubi i taj dio prava – ovlaštenje koristiti se njime.

³⁰ U privatnom su pravu sudionici odnosa, u pravilu, ravnopravni dok takvog obilježja odnosa u javnom pravu nema.

³¹ Hrvatska i inozemna, stručna i znanstvena, literatura u prošlosti pa do danas zauzima različita stajališta u odgovoru na pitanje što se ima smatrati pravnom osnovom i izvorom obveze građana na plaćanje poreza: je li to zakon ili pak odluka, porezni akt, rješenje javnopravnog, poreznog tijela adresat koje je porezni obveznik. Iako odgovor na to pitanje nije u fokusu moderne porezne literature, ima značajnu ulogu u razmatranju instituta zastare. Ova teorijska razlika ima i značajnu ulogu u oblikovanju prirode suđenja u poreznim stvarima i ovlasti suca u odlučivanju. Ako se smatra da je druga pozicija dominantna, tada bi sudska kontrola poreznog postupanja bila vrsta pravosudne revizije kakva je trenutačno namijenjena sudovima, primjerice, u *common law* zemljama. Sudac je u ovom slučaju pozvan ili potvrditi odluku poreznog tijela ili, alternativno, poništiti je. S druge strane, ako se prvo navedeno stajalište zauzme, upravni sudac bi imao ovlasti za promjenu odluke, praktički izmjenjujući bilo koji njezin dio u onoj mjeri u kojoj je u skladu s relevantnim poreznim zakonom. Dakle, sudac tada utvrđuje i poreznu obvezu, dužnost plaćanja poreza, računajući točan iznos, i sl., praktički zamjenjuje i poreznu prijavu poreznog obveznika i porezno rješenje poreznog tijela. Obveza plaćanja poreza nametnuta je poreznim obveznicima zakonom, a ne nalogom ili odlukom javnopravnog, poreznog tijela pa porezno rješenje nije akt konstitutivne već deklaratorne naravi. Porezno tijelo nema diskrecijske ovlasti u poreznom postupku niti može slobodno raspolagati i pregovarati o kojem bitnom elementu porezne obveze koja se utvrđuje. Drugim riječima, u oporezivanju jedino u poreznom sporu porezni/upravni sudac može ići i mimo zahtjeva poreznog tijela i poreznog obveznika u utvrđenju porezne obveze i poreznog duga, postupajući u skladu s poreznim zakonima. Tako, Gregg, M., Žunić Kovačević, N., „Lights and Shadows on the Implementation of the Alternative Dispute Resolution (ADR) system in the Italian and Croatian Tax Trial“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* (1991.), v. 38, br. 1, 377-396 (2017.), str. 380-381, i dr.; Tako, vidi, Selicato, P., *L'attuazione del tributo nel procedimento amministrativo*, Milan, Giuffrè, 2014.

4. ZASTARA U HRVATSKOM POREZNOM PRAVU I RJEŠENJA POREZNE REFORME IZ 2017.

4.1. Historijati nastanka i izmjena instituta porezne zastare

U poreznom je pravu pitanje zastare danas uređeno Općim poreznim zakonom.³² Do donošenja prvog takvog općeg zakona – Općeg poreznog zakona 2001.³³ – institut je zastare u području poreznog prava bio reguliran Zakonom o porezu na dohodak.³⁴ Institut zastare potraživanja porezne obveze bio je reguliran odredbama članka od 100. do 102. Relativni je rok zastare iznosio pet godina, dok je apsolutna zastara nastupala nakon isteka deset godina.

Prvi, OPZ 2001. donesen je 2000. i do donošenja novoga zakona 2008. mijenjan je u svega dva navrata,³⁵ i to u pitanjima pretežito tehničke naravi. Prvi, OPZ 2001. ocijenjen je u svakom pogledu pozitivno, no među primjedbama svakako je bila ona koja se odnosila na duljinu zastarnih rokova. Naime, skraćivanju se zastarnih rokova mogu opravdano i danas uputiti prigovori.³⁶

OPZ 2008.,³⁷ mijenjan u više navrata. Izmjenama iz 2011.³⁸ uređuje se prvi put zastoj zastare, propisujući da zastara ne teče ako se radi naplate poreza, kamata i troškova ovrhe vodi postupak pred sudom, za vrijeme trajanja tog postupka.³⁹ Tada je dodatno uređeno pitanje zastare prava poreznog tijela na naplatu pa je stavak 8. predmetnog članka (94.) promijenjen uređujući da se po nastupu zastare porezno tijelo čija je tražbina osigurana zalogom ili hipotekom može namiriti samo iz opterećene stvari ako je drži u neposrednom posjedu ili ako je njegovo pravo upisano u javnoj knjizi te da se zastarjela tražbina po osnovi kamata ne može namiriti ni iz opterećene stvari. Prve izmjene iz 2012. značile su, pored ostaloga, najavljeno uvođenje financijske discipline s probojem pravne osobnosti trgovačkih

³² Opći porezni zakon, NN 115/16, stupio na snagu 1. siječnja 2017. (dalje u tekstu: OPZ 2017).

³³ Prvi, Opći porezni zakon, NN 127/2000, 86/2001, 150/2002 (dalje u tekstu: OPZ 2001) te Opći porezni zakon, NN 147/2008, 18/2011, 78/2012, 136/2012, 73/2013, 26/2015, 44/2016, 115/2016 (dalje u tekstu: OPZ 2008).

³⁴ NN 109/93., 95/94., 25/95. – pročišćeni tekst, 52/95 (ispr.), 106/96. i 164/98.

³⁵ NN 86/2001. i 150/2002.

³⁶ Na žalost, OPZ 2008., a ni 2017. nije išao u smjeru produženja zastarnih rokova. Detaljnije o uređenju zastare u poreznom pravu do 2001. godine, tj. do donošenja starog OPZ-a, vidi, Vukić, Nikola, „Zastara potraživanja poreza u Republici Hrvatskoj“, *Tendencije u razvoju financijske aktivnosti države, Zbornik radova sa Znanstvenog skupa povodom 100. obljetnice tiskanja knjige Stjepana Posilovića „Financijska znanost“*, HAZU, Zagreb, 2000., str. 309-323. Vidi, i o reformi 2017.

³⁷ NN 147/2008.

³⁸ NN 18/2011.

³⁹ Bio je to novi stavak 7. u članku 94.

društava za porezni dug po posebnom postupku dokazivanja zlouporabe i manjkavim nomotehničkim rješenjima zastare u tim postupcima.⁴⁰

Do zadnjih izmjena, iz 2017. godine, moguće je pratiti razvoj instituta zastare kroz prizmu promjena zakonskog okvira te kroz sudsku praksu. Ipak, moguće je primijetiti da navedeni razvoj u hrvatskom poreznom pravu nije toliko evidentan kroz izmjene normativna okvira. Drugim riječima, dinamici promjena instituta zastare kontinuirano su doprinosila postupanja poreznih tijela te upravno sudovanje gdje se kristalizira nekoliko pitanja s neujednačenim ili nejasnim upravnim i sudskim stajalištima i praksama.

Odgovore na najveći dio pitanja dobili smo zadnjom poreznom reformom i novim OPZ-om 2017., koje kratko prikazujemo kroz prikaz važećih normi i neujednačene upravne i sudske prakse nastale na temelju OPZ-a 2001. i OPZ-a 2008. koja je jednim dijelom bila povod posljednjim zakonskim intervencijama u predmetni institut.

4.2. Prikaz izmijenjenih odredbi novog OPZ-a o zastari i okolnosti koje su bile povod promjenama

Praksa primjene instituta zastare iznjedrila je nekoliko pitanja koja su izazivala dvojbe: pitanje prestanka prava poreznog tijela nastupom zastare te posljedično prestaje li obveza poreznog obveznika ili ostaje kao naturalna obveza; drugo, pitanje svrhe i učinka apsolutnog i relativnog roka zastare; treće, pitanje duljine zastarnih rokova i njihove naravi odnosno je li zastarni rok subjektivan ili objektivni⁴¹ i posljednje, ne manje važno, jest i pitanje primjene građanskopravnih normi u kontekstu poreznog postupka koje je potvrđeno kroz različita stajališta glede pitanja je li porezni dužnik plaćanjem zastarjele obveze platio dug ili nedug, odnosno ima li pravo na povrat plaćenog zastarjelog duga. Te dvojbe potvrđuju i različita stajališta u odnosu na pitanje treba li na zastaru u poreznim stvarima paziti po službenoj dužnosti ili samo po prigovoru, pa s obzirom na specifičnost poreznog odnosa spram privatnopravnih ugovornih odnosa, u ocjenjivanje zakonitosti rješenja poreznih

⁴⁰ Izmjene u NN 78/2012., 136/2012. i 73/2013. (implementacija Direktiva o administrativnoj suradnji i razmjena informacija između država članica Europske unije o isplaćenim kamatama na dohodak od štednje. Izmjenama objavljenima u NN 26/2015. konačno su obvezujuća mišljenja (engl. *advance tax rulings*) uvedena u hrvatski porezni sustav. Tada se i uređuju kroz nove odredbe o upravnom ugovoru i poreznoj nagodbi navedene posebnim vrstama poreznih akata. Posljednja, izmjena tijekom 2016., u NN 44/2016., propisuje nove odredbe o obveznoj automatskoj razmjeni informacija o financijskim računima.

⁴¹ U opisanom kontekstu teško je pronaći uvjerljive argumente u korist subjektivnog tumačenja porezne zastare odnosno ne može se naći osnova za shvaćanje zastarnog roka kako je bio propisan do zadnjih izmjena, a napose u važećim odredbama o zastarnom roku kao subjektivnom roku. Uvođenje subjektivnog elementa u pojam porezne zastare odnosno shvaćanje da je riječ o subjektivnom roku pristup je koji je ugrozio pravnu sigurnost i zakonitost oporezivanja, o čemu se očitovao Europski sud u nekoliko svojih presuda. Nema sumnje da je ranije, a posebno u današnje vrijeme, takvo tumačenje štetno te da bi se moglo veoma negativno odraziti na *supra* opisane napore zakonodavca u promicanju nove paradigme poreznopravnog odnosa, poglavito u smislu moralne dimenzije (ne)izvršavanja poreznih obveza. No, produljenje zastarnog roka, pa čak ukidanje zastare za utaju poreza, normativna su rješenja poredbenih zakonodavstava i opravdano sredstvo svake vlasti, pod pretpostavkom da su kao takvi propisani.

tijela spada i razmatranje je li rješenje doneseno nakon proteka zastarnih rokova zakonito. Intrigantno pitanje zastare propitivalo se na akademskoj, ali i na stručnoj razini u zadnjem desetljeću, pa su navedena pitanja donekle rasvijetljena ne samo kroz prakse poreznih tijela, sudsku praksu, već i znanstvene i stručne radove.⁴²

4.3. Pitanje početka tijeka zastare ili pitanje naravi poreznog zastarnog roka kod zastare prava na utvrđivanje poreza

Praksa poreznih i sudbenih tijela pokazala je dvojbe oko tumačenja naravi zastarnog roka. Naime, OPZ 2001. propisao je početak tijeka zastare prava na utvrđivanje poreza i kamata na način da zastara prava na utvrđivanje porezne obveze i kamata počinje teći nakon isteka godine u kojoj je trebalo utvrditi porezne obveze. Jednako je propisivao OPZ 2008. Praksa je upravnih tijela pokazala da se ovako propisan početak tijeka zastare tumači na način da zastara počinje teći od trenutka kada je porezno tijelo moglo utvrditi poreznu obvezu i kamata, odnosno od trenutka saznanja za nastanak porezne obveze. Slična se stajališta zauzimaju i u sudskoj praksi.

Tako je na sjednici svih sudaca i sudskih savjetnika 5. studenoga 2001. Upravni sud RH donio zaključak: „*Za utvrđivanje apsolutnog roka zastare prava poreznog tijela na utvrđivanje porezne obveze mjerodavno je kada je porezno tijelo saznalo za poreznu obvezu.*”⁴³ U više presuda istoga suda ostalo se pri istom stajalištu, no praksa bilježi i drugačija stajališta pa je to i slučaj s presudom Visokog upravnog suda od 17. lipnja 2015., gdje je zauzeto stajalište da trenutak saznanja poreznog tijela za poreznu obvezu nije mjerodavan za početak tijeka roka zastare. Ipak, Visoki upravni sud naknadno donosi zaključak sjednice svih sudaca 2016. kojim se „(...) *ostaje kod zaključka sjednice sudaca Upravnog suda Republike Hrvatske od 5. studenoga 2001.*”⁴⁴ Dodatno se istim zaključkom utvrđuje stajalište o utjecaju saznanja poreznog tijela za poreznu obvezu (u postupku utvrđivanja poreza na dohodak) pa je donesen zaključak sukladno kojemu je za „... *utvrđivanje zastare prava poreznog tijela na utvrđivanje obveze predujma poreza na dohodak od imovine i imovinskih prava mjerodavno kada je porezno tijelo saznalo za poreznu obvezu.*”⁴⁵ Dakle, iznenađujuće, Visoki upravni sud vraća se na ranije zauzeto stajalište iz 2001. kojim se zastarni rok tumači kao subjektivni rok. Budući da

⁴² V. posebno radove sudaca Visokog upravnog suda (Upravnog suda RH), npr. Juričić, Mirjana, „Zastara u poreznim stvarima“, *Upravno pravo – aktualnosti upravnog sudovanja i upravne prakse*, 2008, Inženjerski biro; Kriletić, Marija, „Zastara naplate carine i prekršajnog progona u praksi Upravnog suda Republike Hrvatske“, *Upravno pravo – aktualnosti upravnog sudovanja i upravne prakse*, 2008., Inženjerski biro; Rostaš-Beroš, Lidija, „Porezna zastara u praksi upravnih sudova“, *Novosti u upravnom pravu i upravno-sudskoj praksi*, Savjetovanje 2013., Narodne novine. V. i, Bassegli Gozde, Vlaho, „Institut zastare u hrvatskom poreznom pravu – dugogodišnja otvorena pitanja i mogući odgovori na njih“, *Sveske za javno pravo*, Fondacija Centar za javno parvo, br. 8., 2017., i dr.

⁴³ Su-151/2001-3, 5 (ZSS-5/2001): IV.

⁴⁴ Stajalište dostupno na <http://www.upravnisudrh.hr/frames.php?right=odluke.html>. (10. IX. 2017.).

⁴⁵ Loc. cit.

je svrha uređenja pravnog instituta zastare stvoriti izvjesnost i pravnu sigurnost, takvo tumačenje norme iznenađuje jer norma po svojem sadržaju i obliku to i ne traži – jer ne govori o trenutku od kada je porezno tijelo saznalo, već o trenutku kada je porezno tijelo trebalo utvrditi poreznu obvezu. Jasno pretvaranje zakonom propisanog objektivnog zastarnog roka u protumačeni, subjektivni zastarni rok protivan je svrsi i cilju instituta zastare i normi kojom je uređen.⁴⁶ Pravna sigurnost i ostvarenje načela zakonitosti u cilju ostvarenja pravne države traže da uz svaki subjektivni rok zakon jasno propiše i objektivni rok. U prilog tome govori presuda Europskog suda C-52/14 od 11. lipnja 2015. u kojoj je raspravljano pitanje može li tijekom dvostrukog roka zastare ovisiti o saznanju tijela o relevantnim nepravilnostima te je zaključeno da rok počinje teći računajući od dana prestanka te nepravilnosti, dakle neovisno o datumu saznanja za relevantne nepravilnosti.⁴⁷

Navedene su dvojbe konačno otklonjene na način da OPZ 2017. u članku 108., stavku 2., jasno propisuje rok zastare prava na utvrđivanje poreza i kamata kao objektivni rok jer zastara prava na utvrđivanje porezne obveze i kamata počinje teći istekom godine u kojoj je nastala porezna obveza pri čemu je nastanak porezne obveze uvijek propisan posebnim poreznim zakonima. Isti je neovisan o subjektivnim momentima i saznanjima, ne samo poreznog tijela već i poreznog obveznika.

4.4. Primjena privatnopravnih odredbi u poreznom pravu i pretvaranje zakonske porezne obveze u naturalnu ili moralnu obvezu

Odredbe OPZ 2001. i OPZ 2008. gotovo su istovjetne u pitanjima uređenja porezne zastare (v. *amplius supra*) pa jednako sadrže odredbu koja upućuje na supsidijarnu primjenu odredbi privatnoga prava, odnosno Zakona o obveznim odnosima na način da se Zakon o obveznim odnosima primjenjuje na poreznu zastaru ako odredbama OPZ-a nije drukčije propisano.⁴⁸ Takva je odredba bila temelj brojnih zaključaka i praksi poreznih tijela o nužnosti prigovora poreznog obveznika na zastaru, jer u protivnom porezna tijela nisu pazila na isto po službenoj dužnosti. Ipak, istim je zakonima, OPZ-om 2001. i OPZ-om 2008., i bilo drukčije propisano pa u tom pitanju nije bilo mjesta za supsidijarnu primjenu normi privatnog prava. Naime, kada je riječ o pravima poreznog tijela koja zastarijevaju, ona su zakonom jasno i detaljno uređena predmetnim zakonima. Isti zakoni svojim su odredbama precizno uredili načelo zakonitosti postupanja poreznih tijela. Tako su

⁴⁶ Takvim tumačenjem moguće je da zapravo zastara nikada i ne nastupi.

⁴⁷ Vidi presudu, Zahtjev za prethodnu odluku i presudu na <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2014:142:FULL&from=IT> (13. IX. 2017.).

⁴⁸ Članak 90., stavak 6. OPZ 2000; Članak 94., stavak 12 OPZ 2008.

oba zakona propisivala da je porezno tijelo dužno zakonito utvrđivati sva prava i obveze iz poreznopravnog odnosa. Dodatno je bilo propisano da je porezno tijelo dužno upozoriti sudionike poreznopravnog postupka na njihova prava i obveze dok je porezno tijelo dužno utvrđivati sve činjenice koje su bitne za donošenje zakonite i pravilne odluke, pri čemu je dužno s jednakom pažnjom utvrditi i one činjenice koje idu u prilog poreznog obveznika.⁴⁹ Stajalište pravne teorije potvrđuje da je supsidijarna primjena privatnopravnih normi u poreznim stvarima gotovo suprotna pravnoj naravi poreznog prava jer je riječ o konceptijski suprotstavljenim pristupima.⁵⁰ No, pogrešno je temeljem navedenoga zaključiti da nema međusobnog utjecaja i povezanosti privatnoga i javnoga prava.⁵¹

Praksa primjene navedene, upućujuće, odredbe na supsidijarnu primjenu Zakona o obveznim odnosim temeljila se na stajalištu da se važeći propis treba primjenjivati u potpunosti. Tako je Visoki upravni sud u više navrata zauzimao stajalište da niti sud, niti porezna tijela ne trebaju paziti na zastaru po službenoj dužnosti već samo po prigovoru stranke.⁵² Ipak, prvostupanjski su upravni sudovi u praksi zauzimali i drugačije stajalište i utvrđivali nastup zastare.⁵³ Posebno ističemo i stajalište Visokog upravnog suda prema kojem sud ne može odlučivati o prigovoru zastare istaknutom tek u tužbi, s obzirom na to da prigovor koji nije bio predmetom upravnog postupka ne može biti predmetom upravnog spora.

Konačno je na sjednici Financijsko-radnopravnog i imovinskopravnog odjela održanoj 2014., donesen zaključak: „*Porezna tijela u poreznom postupku na zastaru paze po službenoj dužnosti.*”⁵⁴ Štoviše, Vrhovni sud Republike Hrvatske presudom iz 2014. godine potvrđuje navedeno određujući da je *Ministarstvo financija, Samostalna služba za drugostupanjski upravni postupak* „(...) dužno po službenoj dužnosti paziti na bitne povrede određaba postupka, pravilnu primjenu materijalnog prava i pravilnost i potpunost činjeničnog stanja, što znači da je u

⁴⁹ V. OPZ 2001. i OPZ 2008., dio: Načela oporezivanja.

⁵⁰ Tako, Žunić Kovačević, loc. cit; Arbutina, Hrvoje, „Mišljenje u predmetu obveza tijela javne vlasti i upravnih sudova na vođenje računa o nastupu zastare u poreznopravnim predmetima“, prema, Jenjić, Jasminka, Orlić Zaninović Senka, *Posebosti upravnog postupka u poreznim stvarima*, Pravosudna akademija, Zagreb, 2016., str. 54.

⁵¹ Normiranje načela postupanja u dobroj vjeri, prividnih pravnih poslova ili pak zlouporabe prava pokazatelji su utjecaja privatnoga prava na porezno pravo jer se instituti nastali u privatnom pravu preuzimaju u javno pravo. To zahtijeva posebna znanja i spretnost kreatora zakona, a moguća su dva temeljna pristupa u tome jer zahtjev pravne sigurnosti traži: ili cjelovito preuzimanje instituta privatnog prava u javno pravo gdje norma javnog prava upućuje na primjenu normi pozitivnog prava u cijelosti, ili cjelovito i posebno uređenje privatnopravnog instituta u javnopravnom kontekstu, bez upućivanja na primjenu normi privatnog prava. Drugim riječima, djelomično uređenje instituta na način da se stvara kakav “mješoviti” institut javnog i privatnog prava predstavlja ugrozu pravne sigurnosti. V. Žunić Kovačević, op. cit. (bilj. 28), str. 684, 685 i dr.; V. više o tome, Vanistendael, F., „Legal Framework for Taxation“ u: *Tax Law Design and Drafting*, Vol I, ed. By Victor Thuronyi, IMF, Washington, D. C. 1996.; Gordon K., Richard, „Law of Tax Administration and Procedure“ u: *Tax Law Design and Drafting*, Vol I, ed. By Victor Thuronyi, IMF, Washington, D. C. 1996.

⁵² Vidi, Jenjić, Orlić Zaninović, op. cit. (bilj. 50), str. 56.

⁵³ Ibid., str. 57.

⁵⁴ Stajalište dostupno na <http://www.upravnisudrh.hr/frames.php?right=odluke.html>. (10. IX. 2017.). i Jenjić, Orlić Zaninović, op. cit. (bilj. 50), str. 53.

*konkretnoj situaciji bilo dužnost ispitati je li nastupila zastara prava na utvrđivanje porezne obveze.(...)“.*⁵⁵

Navedeni kontekst iznjedrio je i dvojbeno stajalište prisutna u praksi upravnih tijela, ali i sudova prema kojima je porezna obveza utvrđena prvostupanjskim rješenjem. Financijski i radnopravni odjel Visokog Upravnog suda na sjednici iz 2015., vezano uz relativnu zastaru u poreznim stvarima, donio je zaključak: „*Ostaje se kod dosadašnje prakse po kojoj se porezna obveza utvrđuje prvostupanjskim poreznim rješenjem. Od donošenja prvostupanjskog poreznog rješenja do donošenja rješenja po žalbi relativna zastara ne teče, već samo apsolutna*”. Nešto kasnije, na sjednici Financijskog i radnopravnog odjela, održanoj 2016., zaključak je Visokog upravnog suda: „*Drugostupanjsko rješenje kojim je odbijena žalba protiv prvostupanjskog rješenja o utvrđivanju porezne obveze nije nezakonito (samo) zato što je doneseno nakon nastupa apsolutnog roka zastare*“.⁵⁶

No, u ranije navedenoj presudi, Vrhovni sud RH jasno utvrđuje da „*učinak na prava i obveze stranaka ima konačno rješenje doneseno u upravnom postupku (upravni akt). Konačnost rješenja znači da je postupak donošenja upravnog akta dovršen. Stoga se, u situaciji kad je protiv prvostupanjskog rješenja dopuštena žalba, ne može smatrati da je već donošenjem prvostupanjskog rješenja konačno odlučeno o pravu i obvezi stranke, jer se tek propuštanjem podnošenja žalbe ili donošenjem rješenja drugostupanjskog tijela povodom žalbe odbacivanjem žalbe, odbijanjem žalbe ili izmjenom rješenja (čl. 239. ZUP-a) dovršava postupak donošenja upravnog akta*“.⁵⁷ Dakle, obveza poreznog tijela da po službenoj dužnosti pazi na nastup zastare ne prestaje donošenjem prvostupanjskog poreznog rješenja, a drugostupanjsko tijelo, u okviru svoje dužnosti da ispita zakonitost pobijanog poreznog akta u cijelosti, ne ograničavajući se na žalbene razloge, dužno je po službenoj dužnosti paziti i na zakonitost vlastitog postupanja pa i na eventualni nastup zastare, jednako relativne i apsolutne zastare.

OPZ 2017. konačno rješava navedene dvojbe i vodi k ujednačavanju prakse kada u članku 109. utvrđuje da su na nastup zastare prava na utvrđivanje po službenoj dužnosti dužna paziti prvostupanjska porezna tijela do donošenja i dostave poreznog rješenja. Također, uređuje da su na nastup zastare prava na utvrđivanje po službenoj dužnosti dužna paziti i drugostupanjska tijela do donošenja i dostave rješenja o žalbi. U tim slučajevima, ako tijela utvrde da je nastupila zastara prava na utvrđivanje poreza i kamata, trebaju rješenjem utvrditi nastup zastare i obustaviti postupak. Jednako je važno i uređenje situacije, u istom članku zakona, kada u upravnom sporu sud poništi porezno rješenje i vrati na ponovno odlučivanje, a u međuvremenu je nastupila zastara prava na utvrđivanje, jer će nadležna porezna tijela tada rješenjem utvrditi nastup zastare i obustaviti postupak.

⁵⁵ Presuda VSRH, broj: UZZ 31/11-5, dostupno na <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra/OdlukaTekst.asp?doID=38> (12. IX. 2017.).

⁵⁶ Stajalište dostupno na <http://www.upravisudrh.hr/frames.php?right=odluke.html>. (12. IX. 2017.).

⁵⁷ Ibid.

Kada je riječ o zastari prava na naplatu, tada je dužno na zastaru paziti po službenoj dužnosti prvostupanjsko tijelo do donošenja rješenja i dostave rješenja, a drugostupanjska tijela dužna su po službenoj dužnosti paziti je li u trenutku donošenja prvostupanjskog rješenja nastupila zastara prava na naplatu.

Zakon utvrđuje, iako se nomotehnički gledano čini suvišnim, da je rješenje o utvrđivanju ili naplati porezne obveze, kamata i troškova ovrhe doneseno nakon nastupa zastare nezakonito te da se porezni dug za koji je utvrđena zastara prava na utvrđivanje ili naplatu porezne obveze, kamata i troškova ovrhe otpisuje iz poreznih evidencija.⁵⁸

Navedeno složeno pitanje upućuje i na dvojbeni stajališta o prestanku prava poreznog tijela na naplatu poreza i kamata. U praksi poreznih tijela, ali i sudova, nije bilo ujednačenosti u odgovoru na pitanje gasi li se pravo poreznog tijela zastarom ili je riječ o prestanku tražbine uslijed čega se zakonska obveza poreznog obveznika pretvara u naturalnu obvezu.

Naime, u odredbama o poreznoj zastari OPZ 2001. (članak 90. stavak 1.) i OPZ 2008. (članak 94. stavak 1.) bilo je propisano da pravo poreznog tijela na utvrđivanje porezne obveze i kamata, pokretanje prekršajnog postupka, naplatu poreza, kamata, troškova ovrhe i novčanih kazni, te pravo poreznog obveznika na povrat poreza, kamata, troškova ovrhe i novčanih kazni zastarijeva za tri godine, računajući od dana kada je zastara počela teći.

OPZ 2017., uređujući ista pitanja, propisuje da pravo *i obveze* poreznog tijela na utvrđivanje porezne obveze i kamata, pravo *i obveza* poreznog tijela na naplatu poreza, kamata i troškova ovrhe te pravo poreznog obveznika na povrat poreza, kamata i troškova ovrhe zastarijeva za šest godina, računajući od dana kada je zastara počela teći.⁵⁹

Time je zakonodavac pokušao otkloniti dvojbe na način da prestankom prava prestaje i obveza, te da nema promjene naravi obveze poreznog obveznika iz zakonske u naturalnu i moralnu.⁶⁰ Dodatno, izrijeком je uređeno pravo poreznog obveznika na povrat plaćenog zastarjelog poreza koji to više i nije, pa, kako se radi o plaćanju duga kojemu je otpala pravna osnova, to je zbog plaćanja neduga u tim slučajevima propisano da porezni obveznik koji podmiri poreznu obvezu nakon nastupa zastare, ima pravo na povrat plaćenog poreza i pravo na kamate od dana podnošenja zahtjeva.⁶¹

⁵⁸ Gore opisane prakse i dvojbe u primjeni odredbi OPZ 2001. i OPZ 2008. bile su jedan od povoda ovakvog uređenja navedenim odredbama.

⁵⁹ Vidi, OPZ 2017., članak 108., stavak 1.

⁶⁰ Štoviše, važeći OPZ jasno propisuje da se zastarjela porezna obveza otpisuje, što potvrđuje navedeno.

⁶¹ Vidi, Zheng, Junping, „Unduly-paid taxes and the protection of the taxpayer's property right pursuant to Article 1, First Protocol ECHR“, u: *European tax Studies*, 2014., No. 2, str. 27-33 (dostupno na: www.seast.it/magazine).

4.5. Ukidanje relativne i apsolutne zastare i pitanje duljine zastarnih rokova

Računanje zastarnog roka kod tijeka relativne i apsolutne zastare pokazalo je nerazumijevanje ovih vrsta zastare. Naime, prema ranijem zakonodavstvu, OPZ-u 2001. i OPZ-u 2008., bila je uređena relativna zastara na način da je svaka radnja poreznog tijela usmjerena na ostvarenje prava koje zastarijeva prekidala tijek zastare tog prava nakon čega bi zastara ponovno počela teći. Zakonodavac je propisao, kako bi se spriječila mogućnost da uslijed većeg broja prekidanja zastare zastara ne nastupi, da protekom dvostrukog vremena relativne zastare nastupa apsolutna zastara. Više je razloga napuštanja navedenog razlikovanja no najjači je pronađen u čestim teškoćama utvrđivanja radnji kojima se prekida zastara te neujednačene prakse što je za posljedicu imalo veću pravnu nesigurnost poreznih obveznika. Praksa utvrđenja porezne obveze također je potvrdila nejasnoću normi i nerazumijevanje instituta. Tako je u svezi s ranije zauzetim stajalištem Visokog upravnog suda po kojem od donošenja prvostupanjskog poreznog rješenja do donošenja rješenja po žalbi relativna zastara ne teče, već samo apsolutna, iskazano nekoliko sumnji u stručnoj literaturi i sudskoj praksi.⁶² Naime, nastup zastare ima pravne učinke jednake prema svima i u osnovi se radi o jedinstvenom institutu s jedinstvenim pravnim posljedicama, pri čemu je zakonodavac propisao dvije vrste roka – relativni zastarni rok, koji se može prekidati i apsolutni zastarni rok, na čiji tijek ne može utjecati nositelj prava koje upravo i zastarijeva. Dakle, nastup relativne zastare i nastup apsolutne zastare imaju istovjetne pravne posljedice pa je navedeno stajalište nejasno i može svojom „nelogičnošću“ dovesti do apsurdnih mogućnosti.⁶³

Prednost rješenja OPZ-a 2017. jest u jednostavnijem utvrđenju nastupa zastare pa posljedično i većoj pravnoj sigurnosti. No, nedostatak bismo mogli naći u „nepoticaјnoj“ normi za porezna tijela, jer je ranije zakonsko uređenje „tјeralo“ porezno tijelo poduzimati radnje na ostvarenju prava i obveze utvrđenja poreznih obveza i prava i obveze naplate poreza. Neaktivnost poreznih tijela doводila je do zastare pa je već samo postojanje relativnog roka zastare predstavljalo poticaj na poduzimanje radnji jer je porezno tijelo poduzimanjem radnji u postupku, a sa ciljem ostvarenja svojih prava i obveza, ujedno prekidalo tijek zastare tih prava. Relativna je zastara predstavljala svojevrsan instrument ubrzanja postupka. Poredbenopravno gledano, argumenti govore u prilog novom uređenju jer većina europskih zakonodavstava ima jedinstveni pojam zastare. Pravna sigurnost također je jedan od ciljeva koji će se lakše ostvariti kroz opisano uređenje. Ipak, ostaje upitna učinkovitost poreznih tijela odnosno pitanje hoće li porezna tijela u propisanom roku ostvariti svoje temeljno pravo i obvezu – utvrditi i naplatiti porez. U složenom društvenom i gospodarskom okruženju koje je dominantno okruženje suvremenog doba, porezna tijela mogla bi opravdano zatražiti produljenje propisanog zastarnog roka. Takav put većoj učinkovitosti poreznih tijela čini se prihvatljivijim od

⁶² Vidi, Bassegli Gozze, op. cit. (bilj. 42), str. 5.

⁶³ Ibid., str. 6.

dosadašnjih produljenja rokova pogrešnim tumačenjem i primjenom normi poreznog prava. Štoviše, pojedina zakonodavstva propisuju drugačije rokove za slučajeve utaje poreza, dvostruko ili čak višestruko dulje. Kao neku krajnju mogućnost treba spomenuti i zakonsku mogućnost propisivanja da zastare nema, pri čemu bi, dakako, takve slučajeve zakon morao jasno i izričito odrediti.

5. ZAKLJUČAK

Zastara je institut koji je u pravu poznat već od rimskog doba i koji je uređen u brojnim pravnim granama, pa tako i u upravnom pravu. Uređenje zastare u upravnom pravu ima svoje posebnosti koje su vezane za posebnu prirodu upravnopravnog odnosa i određena načela upravnog prava i upravnog postupka. Smatramo kako je razumijevanje posebne prirode instituta zastare u upravnom pravu od velike važnosti jer praksa, nažalost, pokazuje kako nerazumijevanje instituta ide na štetu prava stranaka u postupku, ali i na štetu javnog interesa.

S obzirom na činjenicu da je institut zastare u posebnom poreznom pravu možda i najčišći primjer posebne upravnopravne logike uređenja instituta, u radu je navedeno područje posebno analizirano.

Prikaz historijskog razvoja i normativnog okvira porezne zastare potvrđuje uvodno primijećeno da je riječ o dobro poznatom institutu, teorijski i normativno jasno i precizno određenom što pridonosi pravnoj sigurnosti te učinkovitosti. Međutim, isti se u praksi pokazuje nedovoljno jasnim i nepreciznim pa historijat ukazuje na minuciozne zakonodavne zahvate s jednim jedinim ciljem: primjenjivačima norme pojednostaviti institut pri čemu temeljni ciljevi ne smiju biti ugroženi.⁶⁴

Dakle, odredbe OPZ 2017. o poreznoj zastari nisu reprezentant kakvog velikog reformskog zahvata. Kontinuum pristupa u izmjenama, s istim ciljem – precizan, dobro poznat institut – uređen je na način da porezna administracija može isti prepoznati i primijeniti. U situaciji gdje je u poreznoj administraciji preko 90 % zaposlenika nepravne struke, to se čini barem prikladnim, ako ne nužnim. Kada je riječ o sudskoj praksi, stvara se osnova za jednoobraznom primjenom norme i pravnu sigurnost. Naime, velika zastupljenost poreznih predmeta na upravnim sudovima potvrdila je neprihvatljivu nedorečenost i nejasnoće propisa o poreznoj zastari. Suprotstavljeni intresi javne i privatne stranke u poreznom postupku doprinijeli su rastu značaja i osjetljivosti na pitanje zastare s obzirom na posljedice nastupa što je uz neujednačenu sudsku praksu predstavljalo povod preispitivanju postojećih stajališta i tumačenja porezne zastare kroz novi normativni okvir predstavljen u OPZ 2017.

Podredno primjećujemo da radije zaokret hrvatskog poreznog zakonodavca k izgradnji nove dimenzije odnosa s poreznim obveznicima. Primjena normativnog okvira zastare treba potvrditi započetu promjenu paradigme poreznog odnosa.

⁶⁴ Ipak, jednostavnost instituta tražila je žrtvovanje relativne zastare izmjenama 2016., unatoč brojnim zagovornicima istoga, ne samo iz krugova pravne znanosti.

Naime, treba istaknuti kako se od 2015. može pratiti određeni zaokret u prioritetima nositelja porezne politike. Umjesto jače porezne presije i inzistiranja na strogoj poreznoj disciplini, zakonodavac počinje davati prednost poreznom rasterećenju, stvaranju jednostavnijega i stabilnijega porezno-pravnog okvira te povećanju opće razine pravne sigurnosti poreznih obveznika. Pohvalna je orijentacija nositelja porezne politike k poboljšanju opće razine dobrovoljnog udovoljavanja poreznoj obvezi uz pomoć raznih pravnih i institucionalnih mjera koje su usmjerene izgradnji poreznopravne sigurnosti putem jednostavnih i preciznih normativnih rješenja.

Očekuje se da će primjenom OPZ 2017. predmetni, tradicionalan, „statičan“ i dobro poznati materijalnopравни institut poreznog prava ući u razdoblje jednoobrazne primjene što će omogućiti ostvarenje poreznopravne sigurnosti.

LITERATURA:

1. Bassegli Gozze, Vlaho, „Institut zastare u hrvatskom poreznom pravu – dugogodišnja otvorena pitanja i mogući odgovori na njih“, *Sveske za javno pravo*, Fondacija Centar za javno pravo, br. 8, 2017.
2. Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 552.
3. Đerđa, Dario, *Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj*, Inženjerski biro, Zagreb, 2010.
4. Giunio, Miljenko Appio, „Zastarijevanje tražbine, zastara i posljedice – opća i neka izabrana pitanja“, u: *Liber amicorum Petar Klarić*, ur. Josipović, Tatjana, Gliha, Igor, Baretić, Marko i dr., Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2012.
5. Gordon K., Richard, „Law of Tax Administration and Procedure“ u: *Tax Law Design and Drafting*, Vol I, ed. By Victor Thuronyi, IMF, Washington, D. C. 1996.
6. Gregg, Marco, Žunić Kovačević, Nataša, „Lights and Shadows on the Implementation of the Alternative Dispute Resolution (ADR) system in the Italian and Croatian Tax Trial“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* (1991.), v. 38, br. 1, 377-396 (2017.).
7. Horvat, Ladislav, „Posljedice zastare u porezno-pravnom odnosu“, *Zbornik radova znanstvenog skupa „Hrvatska pred vratima EU – fiskalni aspekti“*, HAZU, Zagreb, 2005.
8. <http://www.upravnisudrh.hr/frames.php?right=odluke.html>. (10. IX. 2017.).
9. Jenjić, Jasminka, Orlić Zaninović Senka, *Posebnosti upravnog postupka u poreznim stvarima*, Pravosudna akademija, Zagreb, 2016.
10. Juričić, Mirjana, „Zastara u poreznim stvarima“, *Upravno pravo – aktualnosti upravnog sudovanja i upravne prakse*, 2008., Inženjerski biro.
11. Klarić, Petar, Vedriš, Martin, *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2006.
12. Krapac, Davor, *Kazneno-procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2007.
13. Kriletić, Marija, „Zastara naplate carine i prekršajnog progona u praksi Upravnog suda Republike Hrvatske“, *Upravno pravo – aktualnosti upravnog sudovanja i upravne prakse*, 2008., Inženjerski biro.

14. Krneta, Slavica, *Odabrane teme privatnog prava*, Pravni fakultet Univerziteta Sarajevo, 2007.
15. Medvedović, Dragan, „Bitne razlike novog Zakona o općem upravnom postupku prema prijašnjem Zakonu o općem upravnom postupku“, u: *Primjena Zakona o općem upravnom postupku*, Novi informator, Zagreb, 2010.
16. Opći porezni zakon, NN 127/2000, 86/2001, 150/2002.
17. Opći porezni zakon, NN 115/16.
18. Opći porezni zakon, NN 147/2008, 18/2011, 78/2012, 136/2012, 73/2013, 26/2015, 44/2016, 115/2016.
19. *Pravni leksikon*, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007.
20. Romac, Ante, *Rimsko pravo*, Pravni fakultet, Zagreb, 1998.
21. Rostaš-Beroš, Lidija, „Porezna zastara u praksi upravnih sudova“, *Novosti u upravnom pravu i upravno-sudskoj praksi*, Savjetovanje 2013., Narodne novine.
22. Selicato, Pietro, *L'attuazione del tributo nel procedimento amministrativo*, Milan, Giuffrè, 2014.
23. Šikić, Marko, Ofak, Lana, „Nova načela upravnog postupka (s posebnim naglaskom na razmjernost, legitimna očekivanja i stečena prava)“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1(2011.).
24. Šikić, Marko, „Zaštita pravne sigurnosti stranaka u upravnom postupku“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1(2014.).
25. Vanistendael, Frans, „Legal Framework for Taxation“ u: *Tax Law Design and Drafting*, Vol I, ed. By Victor Thuronyi, IMF, Washington, D. C. 1996.
26. Visković, Nikola, *Teorija države i prava*, Birotehnika, Zagreb, 2001.
27. Vrban, Duško, *Država i pravo*, Golden marketing, Zagreb, 2003.
28. Vukić, Nikola, „Zastara potraživanja poreza u Republici Hrvatskoj“, *Tendencije u razvoju financijske aktivnosti države, Zbornik radova sa Znanstvenog skupa povodom 100. obljetnice tiskanja knjige Stjepana Posilovića „Financijska znanost“*, HAZU, Zagreb, 2000.
29. Zakon o državnim službenicima, NN 92/2005, 140/2005, 142/2006, 77/2007, 107/2007, 27/2008, 34/2011, 49/2011, 150/2011, 34/2012, 38/2013, 37/2013, 1/2015, 138/2015, 61/2017.
30. Zakon o općem upravnom postupku (NN 47/09).
31. Zheng, Junping, „Unduly-paid taxes and the protection of the taxpayer's property right pursuant to Article 1, First Protocol ECHR“, u *European tax Studies*, 2014, No. 2.
32. Žunić Kovačević, Nataša, „Zastara – o primjeni građansko-pravnih pravila u poreznom pravu i sudska praksa“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1(2009.).

RÉSUMÉ:

LA NOTION DE PRESCRIPTION EN DROIT ADMINISTRATIF S'AGISSANT NOTAMMENT DE LA PRESCRIPTION EN DROIT FISCAL

Le texte analyse le concept de prescription dans le droit administratif, avec une attention particulière portée au droit fiscal. Après une présentation générale de la prescription dans différentes branches du droit, l'étude souligne que, dans le droit administratif, les relations juridiques se caractérisent par une position dominante des autorités publiques par rapport aux citoyens. Contrairement au droit privé, où les parties sont juridiquement égales, le droit administratif repose sur l'exercice du pouvoir public et sur la protection de l'intérêt général. L'article met en évidence que la prescription joue un rôle essentiel dans la garantie de la sécurité juridique et dans l'efficacité de l'administration publique. Elle impose des limites temporelles à l'action des autorités administratives afin d'éviter des procédures excessivement longues et de protéger les citoyens contre des obligations anciennes ou incertaines. Dans ce contexte, plusieurs principes du droit administratif sont examinés, notamment les principes d'efficacité, d'économie procédurale et de protection des droits acquis. Une partie importante de l'étude est consacrée au droit fiscal croate et aux réformes législatives introduites par la nouvelle loi fiscale générale de 2017. Les auteurs analysent l'évolution des règles relatives à la prescription fiscale ainsi que les difficultés rencontrées dans la pratique administrative et judiciaire. Les débats concernaient principalement le début du délai de prescription, la différence entre délais subjectifs et objectifs, ainsi que l'obligation des autorités fiscales de prendre en compte la prescription d'office. Enfin, l'étude conclut que les réformes récentes visent à renforcer la sécurité juridique, l'uniformité de la pratique judiciaire et la prévisibilité des relations fiscales. La prescription apparaît ainsi comme un instrument fondamental pour équilibrer l'intérêt public et la protection des droits des contribuables.

Dr. sc. Dario Đerđa*

PRAVNI OKVIR KORIŠTENJA NEKIH OBLIKA FINANCIJSKE IMOVINE U REPUBLICI HRVATSKOJ

UDK: 342 (497.5)

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: 1. 12. 2016.

Cilj je ovoga rada razmotriti jesu li postupci davanja na korištenje nekih nekretnina u državnom vlasništvu zainteresiranim poduzetnicima i drugim subjektima jednostavni i brzi te osiguravaju li oni odabir upravo one osobe koja jamči obavljanje gospodarske djelatnosti najviše kvalitete u okviru standarda održivoga razvoja. U radu se pozornost usmjerava na zemljišta koja se u velikome udjelu nalaze u državnome vlasništvu, a prema ocjeni hrvatske javnosti, nisu u dovoljnoj mjeri iskorištena – poljoprivredno zemljište, šume i šumsko zemljište te javno vodno dobro u javnoj uporabi. Najprije se razmatra jesu li ova zemljišta sposobna biti dijelom financijske imovine države. Zatim se analizira način regulacije i postupovne odredbe davanja ovih dobara na korištenje privatnim osobama. Konačno, ukazuje se na nedostatke pozitivnopravne regulacije te se s ciljem poticanja iskoristivosti ovih prostora daju prijedlozi unapređenja postojećega pravnoga okvira.

Ključne riječi: *dobro od interesa za Republiku Hrvatsku, poljoprivredno zemljište, šuma, šumsko zemljište, vodno dobro, financijska imovina, korištenje javnoga dobra, Hrvatska*

1. UVOD

Jedan od najvažnijih ciljeva svake države usmjeren je pružanju visokog životnog standarda svojim stanovnicima. Kako bi ovaj cilj bio ostvaren, građanima na raspolaganju trebaju stajati brojne usluge zdravstvenog, obrazovnog, socijalnog, kulturnog i sportskoga sadržaja, kao i potrebna infrastruktura za prometovanje, odmor i rekreaciju, što u pravilu osigurava država, jedinice područne (regionalne) samouprave i jedinice lokalne samouprave. Veći broj javnih usluga koje građanima nenaplatno ili uz plaćanje određene participacije stoje na raspolaganju u pravilu se financira iz državnog proračuna odnosno proračuna teritorijalnih jedinica, baš kao što se iz tih proračuna financira izgradnja određenih infrastrukturnih objekata. Stoga je jedno od najaktualnijih pravnih, gospodarskih i politoloških pitanja današnjice, na koji način država i druge teritorijalne jedinice, bez dodatnoga poreznoga opterećenja stanovnika i poduzetnika, mogu povećati vlastite prihode.

* Izvanredni profesor, predstojnik Katedre za upravno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci. Ovaj rad objavljen je u okviru projekta Hrvatske zaklade za znanost br. 5709, „*Perspectives of maintaining the social state: towards the transformation of social security systems for individuals in personalized medicine*“.

U tu svrhu državi i drugim teritorijalnim jedinicama na raspolaganju stoje prihodi od dobiti koju ostvaruju trgovačka društva u javnom i mješovitom vlasništvu, kao i prihodi od otuđenja njihove imovine. Pored ovih, jedan od važnih prihoda, kojemu u Hrvatskoj do sada zasigurno nije dovoljno dano na važnosti, svakako čine prihodi od korištenja nekretnina u vlasništvu države. Takve nekretnine kojima upravljaju i gospodare država ili neko drugo tijelo kojemu je povjereno upravljanje, a koje nisu u općoj uporabi, često su sredstvo financiranja javnih potreba u usporednom pravu. Ove površine u državnom vlasništvu, određenim pravnim institutima ustupaju se na korištenje pojedincima, poduzetnicima i drugim subjektima, te time postaju nezaobilazan izvor proračunskih prihoda. Uobičajeno se izdvajaju od drugih dobara od interesa za državu te se posebnim pravnim režimom koji se na njih primjenjuje čine dostupnima pojedincima koji ih žele gospodarski iskorištavati. U pravnoj teoriji u pravilu se nazivaju *financijskom imovinom države*, jer njihovi korisnici za iskorištavanje ovih prostora državi plaćaju naknadu, koja se zatim koristi u različite svrhe.

U Republici Hrvatskoj posebno do izražaja dolaze tri vrste dobara koja površinom zauzimaju najveći dio prostora državnog teritorija, a u velikoj mjeri upravo su u državnom vlasništvu.¹ To su poljoprivredno zemljište, šume i šumsko zemljište te vodno dobro. Prema posljednjim službenim podacima iz 2013. godine, poljoprivredne površine u Republici Hrvatskoj zauzimaju čak 47,6 % zemljišta, gotovo jednako toliko, tj. 47 % zemljišta zauzimaju šume i šumsko zemljište, vodne površine među koje se ubraja vodno dobro obuhvaćaju 1,6 % kopnene površine Republike Hrvatske, dok sve preostalo zemljište čine čovjekom utjecane površine, tj. gradovi, sela, industrijska postrojenja, cestovna, željeznička infrastruktura te druge linijske infrastrukturne građevine, zračne luke, vojni objekti i sl.²

Od ukupno 2.695.037 ha poljoprivrednih površina u Republici Hrvatskoj, 738.125 ha poljoprivrednog zemljišta, najvećim dijelom oranica i pašnjaka, nalazi se u državnom vlasništvu. Time poljoprivredno zemljište u vlasništvu Republike Hrvatske čini skoro trećinu ukupnoga poljoprivrednoga zemljišta. Od toga je trenutno neiskorišteno gotovo 60 % ovoga zemljišta.³ Neobrađeno poljoprivredno zemljište, koje čini zemljište koje nije u funkciji poljoprivredne proizvodnje ili je obraslo višegodišnjim raslinjem, danas je jedan od gorućih problema hrvatske poljoprivrede, posebno u državi bogatih i kvalitetnih prirodnih resursa, tj. zemljišta dobre plodnosti, klimatskih pogodnosti i obilja vodnih resursa. Važnost poljoprivrede za državu u cjelini proizlazi ne samo iz primarne uloge osiguranja prehrambenih

¹ O razlikovanju pojma „dobro“ i „stvar“ više vidi u Popovski, Aleksandra, *Upravnopravni aspekti upravljanja i korištenja javnoga dobra u općoj uporabi* – doktorska disertacija, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2016., str. 57-65.

² Ministarstvo graditeljstva i prostornoga uređenja, *Izvješće o stanju u prostoru Republike Hrvatske 2008.–2012.*, Narodne novine, br. 61/13. Nakon ovoga dokumenta novije izvješće o stanju u prostoru Republike Hrvatske nije objavljeno niti je o ovome pitanju raspravljano u Hrvatskom saboru. Time se naznačeno izvješće pokazuje najrecentnijim.

³ Posljednje dostupni podaci Agencije za plaćanja u poljoprivredi, iz rujna 2014. godine, dostupno na: <http://www.agroklub.com/agropedija/zemljiste/raspolaganje-zemljistem-14/> (21. VI. 2016.).

potreba stanovništva, već i iz njezine uloge u očuvanju ruralnog prostora, ekološke ravnoteže i održanju tradicijskih vrijednosti.⁴

S druge strane, ukupna površina šuma i šumskih zemljišta u Republici Hrvatskoj iznosi 2.688.687 ha. Od toga je 2.106.917 ha, tj. preko 80 %, u državnom vlasništvu, dok je 581.770 ha u vlasništvu privatnih šumoposjednika.⁵ Kada se u obzir uzme drvena zaliha u Republici Hrvatskoj, koja se procjenjuje na 398 milijuna m³, čak 320 milijuna m³ nalazi se u državnim šumama, a tek 78 milijuna m³ u šumama privatnih šumoposjednika. Iz ovih podataka razvidno je kako kapacitet državnih šuma u velikoj mjeri nadmašuje šume privatnih posjednika. Izrazito značajan potencijal šuma i šumskih površina u Hrvatskoj, kao osnovni temelj razvoja, još nije dostatno iskorišten, na što ukazuje veliki udio šumske biomase koji trenutno nije u funkciji. Poboljšano gospodarenje šumama i njihovo korištenje može otvoriti brojna radna mjesta i povećati proizvodnju dobara i usluga, omogućujući time novi dohodak.⁶

Konačno, ukupna duljina svih prirodnih i umjetnih vodotoka na prostoru Republike Hrvatske procjenjuje se na oko 32.000 km, od čega preko 13.000 km čine vodotoci slivne površine veće od 10 km². S obzirom na to da je voda jedinstven i nezamjenjiv prirodni resurs ograničenih količina i neravnomjerne prostorne i vremenske raspodjele, kao i činjenica da su svi oblici života i sve ljudske aktivnosti uvijek vezani uz vodu, vodno dobro pokazuje se posebno značajnim. Vodni sektor važan je pokretač gospodarstva, osobito kroz pripremu, izgradnju, opremanje, održavanje i pogon vodnih građevina i sustava, čime znatno pridonosi društveno-gospodarskom razvoju zemlje. Iako Hrvatska ima dovoljno vodnih resursa za zadovoljenje postojećih i potencijalnih potreba korisnika, zbog tehničkih, gospodarskih, okolišnih i političkih čimbenika niti vodni resursi nisu u dovoljnoj mjeri iskorišteni, a na tome bi u budućnosti također valjalo poraditi.⁷

Sve ranije navedeno ukazuje na veliki gospodarski kapital Republike Hrvatske, koji je tek manjim dijelom iskorišten. S ciljem što skorijeg gospodarskog prosperiteta svakako bi valjalo ove važne strateške resurse staviti na raspolaganje gospodarstvenicima. Naravno, cilj koji pri tome svakako treba ostvariti jest uz jednostavne i brze postupke davanja ovih nekretnina na korištenje privatnim poduzetnicima i drugim subjektima, na odgovarajući način zaštititi javni interes

⁴ Vidi Izvješće o stanju u prostoru Republike Hrvatske 2008.–2012.

⁵ Sukladno članku 5. točka 24. *Zakona o šumama*, Narodne novine 140/05, 82/06, 129/08, 80/10, 124/10, 25/12, 68/12, 148/13 i 94/14, šumoposjednik je pravna ili fizička osoba koja je vlasnik ili posjednik šume, osim Republike Hrvatske, trgovačkog društva Hrvatske šume d.o.o., tijela državne uprave i pravnih osoba čiji je osnivač Republika Hrvatska, a koje gospodare šumama u vlasništvu Republike Hrvatske. O šumama u vlasništvu privatnih osoba, pretvorbi prava vlasništva i upisu šuma i šumskih zemljišta u zemljišne knjige više vidi u Perkušić, Ante, „Šume i šumska zemljišta – pretvorba prava vlasništva i upis u zemljišne knjige“, *Hrvatska pravna revija*, god. 4., br. 11, 2004., str. 51-56.

⁶ Vidi Izvješće o stanju u prostoru Republike Hrvatske 2008.–2012.

⁷ Vidi Izvješće o stanju u prostoru Republike Hrvatske 2008.–2012.

i održivost ovih, u svjetskim razmjerima oskudnih resursa.⁸ Cilj je ovoga rada razmotriti jesu li postupci davanja na korištenje nekih nekretnina u državnom vlasništvu zainteresiranim poduzetnicima i drugim subjektima jednostavni i brzi te osiguravaju li oni odabir upravo one osobe koja jamči obavljanje gospodarske djelatnosti najviše kvalitete u okviru standarda održivoga razvoja. U radu se pozornost usmjerava na zemljišta koja se u velikome udjelu nalaze u državnome vlasništvu, a prema ocjeni hrvatske javnosti, nisu u dovoljnoj mjeri iskorištena. Najprije se razmatra jesu li ova zemljišta sposobna biti dijelom financijske imovine države. Zatim se analizira način regulacije i postupovne odredbe davanja ovih dobara na korištenje privatnim osobama. Konačno, ukazuje se na nedostatke pozitivnopravne regulacije te se s ciljem poticanja iskoristivosti ovih prostora daju prijedlozi unapređenja postojećega pravnoga okvira.

2. POLJOPRIVREDNO ZEMLJIŠTE, ŠUME I ŠUMSKO ZEMLJIŠTE TE VODNO DOBRO U VLASNIŠTVU DRŽAVE KAO OBLICI FINANCIJSKE IMOVINE

Financijska je imovina pojam koji se ne susreće u hrvatskom zakonodavstvu, već jedino u znanstvenoj i stručnoj literaturi. Ovaj pojam javlja se u radovima Krbeka 50-ih godina 20. stoljeća i poslije, koji financijsku imovinu, ujedno nazivajući je i financijskim dobrom odnosno fiskalnom imovinom, stavlja u opreku s drugim stvarima koje su od interesa za zajednicu, tj. s javnim dobrom ili dobrom opće upotrebe te upravnim dobrom ili upravnom imovinom. Navodeći kako javno dobro podrazumijeva ona dobra koja neposredno služe svim građanima a da im se posebno ne predaju na korištenje, a upravno dobro stvari koje služe osobama javnoga prava za trajno obavljanje zadaća javne uprave, bilo da se upravna tijela njima služe neposredno, bilo da ih naročito predajom stavljaju na uporabu građanima, npr. posredstvom bolnica, škola ili biblioteka, financijsku imovinu Krbek detaljnije ne obrazlaže već samo ističe kako je njezina primarna svrha donošenje financijskih sredstava državi.⁹

⁸ Iako nema mnogo radova koji znanstveno i stručno analiziraju mehanizme korištenja ovih dobara, u hrvatskoj pravnoj literaturi posljednjih desetak godina sve se češće naglašava potreba učinkovitijega upravljanja njima. Tako primjerice Frković ističe kako bi osnivanje prava građenja na nekretninama u vlasništvu Republike Hrvatske moglo biti atraktivan pravni institut i model za stimuliranje investicija, jer temeljem ovoga pravnoga instituta, država nekretnine zadržava u vlasništvu i ubire obročnu rentu, a investitor, umjesto isplate tržišne cijene odjednom u slučaju sklapanja ugovora o prodaji, ima manje teretne financijske obveze, a ipak je vlasnik zgrade izgrađene na državnom zemljištu. Frković, Snježana, „Republika Hrvatska kao vlasnik nekretnina i pravo građenja“, *Hrvatska pravna revija*, god. 11., br. 10, 2011., str. 10. O potrebi učinkovitijeg upravljanja ovim resursima vidi i Grubišić, Mihaela, Nušinić, Mustafa, Roje, Gorana, „Prema učinkovitom upravljanju državnom imovinom“, *Financijska teorija i praksa*, vol. 33, br. 3, 2009., str. 335-374.

⁹ Krbek, Ivo, *Osnovi upravnog prava FNRJ*, Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 1950., str. 507, te Krbek, Ivo, *Pravo jugoslavenske javne uprave: funkcioniranje i upravni spor*, III. knjiga, Birozavod, Zagreb, 1962., str. 120.

Krbekovu podjelu stvari kojima se služi država ili neka druga osoba javnoga prava u pravnoj literaturi slijede Aviani i Josipović. Na isti način, oni financijsku imovinu razlikuju od javnih dobara u općoj uporabi, tj. stvari u vlasništvu Republike Hrvatske ili drugih osoba javnoga prava koje su namijenjene za uporabu svih, te javnih dobara u javnoj uporabi, tj. stvari u vlasništvu Republike Hrvatske ili drugih osoba javnoga prava koje su namijenjene neposrednom izvršavanju prava i dužnosti Republike Hrvatske, njezinih tijela i ustanova. Naglašavaju kako stvari u vlasništvu Republike Hrvatske ili druge osobe javnoga prava koje čine financijsku imovinu nisu namijenjene ni općoj ni javnoj uporabi, već isključivo ostvarivanju prihoda njihovim vlasnicima.¹⁰

Iako se u različitim državama naziva različitim nazivima, financijska imovina široko je usvojen institut u usporednom pravu. U austrijskoj pravnoj doktrini *javne stvari*, tj. stvari koje se nalaze u vlasništvu osoba javnog prava, konkretno savezne države, federalne jedinice ili jedinice lokalne samouprave i koje su namijenjene obavljanju javnih zadaća, također se dijele na javno dobro i upravnu imovinu te financijsku imovinu koja predstavlja stvari u vlasništvu osoba javnoga prava, tj. savezne države, federalne jedinice ili jedinice lokalne samouprave, a čija je svrha ostvarivanje financijskih prihoda njihovim vlasnicima. U ovoj državi financijsku imovinu čine šume, vrijednosni papiri ili dionice, udjeli u temeljnom kapitalu trgovačkih društava i sl.¹¹ Financijska imovina kao pravni institut važno mjesto našla je i u njemačkoj pravnoj doktrini gdje se dobra od javnoga interesa dijele u dvije velike skupine: javne stvari i financijsku imovinu. Financijsku imovinu čine stvari koje se nalaze u vlasništvu osoba javnoga prava, a istovremeno nisu namijenjene neposrednom korištenju od strane društvene zajednice niti obavljanju zadaća tijela javne vlasti. Njome raspoložu osobe javnoga prava te su financijske koristi od raspolaganja takvom imovinom izravan prihod proračuna ovih osoba. Slijedom toga, osnovna svrha financijske imovine u Njemačkoj ista je kao i u Austriji – ostvarivanje financijskih prihoda njihovim vlasnicima, neovisno o tome radi li se o državi ili jedinici regionalne ili lokalne samouprave. Financijsku imovinu u Njemačkoj čine, primjerice, šume i poljoprivredna zemljišta, trgovačka društva,

¹⁰ Aviani, Damir, „Zasebno korištenje opće-uporabljivih dobra u Hrvatskoj: dometi i ograničenja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 46, br. 1, 2009., str. 125, Josipović, Tatjana, „Posebni pravni režimi na nekretninama“, *Nekretnine u pravnom prometu*, Inženjerski biro, Zagreb, 2003., str. 4. te Josipović, Tatjana, „Stvari u vlasništvu države i drugih osoba javnog prava (javno vlasništvo)“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 22, br. 1, 2001., str. 100. Istu klasifikaciju javnih stvari od Josipović je preuzela Jelčić u: Jelčić, Olga, „Prodaja, zakup i koncesije nekretnina u vlasništvu jedinica lokalne samouprave i Republike Hrvatske“, *12. forum poslovanja nekretninama: zbornik radova*, Zagreb, Hrvatska gospodarska komora, 2012., dostupno na: <http://www.agenti.hr/sadrzaj/info-agent/strukovni-forumi/forum-12/12-forum-Prodaja-zakup-koncesije-nekretnina-vlasnistvo-jed-lokalne-samouprave-i-RH.pdf> (11. VII. 2016.), str. 7-8.

¹¹ Javno dobro u Austriji obuhvaća dobra u vlasništvu osoba javnog prava namijenjena općoj uporabi, kao što su npr. ceste, rijeke, potoci, jezera, luke, javne površine i sl., a upravnu imovinu ona dobra i stvari namijenjeni obavljanju zadaća javne uprave poput javnih bolnica, vojarni, javnih škola, knjižnica, muzeja i zgrada upravnih tijela, uredski inventar i materijal i sl. Vidi Antonioli, Walter, Koja, Friedrich, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1996., str. 697-699. O javnom vlasništvu u austrijskom pravu više vidi u Popovski, op. cit., str. 33-36.

vrijednosni papiri itd.¹² Iako se u francuskoj pravnoj teoriji pojam *financijska imovina* ne susreće, odgovarajući institut ovdje se može prepoznati pod nazivom *privatna domena*. Stvari u vlasništvu osoba javnoga prava u ovoj državi dijele se na javnu i privatnu domenu. Privatna domena obuhvaća dobra i stvari koje su podložne vlasničkom režimu i vršenju vlasničkih prava osoba javnoga prava. Kako se u pravnoj teoriji ističe, jedna od namjena ovih dobara upravo je stvaranje financijskih prihoda koji će se zatim kroz financiranje javnih službi vratiti građanima. U privatnu domenu ubrajaju se šume i poljoprivredno zemljište u vlasništvu osoba javnoga prava, napuštena riječna korita, ruralne ceste i nekretnine kojima je ukinut status ceste ili željezničke infrastrukture, nekretnine koje koristi država te regionalna i lokalna samouprava, nekretnine koje su osobe javnoga prava stekle izvlaštenjem, konfiskacijom ili nacionalizacijom, ošasna imovina, državni brodovi i zrakoplovi, prava intelektualnog vlasništva osoba javnoga prava, vojna oprema te pravo lova uključujući ribolovna prava.¹³ Time određena dobra iz kategorije privatne domene u Francuskoj imaju sličnu funkciju koju financijska imovina ima u austrijskom i njemačkom pravu. U talijanskom pravu javne stvari se također dijele u dvije velike skupine: domanijalna dobra i baštinu. Dobra čija je namjena između ostaloga

¹² Njemačka pravna teorija javne stvari još dijeli na javne stvari u eksternoj upotrebi i javne stvari u internoj upotrebi. Javne stvari u eksternoj upotrebi obuhvaćaju neke stvari koje su u općoj uporabi svih građana, tj. stvari koje su dane na ravnopravnu i slobodnu uporabu svima kao što su npr. more i morska obala, plovne rijeke, ceste, javne površine i zračni prostor iznad državnoga teritorija. One ujedno obuhvaćaju i neke stvari koje su zbog pojedinačne potrebe koja nadilazi opću dane u posebnu upotrebu nekom konkretnom pojedincu, kao i stvari koje građani upotrebljavaju posredstvom pružatelja javnih usluga uživajući usluge koje pruža određeni nositelj javne službe, kao što su npr. javne bolnice, javna kupališta, narodna kazališta i knjižnice. Za razliku od ovih, javne stvari u internoj uporabi nisu dane na uporabu svim osobama, već ih za ostvarivanje svojih zadaća koriste isključivo tijela javne vlasti. U ovu skupinu spadaju između ostaloga zgrade državnih i lokalnih upravnih tijela, uredski namještaj, policijska, vojna i vatrogasna oprema i službena vozila. Papier, Hans Jürgen, *Recht der Öffentlichen Sachen*, Walter de Gruyter, Berlin, 1977., str. 15-19. i 33. Virant, Gregor, „Pravni položaj uporabnika javnoga dobra“, *Pravnik*, vol. 50, br. 9-10, 1995., str. 28. Iako u Njemačkoj pravna doktrina sistematizira dobra od javnoga interesa u dvije, a ne tri kategorije kakav je slučaj u Austriji, dobrima od javnoga interesa smatraju se iste stvari. O javnoj imovini u Njemačkoj više vidi u 35. Gröpl, Christoph, Rupp, Martin, „State Assets (Public Ownership) in the Federal Republic of Germany“, *Ius Publicum Network Review*, br. 1, 2011., dostupno na: http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/10_03_2011_16_33_Groep1.pdf (11. VII. 2016.), str. 1-7. te Popovski, op. cit., str. 29-33.

¹³ Auby, Jean-Marie, Bonn, Pierre, *Droit administratif des biens*, Dalloz, Paris, 1995., str. 163-170. Javnu domenu u Francuskoj čine npr. teritorijalno more i njegovo podmorje te dno, dio obale koju more prekrije za vrijeme najviših voda, plaže, luke, zaljevi i objekti izgrađeni u interesu pomorskog prometa, rijeke namijenjene plovidbi, vodoopskrbi, poljoprivrednoj i industrijskoj djelatnosti, plovna jezera, kanali, akumulacije te građevine namijenjene održavanju vodnog režima i regulaciji plovidbe, zračni prostor iznad državnog teritorija i zračne luke namijenjene javnom prometu, radijske frekvencije dostupne na državnom teritoriju, ceste, željeznička infrastruktura, javne površine, vojno dobro, sakralne građevine, telekomunikacijska infrastruktura, zgrade sudova, kulturna i umjetnička dobra, knjižni fond, arhivsko gradivo i druge pokretnine koje su nezamjenjive ili teško zamjenjive, spomenici, javne bolnice, javne škole, narodne knjižnice, muzeji, groblja, tržnice i studentski domovi. Kako bi se neko dobro smatralo javnom domenom, ono mora biti u vlasništvu osobe javnoga prava, tj. države, jedinice regionalne samouprave, jedinice lokalne samouprave ili javne institucije pod kojim se pojmom podrazumijevaju ustanove, javne ustanove i određene vrste trgovačkih društava. Vidi ibid., str. 29-42. O javnom vlasništvu u francuskom pravu više vidi u: Latournerie, Marie-Aimée, „Problématique du droit des propriétés publiques en France“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 46, br. 1, 2009., str. 11-25, Borković, Ivo, „Javno dobro (domaine public) u francuskoj teoriji upravnog prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 40, br. 71-72, 2003., str. 219-232 te Popovski, op. cit., str. 14-20.

ostvarivanje financijskih prihoda njihovim vlasnicima nazivaju se baštinom. Dije se na dvije kategorije: baštinu izvan pravnog prometa i baštinu u pravnom prometu. Baštinu izvan pravnog prometa čine dobra koja su u vlasništvu osoba javnog prava te su od značaja za javni interes poput šuma, mineralnih sirovina, termalnih i mineralnih izvora vode, zgrada tijela javne vlasti, nekretnina i pokretnina koje služe obavljanju javnih službi, nekretnina koje su bile predmet izvlaštenja, nacionalnih parkova, parkova prirode, prirodnih rezervata, vojarni, vojnih brodova i zrakoplova te divljih životinja, dok baštinu u pravnom prometu čine npr. trgovačka društva i vrijednosni papiri u vlasništvu osoba javnog prava.¹⁴

Može se uočiti kako se u austrijskom, njemačkom, francuskom i talijanskom pravu izdvaja posebna skupina dobara koja su u vlasništvu osoba javnoga prava, tj. savezne države, saveznih jedinica, regionalne ili područne samouprave i kojima je namjena, između ostaloga, ostvarivanje prihoda njihovim vlasnicima. Ova dobra, bez obzira na to nazivaju li se „financijskom imovinom“, „privatnom domenom“ ili „baštinom“, nalaze se u posebnom pravnom režimu koji nije u cijelosti uređen pravnim normama javnoga tj. upravnoga prava, ali nije u cijelosti uređen niti pravnim normama građanskoga prava koje se primjenjuju na vlasništvo privatnih osoba.

Tako je, primjerice, financijska imovina u Austriji u velikoj mjeri uređena pravilima građanskoga, a u manjoj pravilima upravnoga prava. Propisanim upravnopravnim ograničenjima slobodnoga raspolaganja ovom imovinom štiti se javni interes koji bi mogao biti povrijeđen kada bi se ova dobra uređivala isključivo normama građanskoga prava.¹⁵ Slično je i u Njemačkoj u kojoj se gospodarenje financijskom imovinom temelji na normama građanskoga prava, uz određena ograničenja javnopravne naravi. No, upravo poradi ovih ograničenja, osobe javnoga prava prilikom raspolaganja financijskom imovinom obvezne su računa voditi o

¹⁴ Vidi Virant, op. cit., str. 34-36. U domanijalna dobra ubrajaju se npr. more i morska obala, rijeke, jezera, podzemne vode, ceste, željeznička infrastruktura, vojni objekti, javne površine, groblja, zračni prostor iznad državnog teritorija, zračne luke te kulturni spomenici. Ova dobra također mogu biti jedino u vlasništvu osobe javnoga prava, tj. države, regije, provincije ili komune te moraju imati zakonom određenu javnu namjenu koja se ogleda u njihovom davanju na slobodnu uporabu građanima ili njihovom korištenju od pružatelja javnih usluga za izvršavanje njihovih zadaća. Vidi Caringella, Francesco, *Il Diritto Amministrativo*, Edizioni giuridiche Simone, Napoli, 2006., str. 907. O javnom vlasništvu u talijanskom pravu više vidi u Popovski, op. cit., str. 21-24.

¹⁵ Za razliku od ovih dobara, javno dobro u općoj uporabi u Austriji regulirano je normama upravnoga prava, a zaštita javnoga interesa u svezi s njime posebno je osigurana zabranom privatnopravnih raspolaganja tim dobrima koja bi na bilo koji način mogla ograničiti ili isključiti opću uporabu. Pravni režim upravne imovine uglavnom je uređen normama upravnoga prava, uz odgovarajuću primjenu i pravnih normi građanskoga prava. Cilj takvome pravnom uređenju ogleda se u unapređenju i očuvanju javne namjene ovih dobara i stvari. Antoniolli, Koja, op. cit., str. 697-698.

javnome interesu.¹⁶ I u Francuskoj je privatna domena u prvome redu uređena normama građanskog prava. Njome upravljaju osobe javnog prava, ali također uz značajna ograničenja upravnopravne prirode.¹⁷ Konačno, norme građanskoga prava, jednako tako uz prilična upravnopravna ograničenja usmjerena na zaštitu javnoga interesa, u Italiji se primjenjuju na baštinu u pravnom prometu.¹⁸ Iz ovoga jasno proizlazi kako se u spomenutim državama na financijsku imovinu primjenjuje pravni režim građanskoga prava, u nekim pitanjima ograničen normama upravnoga prava.

Dade se primijetiti kako u prikazanim usporednim pravnim sustavima, uz dobra koja stoje na raspolaganju građanima i koja oni neposredno ili posredno koriste sukladno načelu slobode, ravnopravnosti i anonimnosti, te uz dobra koja su namijenjena obavljanju zadaća koje su ustavom i zakonima stavljene u nadležnost osobama javnoga prava, postoje još i dobra koja se nalaze u vlasništvu osoba javnoga prava, a nisu namijenjena niti općoj uporabi niti izvršavanju javnih zadaća osoba javnoga prava. U analiziranim pravnim sustavima njih, između ostaloga, čine i zemljišta u vlasništvu države i drugih osoba javnoga prava, među kojima se nalaze poljoprivredna zemljišta, šume i šumska zemljišta te neke druge vrste zemljišta. Njihova namjena usmjerena je stjecanju financijskih prihoda osoba javnoga prava u čijem su vlasništvu. Za razliku od prve dvije skupine dobara, koja se u bitnome nalaze ili u vlasništvu osoba javnoga prava ili izvan vlasničkoga režima te su poradi očuvanja svoje namjene uređena u prvom redu pravnim normama upravnoga prava, na ova dobra primjenjuje se primarno pravni režim građanskoga prava, koji je u određenoj mjeri podređen nekim pravnim normama upravnoga prava.¹⁹ Posebno pravno uređenje ovih dobara uspostavlja se s obzirom na ulogu i namjenu tih dobara u društvenoj zajednici ili gospodarskoj infrastrukturi. Upravnopravna ograničenja vršenja vlasničkih ovlasti pojedinih dobara od interesa za zajednicu uvode se radi

¹⁶ Vidi Virant, op. cit., str. 29. te Borković, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 589. Za razliku od austrijskoga prava, pravni režim dobara od javnoga interesa u Njemačkoj uređen je pravnim normama kako javnoga tako i privatnoga prava. Međutim, ističe se kako učinak normi javnoga prava ipak prevladava. Javni interes zaštićen je u prvom redu zabranom privatnim osobama raspolagati javnom stvari na svaki način kojim se ograničava ili isključuje opća uporaba takve stvari. Vlasnik neke od stvari koja se nalazi u općoj uporabi pri izvršavanju vlasničkih ovlasti ograničen je onoliko koliko je potrebno da bi ta stvar služila javnoj svrsi kojoj je namijenjena. Vidi Wolff, Hans J., Bachof, Otto, Stober, Rolf, *Verwaltungsrecht*, Band 2, Verlag C. H. Beck, München, 2000., str. 679.

¹⁷ Vidi Auby, Bon, op. cit., str. 134. te Borković, *Upravno*, cit., str. 588. Za razliku od privatne domene, u Francuskoj je zaštita javne domene usmjerena prvenstveno na očuvanje njezine javne namjene. Ona je uređena pravilima upravnoga prava koja zabranjuju njezino otuđenje, provedbu prisilnog izvršenja nad ovim dobrima te zabranu stjecanja ovih dobara dosjelošću. Vidi Gillet-Lorenzi, Emmanuelle, Traoré, Seydou, *Droit administratif des biens*, Centre National de la Fonction Publique Territoriale, Paris, 2007., str. 70-77. te Borković, *Upravno*, cit., str. 586-587.

¹⁸ Domanijalna dobra u Italiji uređena su pravilima upravnoga prava te su zaštićena općom zabranom njihova otuđenja, zabranom prisilnog izvršenja nad ovim dobrima te zabranom stjecanja vlasništva nad ovim dobrima dosjelošću. Kako bi se što bolje zaštitila i očuvala javna namjena domanijalnih dobara, ona su u cijelosti isključena iz pravnoga prometa. Vidi Caringella, op. cit., str. 907. Sličan pravni režim javnoga dobra u usporednome pravu susreće se primjerice i u Sloveniji. O tome više u Ude, Lojze, „Javno dobro“, *Socijalno partnerstvo*, vol. 22, br. 168-169, 1994., str. 133-134.

¹⁹ O primjeni normi upravnoga i građanskoga prava na stvari u vlasništvu osoba javnoga prava više vidi u: Negrut, Vasilica, „Special Domenial Regimes“, *Acta Universitatis Danubius: Juridica*, vol. 5, br. 1, 2009., dostupno na: <http://journals.univ-danubius.ro/index.php/juridica/article/view/186/177> (11. VII. 2016.), str. 40-47.

postizanja i zaštite općih interesa, tj. interesa društva kao cjeline, a posredstvom toga i interesa samih članova društva odnosno pojedinaca. Međutim, djelovanje upravnopravnih normi nužno ne isključuje norme građanskoga prava, već ih ujedno i nadopunjuje.²⁰

Za razliku od ovih država, hrvatsko zakonodavstvo ne poznaje pojam financijske imovine. *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima* razlikuje tri vida stvari, koje dijeli prema njihovoj namjeni. Propisuje kako javno dobro u općoj uporabi čine stvari u vlasništvu Republike Hrvatske koje su namijenjene za uporabu svih te kako se ovim stvarima ima pravo služiti svatko na način koji su radi ostvarenja te namjene odredili tijelo ili ustanova kojoj su dane na upravljanje, odnosno tijelo nadležno za određivanje namjene, koje njima neposredno upravlja. Pored ovih stvari, *Zakon* još razlikuje javna dobra u javnoj uporabi, tj. stvari u vlasništvu Republike Hrvatske koje su namijenjene neposrednom izvršavanju prava i dužnosti Republike Hrvatske, njezinih tijela i ustanova, a koje ova tijela i ustanove u skladu s tom namjenom rabe. Konačno, ovaj *Zakon* identificira još jednu vrstu stvari, tzv. stvari koje su u vlasništvu Republike Hrvatske, a koje nisu namijenjene ni za opću niti za javnu uporabu. Propisuje kako vlasnička prava nad ovim stvarima izvršava tijelo nadležno za određivanje njihove namjene, ako to nije povjerilo kojem drugom tijelu, ustanovi ili osobi, a čisti prihod od tih stvari prihod je državnoga proračuna.²¹ Josipović ističe kako se na ovu posljednju kategoriju stvari u najvećem opsegu primjenjuje opće stvarnopravno uređenje, iako je dopušteno da se za njih posebnim zakonima utvrde posebni pravni režimi.²² Može se zaključiti da upravo ove stvari imaju funkciju financijske imovine, kako se ona shvaća u usporednome pravu. Međutim, niti *Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*, niti zakonima koji uređuju posebna upravna područja, nije jasno propisano koje specifično dobro predstavlja takvu stvar. Stoga se u određivanju financijske imovine u Hrvatskoj treba poslužiti razgraničenjem onih stvari koje jesu u vlasništvu Republike Hrvatske, a pri tome nisu u općoj uporabi niti služe za obavljanje javnih zadaća i funkcija.

²⁰ U korist javnopravne metode uređivanja pravnih odnosa na nekretninama od interesa za državu govori i Gavella, naglašavajući kako je javnopravna metoda ponekad potrebna da bi se adekvatno zaštitili i ostvarivali opći i javni interesi. Međutim, on ujedno upozorava kako ova metoda nije bez nedostataka, jer sobom nosi opasnost od birokratskog postupanja i nedovoljno elastičnoga djelovanja, ali i od različitih zloupotreba. Privatnopravna metoda stvaranja prava i kreiranja pravnih odnosa, prema njegovu je mišljenju kao demokratska suprotstavljena autoritarnoj metodi kojom se služi javno pravo. No, ističe kako ni provatnopravna metoda nije bez nedostataka, jer ona pogoduje slobodi pojedinca u društvenim odnosima, a također može biti zlorabljena s teškim posljedicama za pojedince i društvo. Gavella, Nikola, „O posebnim pravnim uređenjima za pojedine vrste stvari kao sastavnim dijelovima stvarnopravnog uređenja“, *Stvarno pravo – posebna pravna uređenja*, Narodne novine, Zagreb, 2011., str. 6.

²¹ Članak 35. stavci 4. do 6. *Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*, Narodne novine, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 90/10, 143/12 i 152/14.

²² Vidi Josipović, Stvari, cit., str. 103.

Javno dobro u općoj uporabi u Hrvatskoj čine ceste, željeznička infrastruktura te neki dijelovi javnoga vodnoga dobra. Unatoč činjenici da se ova dobra nalaze u vlasničkom režimu, svim je osobama zakonom zajamčeno pravo njihove uporabe.²³

S druge strane, javno dobro u javnoj uporabi zakonom nije izričito utvrđeno. U provedbenom konceptu ono predstavlja stvari u vlasništvu Republike Hrvatske ili drugih javnopravnih tijela koje su namijenjene neposrednom izvršavanju prava i dužnosti Republike Hrvatske, njezinih tijela i ustanova. Dakle, bitno obilježje ove imovine pored vlasništva svakako predstavlja i namjena. Slijedom toga, ove stvari moraju služiti obavljanju državnih funkcija i nadležnosti. Tako se primjerice u ovu imovinu ubrajaju javne bolnice, javne škole, knjižnice, studentski domovi, muzeji, vojarne, zgrade državnih, regionalnih i lokalnih upravnih tijela, uredski namještaj i materijal, policijska, vojna i vatrogasna oprema i službena vozila i sl. Dobra koja nisu niti u općoj niti u javnoj uporabi smatraju se financijskom imovinom, a koja je primarno namijenjena ostvarivanju prihoda njihovim vlasnicima. Financijskom imovinom u Hrvatskoj se svakako mogu smatrati poljoprivredno zemljište u vlasništvu države, šume i šumsko zemljište u vlasništvu države te dijelovi javnog vodnoga dobra. Ova dobra ne koriste se za obavljanje funkcija i drugih zadaća iz nadležnosti države, a mogu biti izvor prihoda koji se ostvaruju od ustupanja ovih dobara na korištenje privatnim osobama.

Na stvari u vlasništvu države i drugih osoba javnog prava u Hrvatskoj se primjenjuju ista pravila kao na stvari u vlasništvu fizičkih osoba i pravnih osoba privatnoga prava, osim ako zakonom koji uređuje posebno upravno područje nije određeno drugačije. To znači da kao vlasnik Republika Hrvatska i druge osobe javnog prava imaju jednak položaj kao i svaka privatna osoba. Ovo proizlazi iz pravne prirode vlasništva u Hrvatskoj koje je jednovrsno, odnosno jedno i jedinstveno. Međutim, korištenje ovih dobra zakonom je uvjetovano posebnim odobrenjem javnopravnog tijela, koje može biti u obliku upravnoga akta, koncesije, ugovora i sl.²⁴ Stoga se na poljoprivredno zemljište u vlasništvu države, šume i šumsko zemljište u vlasništvu države te na javno vodno dobro u javnoj uporabi, primjenjuje pravni režim građanskoga prava, osim kada je pravnim normama upravnoga prava propisano drukčije.

Poljoprivrednim zemljištem u Republici Hrvatskoj smatraju se poljoprivredne površine i to oranice, vrtovi, livade, pašnjaci, voćnjaci, maslinici, vinogradi, ribnjaci, trstici i močvare, te drugo zemljište koje se uz gospodarski opravdane

²³ Člankom 3. stavak 1. *Zakona o cestama*, Narodne novine, br. 84/11., 22/13., 54/13., 148/13. i 92/14., utvrđeno kako su javne ceste javno dobro u općoj uporabi u vlasništvu Republike Hrvatske. Člankom 4. točkom 42. *Zakona o željeznici*, Narodne novine, br. 94/13. i 148/13., propisano je kako je željeznička infrastruktura javno dobro u općoj uporabi u vlasništvu Republike Hrvatske kojeg mogu koristiti svi zainteresirani željeznički prijevoznici, uz jednake uvjete, na način propisan tim *Zakonom*. Člankom 11. stavak 4. *Zakona o vodama*, Narodne novine, br. 153/09., 63/11., 130/11., 56/13. i 14/14., utvrđeno je kako je javno vodno dobro javno dobro u općoj uporabi odnosno u javnoj uporabi i kako je ono u vlasništvu Republike Hrvatske. Naravno, neka od ovih dobara korisnici koriste neposredno, kao npr. ceste, dok druge koriste posredno putem pružatelja usluga, kao npr. željezničku infrastrukturu u željezničkom prijevozu.

²⁴ O ovome više vidi u Aviani, op. cit., str. 123. i Josipović, „Stvari“, cit., str. 96.

troškove može privesti poljoprivrednoj proizvodnji, baš kao i neobraslo šumsko zemljište i zemljište obraslo početnim ili degradacijskim razvojnim stadijima šumskih sastojina, kao što su makija, garig, šikare, šibljaci i drugo, a pogodno je za poljoprivrednu proizvodnju.²⁵ *Zakonom o poljoprivrednom zemljištu* propisano je

kako je poljoprivredno zemljište dobro od interesa za Republiku Hrvatsku te ima osobitu zaštitu države.²⁶ Zaštita državnoga interesa na poljoprivrednome zemljištu posebno se ogleda u obvezama održavanja ovoga zemljišta u stanju pogodnom za poljoprivrednu proizvodnju.²⁷ Iako je poljoprivredno zemljište u velikom dijelu u vlasništvu privatnih osoba, postoje strogi uvjeti za stjecanje vlasništva nad ovim zemljištem.²⁸ Da se poljoprivredno zemljište u vlasništvu države treba smatrati vidom financijske imovine, jasno proizlazi iz namjene prihoda koji se ostvaruju zakupom poljoprivrednoga zemljišta i ribnjaka te davanjem ovoga zemljišta na korištenje bez javnog poziva. Prihod ostvaren po ovim osnovama prihod je javnih proračuna i dijeli se između države, jedinice područne (regionalne) samouprave i jedinice lokalne samouprave na čijem se području poljoprivredno zemljište nalazi.²⁹

Šumom se smatra zemljište obraslo šumskim drvećem u obliku sastojine na površini većoj od 10 ari, šumski rasadnici i sjemenske plantaže koje su sastavni dio šume, šumska infrastruktura, protupožarni prosci te ostala manja otvorena područja

²⁵ Članak 3. stavci 2. i 3. *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*, Narodne novine, br. 39/13 i 48/15, Belaj ističe kako poljoprivredno zemljište u Hrvatskoj predstavljaju nekretnine kojima je bitni dio zemljište koje je poljoprivredno, bilo prema pravnom, bilo prema faktičnom kriteriju. Prema pravnom kriteriju, poljoprivredna zemljišta su ona koja su dokumentima prostornoga uređenja određena kao poljoprivredna zemljišta, pa je za njih u katastru nekretnina navedena vrsta uporabe koja odgovara poljoprivrednoj namjeni, dok prema faktičnom kriteriju poljoprivredna zemljišta čine ona koja su u upotrebi kao oranice, vrtovi, livade, pašnjaci, voćnjaci, maslinici, vinogradi, ribnjaci, trstici i močvare. Belaj, Vlado, „Posebno stvarnopravno uređenje za poljoprivredna zemljišta“, *Stvarno pravo – posebna stvarna uređenja*, Narodne novine, Zagreb, 2011., str. 103-104.

²⁶ Članak 2. stavak 1. *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*. Razlog tome svakako je važnost namjene ovoga zemljišta za poljoprivrednu proizvodnju, tj. proizvodnju hrane, što je nesumnjivo od vitalnog značaja za državu i njezino stanovništvo. Vidi ibid., str. 105.

²⁷ Tako je člankom 4. stavci 1., 2. i 4. *Zakona o poljoprivrednom zemljištu* propisano kako se treba spriječiti zakorovljenost i obrastanje poljoprivrednoga zemljišta višegodišnjim raslinjem te voditi računa da ne dođe do smanjenja njegove plodnosti. U tu svrhu vlasnici i posjednici ovoga zemljišta obvezni su obrađivati poljoprivredno zemljište primjenjujući potrebne agrotehničke mjere, ne umanjujući njegovu vrijednost.

²⁸ Sukladno članku 2. stavci 2. i 3. *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*, vlasništvo nad poljoprivrednim zemljištem ne mogu stjecati strane pravne i fizičke osobe, osim ako međunarodnim ugovorom i posebnim propisom nije drugačije određeno. Strane pravne i fizičke osobe mogu steći pravo vlasništva na poljoprivrednom zemljištu jedino nasljeđivanjem.

²⁹ Sukladno članku 44. stavci 1. do 3. *Zakona o poljoprivrednom zemljištu* ova sredstva koja su prihod jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave namijenjena su isključivo za programe katastarsko-geodetske izmjere zemljišta, sređivanja zemljišnih knjiga, za podmirenje dijela stvarnih troškova u vezi s provedbom toga *Zakona*, za program razminiranja zemljišta, program uređenja ruralnog prostora izgradnjom i održavanjem ruralne infrastrukture vezane za poljoprivredu i akvakulturu, za program uređenja zemljišta u postupku komasacije i hidromelioracije, program očuvanja ugroženih područja i očuvanja biološke raznolikosti i program sufinanciranja i druge poticajne mjere za unapređenje poljoprivrede i akvakulture. Osim ovih namjena, sredstva koja su prihod jedinica lokalne samouprave mogu se koristiti i za sufinanciranje aktivnosti izrade programa, projekata i ostalih dokumenata neophodnih za provedbu mjera potpore iz *Programa ruralnog razvoja* kod kojih se izrada ne sufinancira kroz mjere potpore iz toga *Programa*, čiji su korisnici jedinice lokalne samouprave.

unutar šume, šume u zaštićenim područjima prema posebnom propisu, šume od posebnoga ekološkoga, znanstvenoga, povijesnoga ili duhovnog interesa, vjetrobrani i zaštitne zone – zaštitni pojasevi drveća površine veće od 10 ari i širine veće od 20 m. Šumskim zemljištem smatra se zemljište na kojem se uzgaja šuma ili koje je zbog svojih prirodnih obilježja i uvjeta gospodarenja predviđeno kao najpovoljnije za uzgajanje šuma. *Zakonom o šumama* utvrđeno je da su šume i šumska zemljišta dobra od interesa za Republiku Hrvatsku te imaju njezinu osobitu zaštitu.³⁰ Oni su za državu bitni zbog obrambenog, gospodarskog, ekološkog i brojnih drugih razloga.³¹ Šume i šumska zemljišta štite se i koriste na način određen *Zakonom o šumama* i posebnim propisima. Državni interes nad šumama i šumskim zemljištem također se štiti značajnim ograničenjima.³² Za razliku od poljoprivrednoga zemljišta, šume i šumska zemljišta dani su na opću uporabu svim građanima, sve dok iz takve uporabe nisu izuzeti. Tako se fizičke osobe mogu kretati šumom ili šumskim zemljištem kao posjetitelji šuma, ako nije drugačije određeno *Zakonom o šumama* ili drugim propisom.³³ Također, ako to nije u suprotnosti sa šumskogospodarskim planovima i posebnim propisima, Hrvatske šume d.o.o., trgovačko društvo osnovano za gospodarenje šumama i šumskim zemljištima u vlasništvu Republike Hrvatske, mogu u šumama u vlasništvu Republike Hrvatske predvidjeti za svoje potrebe i za potrebe građana, uz naknadu, sakupljanje šumskih proizvoda, iskorištavanje humusa i smolarenje, a pašarenje i žirenje u šumama i na šumskim zemljištima, osim u prebornim šumama, plantažama i regularnim šumama za trajanja obnove i rasta mladika i kultura u prvomu dobnom razredu, uz obvezatno čuvanje stoke.³⁴ Da

³⁰ Članak 2. te članak 4. stavci 1., 2. i 4. *Zakona o šumama*.

³¹ Vidi Belaj, Vlado, „Posebno stvarnopravno uređenje za šume i šumska zemljišta“, *Stvarno pravo – posebna pravna uređenja*, Narodne novine, Zagreb, 2011., str. 160.

³² Tako je, sukladno članku 52. *Zakona o šumama*, zabranjeno otuđivanje ovih površina iz vlasništva Republike Hrvatske, osim u slučajevima koji su propisani *Zakonom o šumama*. Također, strane pravne i fizičke osobe ne mogu stjecati pravo vlasništva na šumama i šumskome zemljištu, osim ako je međunarodnim ugovorom drukčije određeno.

³³ Članak 12. stavak 1. *Zakona o šumama*.

³⁴ Članak 33. stavak 1. *Zakona o šumama*. Kako šume imaju različitu namjenu, člankom 17. stavci. 1. do 3. *Zakona o šumama*, korištenje šuma također je povjereno različitim osobama. Šume po namjeni mogu biti gospodarske, zaštitne i šume s posebnom namjenom. Gospodarske šume uz očuvanje i unapređenje općekorisnih funkcija koriste se za proizvodnju šumskih proizvoda, zaštitne šume u prvom redu služe za zaštitu zemljišta, voda, naselja, objekata i druge imovine, dok šume s posebnom namjenom predstavljaju zaštićene dijelove prirode kao što su strogi rezervati, nacionalni parkovi, posebni rezervati, spomenici prirode, značajni krajobrazi, park-šume, zatim predstavljaju šume i dijelove šuma registrirane za proizvodnju šumskog sjemena, šume namijenjene znanstvenim istraživanjima te šume za potrebe obrane Republike Hrvatske. Ovisno o njihovoj namjeni, pojedine šume i šumska zemljišta u vlasništvu države koriste tijela državne uprave i pravne osobe čiji je osnivač Republika Hrvatska. Tako, primjerice, pojedinim šumama i šumskim zemljištima u vlasništvu Republike Hrvatske namijenjenima znanstvenim istraživanjima i nastavi mogu gospodariti samo pravne osobe sa statusom javne ustanove čiji je osnivač Republika Hrvatska i njihove znanstveno-nastavne sastavnice, koje svoju znanstveno-nastavnu djelatnost i znanstvenoistraživački rad obavljaju iz područja šumarstva.

se šume i šumska zemljišta trebaju smatrati financijskom imovinom, jasno proizlazi i iz namjene prihoda koji se ostvaruju od njihova iskorištavanja.³⁵

Konačno, vodno dobro čine zemljišne čestice koje obuhvaćaju vodonosna i napuštena korita površinskih voda, uređeno inundacijsko područje, neuređeno inundacijsko područje, prostor na kojem je izvorište voda namijenjeno ljudskoj potrošnji, potreban za njegovu fizičku zaštitu i prostor na kojem je izvorište, izdašnosti najmanje 10 m³ dnevno, prirodne mineralne, termalne i prirodne izvorske vode, potreban za njegovu fizičku zaštitu i otoke koji su nastali ili nastanu u vodonosnom koritu presušivanjem vode, njezinom diobom na više rukavaca, naplavljivanjem zemljišta ili ljudskim djelovanjem. Ovo dobro služi održavanju i poboljšanju vodnog režima, a osobito je namijenjeno građenju i održavanju regulacijskih i zaštitnih vodnih građevina i građevina za osnovnu melioracijsku odvodnju, održavanje korita i obala vodotoka, te održavanje i uređenje inundacijskog područja, građenje i održavanje građevina za unutarnju plovidbu, provedbu obrane od poplava te korištenje i zaštitu izvorišta voda namijenjenih ljudskoj potrošnji.³⁶ *Zakonom o vodama* propisano je kako vodno dobro predstavlja dobro od interesa za Republiku Hrvatsku, da ima njezinu osobitu zaštitu te da se koristi na način i pod uvjetima propisanim tim *Zakonom*.³⁷ Jedan dio vodnoga dobra, tj. zemljišne čestice vodnoga dobra koje su

³⁵ Sukladno članku 46. stavak 2., članku 55. stavci 1. i 3., članku 61. stavci 1. i 2. te članku 62. i 63. *Zakona o šumama*, naknade ostvarene od korištenja šuma i šumskoga zemljišta plaćaju se u korist Hrvatskih šuma te se koriste u svrhu kupnje druge šume ili šumskog zemljišta u ime i za račun Republike Hrvatske ili za podizanje novih šuma, u svrhu gospodarenja šumama i šumskim zemljištima, odnosno za osiguravanje biološke obnove šuma te za znanstvene radove i programe u području šumarstva te za radove biološke obnove šuma, radove gospodarenja šumama na kršu, radove na sanaciji i obnovi sastojina ugroženih sušenjem i drugim nepogodama, za izgradnju šumskih prometnica, razminiranje šumskih površina te za ostale radove koji su prijeko potrebni za očuvanje i unapređenje općekorisne funkcije šume, radove sjemenarske i rasadničarske djelatnosti u šumarstvu, očuvanje genofonda i podizanje klonskih sjemenskih plantaža, te za znanstvene radove iz područja šumarstva.

³⁶ Članak 7., članak 8. stavak 1. i članak 9. *Zakona o vodama*. Vode su opće dobro i imaju osobitu zaštitu Republike Hrvatske. Slijedom toga, vode u tijelima površinskih i podzemnih voda ne mogu biti objektom prava vlasništva i drugih stvarnih prava. Jug naglašava kako je za razliku od voda, vodno dobro u vlasničkopravnom režimu te se na njemu, uz propisana ograničenja, mogu stjecati pravo vlasništva i druga stvarna prava. Jug, Jadranko, „Posebno stvarnopravno uređenje za vode i vodno dobro“, *Stvarno pravo – posebna stvarna uređenja*, Narodne novine, Zagreb, 2011., str. 278.

³⁷ Članak 8. stavci 6. i 7. *Zakona o vodama*.

u vlasništvu Republike Hrvatske, naziva se javnim vodnim dobrom.³⁸ Javni interes na javnom vodnom dobru štiti se vlasničkopравnim ograničavanjima stjecanja ovoga dobra.³⁹ Javno vodno dobro može biti javno dobro u općoj uporabi i javno dobro u javnoj uporabi. Javno dobro u općoj uporabi dano je na jednaku i ravnopravnu upotrebu svim osobama. Tako svatko, pod jednakim uvjetima, može koristiti javno vodno dobro za odmor i rekreaciju, na način i u opsegu koje određuje tijelo jedinice lokalne ili područne (regionalne) samouprave, uz prethodnu suglasnost Hrvatskih voda. Za razliku od ovoga, javno dobro u javnoj upotrebi mogu koristiti isključivo ovlaštenici prava na njemu. Hoće li neki dio vodnoga dobra biti u općoj ili javnoj upotrebi odlučuje njegov vlasnik, tj. Republika Hrvatska.⁴⁰ Da javno vodno dobro u javnoj uporabi treba smatrati financijskom imovinom države, jasno proizlazi iz namjene prihoda ostvarenoga od davanja ovoga dobra na korištenje privatnim osobama. Tako je prihod od naknade za pravo građenja i pravo služnosti na javnom vodnom dobru prihod državnoga proračuna, a prihod od naknade za pravo zakupa i najma na javnom vodnom dobru prihod Hrvatskih voda – pravne osobe *sui generis* koju je Republika Hrvatska osnovala u svrhu upravljanja vodama.⁴¹

Iz svega se može zaključiti kako poljoprivredno zemljište u vlasništvu države, šume i šumsko zemljište u vlasništvu države i javno vodno dobro u javnoj uporabi u potpunosti ispunjavaju pretpostavke za svrstavanje ovih dobara u financijsku imovinu Republike Hrvatske. Sve ove nekretnine nalaze se u vlasništvu Republike Hrvatske, nisu namijenjene niti općoj uporabi niti za ostvarivanje funkcija i nadležnosti države, već se trebaju koristiti isključivo za ostvarivanje prihoda svojih vlasnika. O njihovom značenju za državu posebno govori okolnost da su sva ova

³⁸ Unatoč preciznoj definiciji javnoga vodnoga dobra, definiranje ovih čestica u hrvatskom zakonodavstvu učinjeno je vrlo loše. Tako je člankom 11. stavcima 1. do 3. *Zakona o vodama* utvrđeno kako javno vodno dobro čine zemljišne čestice vodnoga dobra koje su do dana stupanja na snagu *Zakona o vodama* iz 1995. godine bile temeljem zakona ili temeljem bilo koje druge pravne osnove: opće dobro, javno dobro, javno vodno dobro, vodno dobro, javno dobro – vode, državno vlasništvo, vlasništvo jedinice lokalne samouprave, društveno vlasništvo bez obzira na to tko je bio nositelj prava korištenja, upravljanja ili raspolaganja, odnosno koje su u zemljišnoj knjizi bile upisane kao: javno dobro, javno vodno dobro, vodno dobro, državno vlasništvo, vlasništvo jedinice lokalne samouprave, društveno vlasništvo s naznakom ili bez naznake nositelja prava korištenja, upravljanja ili raspolaganja, općenarodna imovina, opće dobro i sl. Javnim vodnim dobrom smatraju se, sve dok se ne dokaže suprotno, i one zemljišne čestice vodnoga dobra koje do dana stupanja na snagu *Zakona o vodama* iz 2009. godine nisu bile upisane u zemljišnoj knjizi, odnosno koje su bile upisane u zemljišnu knjigu, ali nitko nije naznačen kao njihov vlasnik, kao i one koje se izvlaste ili otkupe u korist Republike Hrvatske. Josipović ističe kako iz *Zakona o vodama* proizlazi intencija zakonodavca da vodno dobro, kao dobro od interesa za Republiku Hrvatsku, u što je moguće većoj mjeri postane javno vodno dobro. Ona smatra kako bi se time osigurala bolja zaštita vodnoga dobra te bi se lakše osiguralo održavanje jedinstvenog vodnoga režima. Stoga je i *Zakonom o vodama* izričito propisano kako Republika Hrvatska ima pravo prvokupa kada vlasnik namjerava prodati česticu koja predstavlja vodno dobro. Josipović, „Posebni“, op. cit., str. 25.

³⁹ Članak 11. članci 4. do 6. *Zakona o vodama* utvrđuje neotuđivost ovoga dobra te ga isključuje od stjecanja prava vlasništva i drugih stvarnih prava dosjelošću i na bilo koji drugi način stvarnoga prava, osim stjecanja prava služnosti i prava građenja temeljem toga *Zakona*. Slijedom toga, sukladno članku 14. stavak 1. *Zakona o vodama*, sve vodne građevine izgrađene na javnom vodnom dobru pripadnost su ovoga dobra sukladno načelu jedinstva nekretnine, osim vodnih građevina izgrađenih na temelju prava građenja dok to pravo traje, odnosno vodnih građevina izgrađenih na temelju prava služnosti vodova.

⁴⁰ Članak 14. stavak 2. i članak 17. stavak 1. *Zakona o vodama*.

⁴¹ Članak 16. stavak 6. *Zakona o vodama*.

dobra utvrđena dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku te slijedom toga uživaju njezinu osobitu zaštitu.

3. PRAVNI OKVIR KORIŠTENJA POLJOPRIVREDNOGA ZEMLJIŠTA U VLASNIŠTVU DRŽAVE, ŠUMA I ŠUMSKOGA ZEMLJIŠTA U VLASNIŠTVU DRŽAVE TE JAVNOG VODNOGA DOBRA U JAVNOJ UPORABI

Iako se na poljoprivredno zemljište, šume i šumsko zemljište te na vodno dobro u pravilu primjenjuju pravne norme građanskoga prava, zbog zaštite zakonom utvrđenoga interesa Republike Hrvatske na ovim dobrima pravni režim nekih normi građanskoga prava isključen je normama upravnog prava. Time norme upravnog prava imaju prednost u primjeni pred normama građanskoga prava. Norme upravnoga prava u prvome redu odnose se na upravljanje ovim dobrima. Kada je vlasnik tih dobara Republika Hrvatska, ona je pri upravljanju njima još obvezana postupati i sukladno posebnim pravilima koja jamče da će dobra biti iskorištena na način koji je najpovoljniji za državu. Slijedom navedenoga, norme upravnoga prava značajno sužavaju mogućnost kretanja ovih stvari u pravnom prometu, kao i mogućnosti njihove uporabe, s obzirom na to da se one, upravo zbog svojih posebnih svojstava, trebaju koristiti za zadovoljavanje nekih društvenih i gospodarskih potreba. Upravna ograničenja slobodnoga raspolaganja ovim dobrima česta su i u usporednome pravu. Tako je, primjerice, davanje nekoga dobra koje se smatra financijskom imovinom na korištenje privatnoj osobi u Austriji uvjetovano prethodnim odobrenjem nadzornoga tijela. Također, osoba javnog prava koja upravlja financijskom imovinom dužna je planirati prihode i rashode vezane uz korištenje ove imovine, a nad njezinom djelatnošću provodi se i sveobuhvatan proračunski i računovodstveni nadzor, u koju su svrhu ove osobe nadzornim tijelima obvezne redovito podnositi detaljne financijske izvještaje.⁴² Prilikom upravljanja financijskom imovinom, osoba javnoga prava u Francuskoj obvezna je skrbiti pažnjom dobroga domaćina, potencirati održivi razvoj ovih dobara te unapređivati njihove financijske doprinose. Raspolaganja ovim dobrima dopuštena su samo kada je to zakonom ili podzakonskim općim aktom izričito propisano te uz poštovanje strogih procedura usmjerenih zaštiti javnoga interesa. O načinu njihova korištenja odlučuje se javnopravnim instrumentom – upravnim aktom, na koji u pravilu suglasnost treba dati državno tijelo nadležno za poslove financija. Iznimno, ova dobra mogu se dati na korištenje i upravnim ugovorom ili ugovorom građanskoga prava. Najčešći oblici raspolaganja financijskom imovinom u Francuskoj su koncesija i zakup, a raspolaganje temeljem ugovora građanskoga prava dopušteno je jedino pod uvjetom da se radi o naplatnom pravnom poslu i da protučinidba nije niža od tržišne vrijednosti dobra koje ima status privatne domene. Konačno, sporovi

⁴² Članak 16. stavak 6. Zakona o vodama.

vezani uz namjenu ovih dobara rješavaju se pred upravnim sudovima.⁴³ Slično je i u Italiji gdje se šumama, pravom na istraživanje i eksploataciju rudnih bogatstava te pravom lova također može raspolagati jedino temeljem koncesije.⁴⁴

U Hrvatskoj se posebna stvarnopravna uređenja uspostavljaju za one vrste stvari koje su radi svojih svojstava, funkcije ili namjene *Ustavom* ili zakonom utvrđene dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku.⁴⁵ Iako već *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima* određuje kako je svatko tko odlučuje o općim dobrima ili o stvarima u vlasništvu Republike Hrvatske ili njima upravlja dužan postupati kao dobar domaćin te da za to odgovara,⁴⁶ svakom od ovih dobara zakonodavac je utvrdio neke specifičnosti u pravnome režimu i propisao ih zakonom kojim se uređuju ova dobra. Tako upravljanje i korištenje poljoprivrednim zemljištem uređuje *Zakon o poljoprivrednom zemljištu*, upravljanje i korištenje šumama i šumskim zemljištem uređuje *Zakon o šumama*, a upravljanje i korištenje javnim vodnim dobrom uređuje *Zakon o vodama*. Ovi zakoni predstavljaju *lex specialis* za postupanje u svezi s navedenim zemljištima te se u svezi s pojedinim materijalnim i postupovnim pitanjima ponajprije treba primijeniti upravo ove zakone, a opće propise o raspolaganju nekretninama tek supsidijarno i to samo ako ovim zakonima nije drugačije određeno.⁴⁷

I *Zakon o poljoprivrednom zemljištu* i *Zakon o šumama* i *Zakon o vodama* propisuju oblike korištenja ovih zemljišta kada se ona nalaze u vlasništvu države. Međutim, neki od njih ustupanje ovih dobara na korištenje uređuju detaljnije, a neki samo općenito, čime je pravni doseg njihove regulacije daleko od ujednačenoga. Bilo bi korisno kada bi se pri reguliranju korištenja ovih dobara, bez obzira na zakon kojim je ono uređeno, osiguralo jednostavno i pravovremeno odlučivanje o davanju ovih zemljišta na korištenje, kako bi se ona u najvećoj mogućoj mjeri stavila u gospodarsku funkciju te se time potakla gospodarska aktivnost i zapošljavanje. Ovi zakoni trebali bi ujedno utjeloviti i primjenu načela tržišnoga natjecanja, zaštite vrijednosti i namjene ovih dobara, a sve kako bi se osigurala optimalna iskoristivost

⁴³ Antonioli, Koja, op. cit., str. 697.

⁴⁴ Vidi Gillet-Lorenzi, Traoré, S., op. cit., str. 132-133. te Auby, Bon, op. cit., str. 134.

⁴⁵ Caringella, op. cit., str. 910.

⁴⁶ Dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku *Ustav Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10 i 5/14, odredio je more, morsku obalu i otoke, vode, zračni prostor, rudno blago i druga prirodna bogatstva, te zemljište, šume, biljni i životinjski svijet, druge dijelove prirode, nekretnine i stvari od osobito kulturnog, povijesnog, gospodarskog i ekološkog značenja, koji su kao takvi određeni zakonom. U pravnoj teoriji ističe se kako interes Republike Hrvatske predstavlja izričaj kojim se poslužio zakonodavac da bi nazvao pravom zaštićeni opći interes društvene zajednice kao cjeline, na postizanju dobrobiti države i njezinih građana. Međutim, u teoriji se ujedno ističe kako je sadržaj pojma „dobra od interesa za Republiku Hrvatsku“ nejasan, slijedom čega bi ovome pravnome standardu značenje trebala dati nadležna tijela koja se u praksi susreću s tim pojmom. Vidi Gavella, op. cit., str. 9-12. te Gavella, Nikola, „Građansko pravo i posebna pravna uređenja za određene vrste dobara“, *Zbornik Pravnoga fakulteta u Zagrebu*, vol. 62, br. 5-6, 2012., str. 1461-1463. Isto ističu i Babac, Branko, *Upravno pravo*, Pravni fakultet u Osijeku, Osijek, 2004., str. 660. te Ljubanović, Boris, „Vrednovanje javnih dobara – koncesije na ‘kulturnim dobrima’ kao ‘dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku’“, s posebnim naglaskom na posebnosti tih koncesija“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 46., br. 1, 2009., str. 194.

⁴⁷ Članak 35. stavak 7. *Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*.

i zaštitila njihova namjena. S tim ciljem, pravna regulacija davanja na korištenje ovih dobara treba sadržavati postupovna pravila koja će dovesti do davanja zemljišta na korištenje poduzetniku koji će uz podizanje ili barem očuvanje vrijednosti ovih zemljišta državi zajamčiti ostvarivanje maksimalnih prihoda.

Zakon o poljoprivrednom zemljištu, Zakon o šumama i Zakon o vodama propisuju mogućnost davanja ovih zemljišta na korištenje privatnim osobama putem instituta zakupa, služnosti i prava građenja. Pri tome, *Zakon o vodama* propisuje još mogućnost davanja javnog vodnog dobra u javnoj uporabi u najam. No, postupci dodjele ovih zemljišta na korištenje koji se propisuju spomenutim zakonima ili se propisuju na temelju ovih zakona uređeni su vrlo raznoliko. Slijedom toga, kao rezultat različitoga normiranja postupaka koji imaju istovjetan cilj, kao rezultat propisivanja određenih dijelova ovih postupaka podzakonskim propisima, kao rezultat propuštanja definiranja pravne prirode odluka kojima se odlučuje o najpovoljnijem ponuditelju i pravne prirode ugovora koji se sklapa s ovom osobom te poradi drugih dvojbi koje iz ovih zakona proizlaze – u hrvatskom pravnom sustavu javlja se značajna pravna nesigurnost. Nomotehničkoj kvaliteti zakona koji uređuju korištenje nekih oblika financijske imovine prigovara se i u stručnoj literaturi, pa se tako primjerice navodi kako je razina normiranosti raspolaganja nekretninama u javnom vlasništvu u nekim zakonima u Hrvatskoj nezadovoljavajuća i nedovoljno precizna, kako se u zakonima koriste pravni standardi koji omogućuju različito tumačenje što u praksi zatim izaziva teškoće u primjeni, ali i omogućuje zlorabe, kako samo površan pogled na ove zakone pokazuje mnoge nepotrebne razlike u svezi s raspolaganjem nekretninama i tendenciju uređenja pravnih odnosa s pozicije javne vlasti, uz odgovarajuću primjenu općih pravila stvarnog i obveznog prava, što sve zatim izaziva nedoumice glede primjene ovih propisa i sl.⁴⁸ Stoga treba razmotriti na koji su način ovi postupci u Hrvatskoj uređeni te konkretno ukazati na neke njihove suštinske nedostatke, a sve s ciljem izmjene postojećih zakona i prilagođavanja ovih instituta njihovoj iskonskoj svrsi i namjeni.

3.1. Pravni okvir davanja na korištenje poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države

Davanju poljoprivrednoga zemljišta u vlasništvu države na korištenje privatnim osobama posvećen je velik dio *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*. Čak 26 od ukupno 85 članaka ovoga *Zakona* uređuje davanje zemljišta na korištenje privatnim osobama. Ovaj *Zakon* najprije pobroja oblike korištenja poljoprivrednoga zemljišta u vlasništvu države razlikujući zakup i zakup za ribnjake, zakup zajedničkih pašnjaka, privremeno raspolaganje, osnivanje prava građenja, osnivanje prava služnosti i davanje poljoprivrednoga zemljišta na korištenje bez javnoga poziva, a

⁴⁸ Jelčić, op. cit., str. 2. te str. 33-34.

zatim uređuje svaki od ovih postupaka.⁴⁹ No, unatoč opsežnoj zakonskoj regulaciji, brojna važna materijalna i postupovna pitanja *Zakon o poljoprivrednom zemljištu* prepustio je podzakonskom normiranju. Takvo reguliranje dovelo je do značajne nesistematičnosti i neosnovane neujednačenosti analognih instituta korištenja nekoga vida poljoprivrednoga zemljišta, pa se oni danas značajno razlikuju po pitanju roka, sadržaja ponude, uvjetima davanja u zakup, kriterijima odabira ponude, ovlastima za predlaganje odluke o davanju na korištenje poljoprivrednoga zemljišta i sl., čime su preglednost i razumljivost ovih propisa, a time i njihova primjena, značajno otežane. Poseban problem ogleda se u okolnosti da na neka važna postupovna pitanja *Zakon o poljoprivrednom zemljištu* ne daje precizan odgovor, niti jamči učinkovite mehanizme zaštite javnoga interesa nad ovim prostorom od posebnoga interesa za državu. Stoga se ovome *Zakonu* u cjelini može uputiti nekoliko značajnijih prigovora.

Prvi važan nedostatak ovoga *Zakona* odnosi se na nejednaku važnost koju posvećuje različitim institutima koji su u njemu sadržani. *Zakon* detaljno propisuje ovlaštenike, uvjete i postupak davanja poljoprivrednoga zemljišta u zakup i zakup za ribnjake, no, u svezi sa zakupom zajedničkih pašnjaka, davanjem poljoprivrednoga zemljišta na korištenje bez javnog poziva i privremenim raspolaganjem ovim zemljištem, pozivajući se na supsidijarnu primjenu odredbi za davanje ovih zemljišta u zakup utvrđuje samo pojedine specifičnosti kao što su rok za davanje u zakup, sadržaj ponude, nadležnost tijela koja sudjeluju u donošenju odluke, uvjete raskida ugovora i sl. Pridavanje različitoga značaja pojedinim institutima u istome *Zakonu* nije neuobičajeno, posebno s obzirom na to da se neki od njih primjenjuju češće, a drugi rjeđe, te neki pojedincima daju prava na dugi niz godina. Međutim, vezano uz postupak osnivanja prava građenja i osnivanja prava služnosti na poljoprivrednom zemljištu u vlasništvu države *Zakon* jedino određuje nadležnost Agencije za poljoprivredno zemljište za osnivanje ovih prava, ne propisujući ni uvjete ni postupak njihova osnivanja. Uređenje ovih postupovnih pitanja zakonodavac je jednostavno prepustio Vladi, koja ih treba normirati uredbom. Iako je ove uredbe Vlada Republike Hrvatske trebala donijeti najkasnije do 30. srpnja 2015. godine, one nisu donesene do danas,

⁴⁹ Članak 25. stavak 2. *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*. Sukladno člancima 43. do 49. prijašnjeg *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*, poljoprivredno zemljište moglo se dati na korištenje još i putem koncesije. Ove odredbe potom su ukinute, no člancima 61. do 70. istoga *Zakona* ostavljena je mogućnost dodjele koncesije na ribnjacima. Najznačajnija razlika između davanja poljoprivrednoga zemljišta u zakup i u koncesiju sukladno ranijim propisima bila je duljina razdoblja na koju se zemljište davalo na korištenje privatnim osobama. Vidi Josipović, „Posebni“, cit., str. 15. O ranijem uređenju koncesija na poljoprivrednome zemljištu više vidi u: Lukačević-Subotić, Željka, „Uređenje instituta koncesije na pojedinim javnim dobrima u zakonodavstvu Republike Hrvatske s posebnim osvrtom na poljoprivredno zemljište u vlasništvu države“, *Hrvatska pravna revija*, god. 3., br. 3, 2003., str. 16-20.

čime je pravni okvir osnivanja prava građenja i prava služnosti na poljoprivrednom zemljištu nepotpun, a time i neprilagođen za jednostavnu i transparentnu primjenu.⁵⁰

Regulaciji osnivanja prava građenja i prava služnosti na poljoprivrednom zemljištu u vlasništvu države može se uputiti još jedan značajan prigovor. *Zakon o poljoprivrednom zemljištu* propisuje kako se odlukom kojom se odlučuje o vlasničkim i drugim stvarnim pravima na poljoprivrednom zemljištu u vlasništvu države – a to odlučivanje podrazumijeva i osnivanje prava građenja i služnosti na poljoprivrednom zemljištu u vlasništvu države – obvezno treba osigurati zaštita i unapređenje gospodarskih, ekoloških i drugih interesa Republike Hrvatske i njezinih građana. Međutim, suprotno naglasku koji je stavljen na zaštitu i unapređenje naznačenih interesa države na ovome zemljištu, isti članak propisuje kako odluka o ovim stvarnim pravima nije upravni akt, slabeći na taj način javnopravnu komponentu ovlasti države da autoritarnim mjerama štiti ovo izuzetno važno državno dobro.⁵¹ Nije jasno zašto je zakonodavac Zakonom izričito oslabio pravni učinak takve odluke, unatoč tome što je poljoprivredno zemljište utvrdio dobrom od interesa za

Republiku Hrvatsku te mu zajamčio osobitu zaštitu. Pridavanje ovoj odluci značaja upravnoga akta omogućilo bi potencijalnim ponuditeljima adekvatna sredstva pravne zaštite koja bi oni mogli koristiti protiv ove odluke, a državi učinkovitu zaštitu ovih dobara.

Treći prigovor ovome Zakonu može se uputiti zbog prilično nejasnoga načina regulacije davanja poljoprivrednoga zemljišta u zakup. Kao što je već navedeno, *Zakonom o poljoprivrednom zemljištu* najdetaljnije je uređeno davanje poljoprivrednoga zemljišta u vlasništvu države u zakup. Iako zakonodavac razlikuje davanje u zakup poljoprivrednog zemljišta, zakup ribnjaka, zakup neizgrađenoga građevinskoga zemljišta koje je po uporabnom svojstvu poljoprivredno zemljište i zakup zajedničkih pašnjaka, sva su ova zemljišta poljoprivredno zemljište te ne trebaju imati zasebne režime. Razlikovanje zakupa poljoprivrednoga zemljišta

⁵⁰ Vidi članak 40. stavak 1. *Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o poljoprivrednom zemljištu*, Narodne novine, br. 48/15. Na ove postupke ne primjenjuje se *Uredba o osnivanju prava građenja i prava služnosti na nekretninama u vlasništvu Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 10/14 i 95/15, donesena temeljem *Zakona o upravljanju državnom imovinom*, Narodne novine, br. 94/13 i 18/16, s obzirom na to da se temeljem članka 1. ove *Uredbe* njome uređuju način i uvjeti osnivanja prava građenja i prava služnosti na nekretninama u vlasništvu Republike Hrvatske kojima upravlja Državni ured za upravljanje državnom imovinom te način i uvjeti za osnivanje prava građenja i prava služnosti na nekretninama u vlasništvu Republike Hrvatske u svrhu izgradnje postrojenja obnovljivih izvora energije i kogeneracije, kao što su vjetroelektrane, sunčane elektrane, postrojenja na bioplin, postrojenja na biomasu i dr., te infrastrukturnih objekata vezanih uz rad postrojenja, kao i u svrhu realizacije turističkih projekata. Kako poljoprivrednim zemljištem upravlja Agencija za poljoprivredno zemljište, a ne Državni ured za upravljanje državnom imovinom, ova uredba ne odnosi se na osnivanje prava građenja i prava služnosti na poljoprivrednom zemljištu u vlasništvu države.

⁵¹ Članak 26. *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*. Zanimljivo je spomenuti kako je ovo pitanje bilo drukčije uređeno *Zakonom o poljoprivrednom zemljištu*, Narodne novine, br. 66/01, 87/02, 48/05, 90/05 i 152/08. Ovaj *Zakon* člankom 14. utvrdio je kako se na poljoprivrednom zemljištu koje je obuhvaćeno hidromelioracijskim sustavom, može osnovati služnost u svrhu dovođenja i odvođenja voda, propisujući kako se protiv odluke o osnivanju služnosti koju je donosila županijska skupština odnosno skupština Grada Zagreba, može pokrenuti upravni spor, iz čega se može zaključiti kako je odluka o osnivanju služnosti po pravnoj prirodi bila upravni akt.

u vlasništvu države prema objektu rezultira jedino nekim ograničenjima koja se odnose na specifičnu vrstu poljoprivrednoga zemljišta.⁵² No, u većini drugih pitanja davanje u zakup bilo koje od ovih vrsta poljoprivrednoga zemljišta odvija se sukladno jednakim pravilima utvrđenima za davanje poljoprivrednoga zemljišta u vlasništvu države u zakup.⁵³ Ovdje bi bilo jednostavnije istaknuti razlike koje se javljaju u ovlaštenicima pojedine specifične vrste dobara na kojima se zakup daje i uvjetima davanja, negoli što bi to trebao biti slučaj sa zasebnim izdvajanjem regulacije svakoga od postupaka kojim se na korištenje daje posebna vrsta poljoprivrednoga zemljišta. Iako je postupak davanja u zakup poljoprivrednoga zemljišta dobro osmišljen i strukturiran, ovaj je postupak poradi nomotehničkih manjkavosti učinjen složenim za javnopravna tijela koja ga trebaju provesti, a još složenijim za osobe zainteresirane uzeti ove površine u zakup.

Pojednostavljeno, postupak davanja u zakup poljoprivrednoga zemljišta u vlasništvu države, postupak davanja u zakup ribnjaka i zajedničkih pašnjaka, kao i postupak davanja ovoga zemljišta na privremeno korištenje odvija se na sljedeći način. Svaki od njih započinje objavom javnoga poziva. Krug ovlaštenika iniciranja ovoga postupka zakonodavac je postavio vrlo široko, čime je pokazao svijest o važnosti iskorištavanja poljoprivrednoga zemljišta putem zakupa. Tako postupak

⁵² Tako se, sukladno člancima 14. i 15. *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*, u zakup za poljoprivredne namjene može dati neizgrađeno građevinsko zemljište u vlasništvu države koje je po uporabnom svojstvu poljoprivredno zemljište. No, kako je ovo zemljište primarno namijenjeno gradnji, ono se ne može koristiti za podizanje trajnih nasada ili izgradnju objekata u svrhu poljoprivredne proizvodnje. Specifičnost davanja u zakup za poljoprivredne namjene neizgrađenoga građevinskoga zemljišta čini vremensko ograničenje davanja ovoga zemljišta u zakup najviše na deset godina, odnosno do nastupa nekog od razloga za prestanak takvoga zakupa sadržanoga u ugovoru o zakupu.

⁵³ Tako je, primjerice, člankom 15. stavak 3. *Zakona o poljoprivrednom zemljištu* propisano kako se na davanje u zakup neizgrađenoga građevinskoga zemljišta koje je po uporabnom svojstvu poljoprivredno zemljište odgovarajuće primjenjuju odredbe o davanju poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države u zakup, dok je člankom 47. stavak 5. istoga *Zakona* propisano kako se na ugovor o zakupu zajedničkoga pašnjaka odgovarajuće primjenjuju odredbe o ugovoru o zakupu poljoprivrednoga zemljišta. Iznimku od ovih pravila predstavlja davanje poljoprivrednoga zemljišta u vlasništvu države nekom pojedincu na privremeno korištenje te davanje poljoprivrednoga zemljišta u vlasništvu države bez poziva, koji su uređeni člancima 48., 51. i 52. *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*. U prvom slučaju radi se o poljoprivrednom zemljištu u vlasništvu države koje je pogodno za poljoprivrednu proizvodnju, a za koje nisu sklopljeni ugovori o zakupu. Agencija može sklopiti ugovor o privremenom korištenju ovoga zemljišta s fizičkim ili pravnim osobama koje u tu svrhu podnesu zahtjev. Međutim, krug ovih osoba usko je ograničen *Zakonom*. To su dosadašnji posjednici kojima su istekli ugovori o zakupu poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države i koji su u mirnom posjedu istoga; ili koji su koristili poljoprivredno zemljište u vlasništvu države bez ugovora i u mirnom su posjedu istoga; ili koji su koristili zajedničke pašnjake u vlasništvu države bez ugovora i u mirnom su posjedu istoga. Takav ugovor sklapa se na rok do pet godina, odnosno do sklapanja ugovora o zakupu poljoprivrednog zemljišta ili ugovora o zakupu zajedničkih pašnjaka, odnosno drugog oblika raspolaganja poljoprivrednim zemljištem sukladno odredbama toga *Zakona*. U drugom slučaju radi se o davanju poljoprivrednoga zemljišta u vlasništvu države znanstveno-nastavnim institucijama iz područja poljoprivrede te kazionicama i ustanovama koje u obavljanju svoje djelatnosti imaju potrebu za poljoprivrednim zemljištem, a čiji je osnivač Republika Hrvatska ili neka jedinica područne (regionalne) samouprave. I u ovome slučaju poljoprivredno zemljište na korištenje ustupa Agencija uz suglasnost Ministarstva poljoprivrede, a u svrhu stručnoga i znanstveno-nastavnog rada, rehabilitacije i socijalizacije ili druge potrebe poljoprivredne namjene, na rok do 25 godina. Poljoprivredno zemljište također se dodjeljuje na zahtjev zainteresirane osobe, sastavni dio kojega je *Gospodarski program*. Na osnovi ove odluke ravnatelj Agencije u ime Republike Hrvatske i podnositelj zahtjeva sklapaju ugovor o davanju na korištenje poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države u pisanom obliku.

davanja u zakup poljoprivrednoga zemljišta u vlasništvu države može pokrenuti Agencija za poljoprivredno zemljište po službenoj dužnosti te na inicijativu jedinice lokalne samouprave. Kako bi jedinica lokalne samouprave trebala voditi računa o iskoristivosti poljoprivrednih površina na svome području, kada ocijeni da se ono treba dati u zakup, zahtjevom se obraća Agenciji, tražeći raspisivanje javnoga poziva za davanje poljoprivrednoga zemljišta ili ribnjaka u zakup. U tom slučaju jedinica lokalne samouprave ujedno treba pripremiti svu dokumentaciju potrebnu za raspisivanje ovoga poziva i dostaviti je Agenciji.⁵⁴ U Zakonu se posebno pohvalnim može ocijeniti što je zakonodavac zainteresiranome pojedincu podijelio pravo da jedinici lokalne samouprave sugerira kako bi se neko poljoprivredno zemljište moglo dati u zakup, a koje je on zainteresiran iskorištavati, čime je ovim osobama priznao pravni interes u postupku davanja ovoga zemljišta u zakup. U tom se slučaju pojedinac zahtjevom obraća jedinici lokalne samouprave. Ona ovaj zahtjev treba razmotriti te eventualno predložiti Agenciji raspisivanje javnoga poziva. Štiteći pravne interese pojedinca, Zakon ovdje ide i korak dalje, priznajući ovoj osobi pravo da kada jedinica lokalne samouprave u roku od 30 dana od podnošenja takvoga zahtjeva ne predloži Agenciji raspisivanje javnoga poziva, ona može sama prikupiti potrebnu dokumentaciju te je uz zahtjev za raspisivanje poziva dostaviti izravno Agenciji. Obveza pojedinca da sam prikuplja dokumentaciju za raspisivanje javnoga poziva čini se vrlo nepravičnom, jer je ovo obveza javne vlasti, a nikako zainteresirane osobe, što predstavlja još jedan vid loše normativne uređenosti postupaka davanja u zakup poljoprivrednoga zemljišta u vlasništvu države. U ovome bi slučaju bilo ispravnije obvezati Agenciju da pribavi potrebnu dokumentaciju, kako je već propisano u slučaju kada po službenoj dužnosti raspisuje javni poziv.⁵⁵ Iznimku od pravila da zahtjev podnosi jedinica lokalne samouprave predstavlja zakup zajedničkih pašnjaka, gdje zahtjev za raspisivanje javnoga poziva zainteresirana osoba dostavlja izravno Agenciji.⁵⁶

⁵⁴ Sukladno člancima 2. i 3. *Pravilnika o dokumentaciji potrebnoj za raspisivanje javnog poziva za zakup, zakup za ribnjake i zamjenu poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 84/13. i 45/14., dokumentaciju potrebnu za raspisivanje javnog poziva za zakup poljoprivrednog zemljišta predstavlja popunjeni obrazac zahtjeva s popisom katastarskih čestica za koje se traži raspisivanje javnog poziva te uvjerenje jedinice lokalne samouprave da poljoprivredno zemljište nije dano u neki od oblika raspolaganja državnim poljoprivrednim zemljištem. Dokumentacija potrebna za raspisivanje javnog poziva za zakup za ribnjake mnogo je složenija te obuhvaća popunjeni obrazac zahtjeva s popisom katastarskih čestica za koje se traži raspisivanje javnog poziva, zemljišnoknjižne izvratke u elektroničkom obliku, posjedovne listove u elektroničkom obliku, uvjerenje upravnog tijela županije, odnosno Grada Zagreba nadležnog za prostorno uređenje o tome nalazi li se prema prostornom planu uređenja poljoprivredno zemljište izvan granica građevinskog područja, posebne uvjete zaštite prirode koje utvrđuje središnje tijelo državne uprave nadležno za poslove zaštite prirode, ako se poljoprivredno zemljište nalazi unutar zaštićenog područja, posebne uvjete za korištenje voda koje izdaju Hrvatske vode sukladno posebnom propisu o vodama te očitovanje Hrvatskog centra za razminiranje nalazi li se katastarska čestica u minski sumnjivom području katastarskih općina u Republici Hrvatskoj u kojima je utvrđeno postojanje minski sumnjivih površina.

⁵⁵ Članak 28. *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*.

⁵⁶ Člancima 2. i 3. *Pravilnika o načinu i uvjetima za podnošenje zahtjeva za raspisivanje javnog poziva te kriterijima za dodjelu u zakup zajedničkih pašnjaka u vlasništvu Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 68/15, propisane su statusne pretpostavke za podnošenje takvoga zahtjeva te obvezan sadržaj toga zahtjeva.

Međutim, unatoč široko postavljenoj inicijativi za davanje u zakup poljoprivrednoga zemljišta, odluku o raspisivanju javnog poziva uvijek donosi Agencija za poljoprivredno zemljište. Ako Agencija smatra da zahtjev jedinice lokalne samouprave ili pojedinca nije osnovan, neće pokrenuti postupak. No, *Zakon o poljoprivrednom zemljištu* u tom slučaju ne propisuje koja je obveza Agencije, što dovodi do pravne praznine u svezi sa zaštitom prava ovih podnositelja takvih zahtjeva. U tom bi slučaju supsidijarno trebalo primijeniti *Zakon o općem upravnom postupku*⁵⁷ te bi Agencija trebala donijeti rješenje kojim takav zahtjev odbija. Protiv rješenja Agencije podnositelj zahtjeva trebao bi moći koristiti dopuštena pravna sredstva, tj. pokrenuti upravni spor.⁵⁸ Na taj način u potpunosti bi se zaštitilo pravo zainteresirane osobe inicirati davanje neiskorištenoga poljoprivrednoga zemljišta u vlasništvu države u zakup.

Zainteresirani pojedinci na javni poziv dostavljaju ponude, čiji bitan sastavni dio predstavlja obrazac *Gospodarskog programa korištenja poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države*.⁵⁹ *Zakon o poljoprivrednom zemljištu* propisuje posebne kriterije koje podnositelj ponude mora ispuniti, statusne i financijske pretpostavke te pretpostavke o ranijem korištenju poljoprivrednoga zemljišta.⁶⁰

Ujedno propisuje koji se parametri trebaju uzeti u obzir pri donošenju odluke kojoj će se osobi poljoprivredno zemljište dati u zakup te određuje uvjete prava prvenstva pri odabiru potencijalnoga zakupoprimca.⁶¹ Niz tehničkih pitanja *Zakon* je prepustio regulaciji podzakonskim propisima pa je tako propisao kako obrazac i način vrednovanja *Gospodarskog programa* u smislu određivanja vrijednosti i težine pojedine sastavnice uredbom propisuje Vlada Republike Hrvatske, kako se početna zakupnina utvrđuje sukladno pravilniku koji donosi ministar nadležan za poslove poljoprivrede, kako postupak javnog nadmetanja kada je više ponuditelja ostvarilo jednak maksimalni broj bodova propisuje ministar nadležan za poslove poljoprivrede te kako ovaj ministar pravilnikom propisuje zahtjeve i kriterije za

⁵⁷ Sukladno članku 3. *Zakona o općem upravnom postupku*, Narodne novine, br. 47/09, ovaj se *Zakon* primjenjuje u svim upravnim stvarima.

⁵⁸ Ovakav zaključak proizlazi iz naziva podneska koji su jedinica lokalne samouprave odnosno zainteresirani pojedinac ovlašteni podnijeti Agenciji za poljoprivredno zemljište. Sukladno članku 41. *Zakona o općem upravnom postupku*, ovaj postupak pokreće se na zahtjev stranke, tj. osobe koja u predmetu ima pravni interes. Pravni interes podnositelja takvoga zahtjeva proizlazi iz članka 28. stavak 2. *Zakona o poljoprivrednome zemljištu*. O ovome zahtjevu, sukladno članku 96. stavak 1. *Zakona o općem upravnom postupku*, Agencija je obvezna odlučiti rješenjem, a protiv njega podnositelj zahtjeva ima pravo izjaviti sredstva pravne zaštite.

⁵⁹ Sukladno članku 29. stavci 6. i 7. *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*, obrazac *Gospodarskog programa korištenja poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države* sadržava podatke o podnositelju ponude, opis gospodarstva, pokazatelje poslovanja iz prethodnog razdoblja, namjenu korištenja i lokalitet zemljišta, tehnološko-tehničke karakteristike gospodarskog rada, podatak o potrebnoj mehanizaciji za obradu zemljišta koje je predmet zakupa, investicije i zapošljavanje, očekivane financijske rezultate proizvodnje, prikaz očekivanih troškova i prihoda te posebnu naznaku kada se radi o ekološkoj proizvodnji.

⁶⁰ Ovi kriteriji različiti su za davanje u zakup poljoprivrednog zemljišta i ribnjaka te davanje u zakup zajedničkih pašnjaka. Vidi članak 29. stavci 1. do 5. te članak 47. stavak 2. *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*.

⁶¹ Vidi članak 29. stavci 8. i 9. i članak 30. *Zakona o poljoprivrednom zemljištu* te članak 5. *Pravilnika o načinu i uvjetima za podnošenje zahtjeva za raspisivanje javnog poziva te kriterijima za dodjelu u zakup zajedničkih pašnjaka u vlasništvu Republike Hrvatske*.

dodjelu zajedničkih pašnjaka.⁶² Valja naglasiti da ovi podzakonski propisi uređuju neka postupovna i materijalna pitanja koja bi inicijalno trebala biti propisana Zakonom te da se njima propisuju i neki postupci koji se čine potpuno suvišnima i neopravdanima.⁶³

Odluku o dodjeli poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države u zakup donosi Agencija za poljoprivredno zemljište. Ovu odluku Agencija donosi na prijedlog ili uz suglasnost različitih tijela ili potpuno samostalno, kako u kojem slučaju.⁶⁴

Nije jasan razlog sudjelovanja različitih tijela u postupku donošenja ove odluke te s različitim ovlastima koje imaju, ovisno o vrsti poljoprivrednoga zemljišta koje se daje u zakup. Međutim, važniji nedostatak pravne regulacije odluke od davanju poljoprivrednoga zemljišta u zakup usmjeren je na propuštanje definiranja pravne prirode ove odluke, što u praksi izaziva brojne dvojbe. Čini se kako bi ona trebala biti upravni akt, što bi podrazumijevalo da se donosi u upravnom postupku te da nezadovoljni pojedinac protiv nje može izjaviti sva sredstva pravne zaštite. Međutim, to nigdje nije izričito određeno, slijedom čega je zadaća utvrditi pravnu prirodu ove odluke prepuštena sudskoj praksi i pravnoj doktrini.

Posljednji postupovni stadij dodjele zakupa na poljoprivrednom zemljištu predstavlja sklapanje ugovora s odabranim zakupoprimcem. Temeljem odluke o izboru najpovoljnije ponude sklapa se ugovor o zakupu odnosno ugovor o zakupu za

⁶² Članak 29. stavak 10. te članak 31. stavci 1. i 3. te članak 47. stavak 10. *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*.

⁶³ Tako se, primjerice, dodatni postupak odabira kandidata, propisan člancima 2. do 7. *Pravilnika o postupku javnog nadmetanja za utvrđivanje najpovoljnijeg ponuditelja na javnom pozivu za dodjelu poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske u zakup i zakup za ribnjake*, Narodne novine, br. 120/13 i 98/15, može ocijeniti suvišnim s obzirom na to da je postupak ovdje već pokrenut raspisivanjem poziva za dodjelu zakupa te bi trebao biti okončan bez dodatnoga postupka. U ovome postupku po pozivu Agencije na dostavu ponude na javnom nadmetanju sudionicima koji su sudjelovali na javnom pozivu i ostvarili jednaki najviši zbroj bodova, ove osobe dostavljaju ponudu koja mora sadržavati propisane elemente, a među njima se posebno vrednuje iznos zakupnine koja se nudi na javnom nadmetanju. Odluku o odabiru najpovoljnijega ponuditelja donosi povjerenstvo za dodjelu zakupa na poljoprivrednom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske i povjerenstvo za dodjelu zakupa na poljoprivrednom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske za ribnjake, a najpovoljnijim ponuditeljem smatra se ponuditelj koji je na javnom nadmetanju ponudio najvišu zakupninu. Ako dva ponuditelja ponude jednaku zakupninu na javnom nadmetanju, najpovoljnijim ponuditeljem smatra se ponuditelj čija je ponuda na javnom nadmetanju ranije zaprimljena. Mnogo je bolje člankom 47. stavak 3. *Zakona o poljoprivrednom zemljištu* i člankom 6. stavak 2. *Pravilnika o načinu i uvjetima za podnošenje zahtjeva za raspisivanje javnog poziva te kriterijima za dodjelu u zakup zajedničkih pašnjaka u vlasništvu Republike Hrvatske* razrađen kriterij dodjele u zakup zajedničkih pašnjaka koji propisuje da se u slučaju jednakoga broja bodova najboljih ponuditelja prednost daje prebivalištu, odnosno sjedištu ponuditelja na području jedinice lokalne samouprave gdje se zajednički pašnjak nalazi ili prebivalištu, odnosno sjedištu ponuditelja na području susjedne jedinice lokalne samouprave, najmanje dvije godine do objave javnoga poziva.

⁶⁴ Tako, primjerice, sukladno članku 27. stavci 7. i 8. *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*, Agencija ovu odluku donosi na prijedlog Povjerenstva za dodjelu zakupa na poljoprivrednom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske kada se radi o dodjeli zakupa na poljoprivrednom zemljištu, a na prijedlog Povjerenstva za dodjelu zakupa na poljoprivrednom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske za ribnjake kada se radi o dodjeli zakupa na ribnjacima. Sukladno članku 15. stavci 1. i 2. *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*, kada se radi o davanju u zakup neizgrađenog građevinskog zemljišta u vlasništvu države koje je po uporabnom svojstvu poljoprivredno zemljište, ovu odluku donosi uz suglasnost Državnog ureda za upravljanje državnom imovinom, dok, sukladno članku 47. stavak 4. istoga *Zakona*, odluku o dodjeli zakupa zajedničkoga pašnjaka donosi bez prijedloga nekog specijaliziranoga tijela.

ribnjake. *Zakon o poljoprivrednom zemljištu* propisuje da ovaj ugovor u pisanome obliku sklapaju ravnatelj Agencije u ime Republike Hrvatske i odabrani ponuditelj. U suprotnom ugovor neće imati pravni učinak. *Zakon* ujedno propisuje sadržaj toga ugovora.⁶⁵ No, baš kao ni u svezi s odlukom o davanju poljoprivrednoga zemljišta u zakup, ničim ne ukazuje niti na njegovu pravnu prirodu. Iako *Zakonom o poljoprivrednom zemljištu* ugovor o zakupu poljoprivrednoga zemljišta nije utvrđen upravnim ugovorom, on svakako ima određene značajke koje za trajanja ugovornoga odnosa državi kao ugovornoj stranci daju značajna prava u odnosu na drugu stranu. Tako, primjerice, ovaj ugovor prije isteka roka na koji je sklopljen, subjekt javnoga prava može jednostrano raskinuti: ako zakupnik ne plati zakupninu do kraja rujna tekuće godine, osim u slučaju više sile, ili drugih nepredviđenih okolnosti koje nisu krivnja zakupnika; ako zakupnik ne koristi poljoprivredno zemljište u vlasništvu države kao dobar gospodar; ako zakupnik ne ostvaruje ciljeve *Gospodarskog programa* koji čini sastavni dio ugovora o zakupu, dvije godine uzastopno od dana sklapanja ugovora, osim u slučaju više sile; ako zakupnik obrađuje poljoprivredno zemljište suprotno odredbama sklopljenog ugovora; ako zakupnik daje zakupljeno zemljište u podzakup; ako zakupnik bez odobrenja zakupodavca izvrši investicijske radove na poljoprivrednom zemljištu koji prelaze granice uobičajenoga gospodarenja ili promijeni način korištenja poljoprivrednog zemljišta; ako zakupnik obavlja aktivnosti suprotno propisima o zaštiti prirode ili radnje koje imaju negativan utjecaj na bogatstvo ili stanje prirodnog područja te ako na bilo koji način ugrožava opstanak prirodnih vrijednosti; ili ako zakupnik ne iskrči poljoprivredno zemljište u vlasništvu države koje nije u funkciji poljoprivredne proizvodnje ili je obraslo višegodišnjim raslinjem u roku od dvije godine od dana uvođenja u posjed.⁶⁶ Nesporno je kako postojanje bilo koje od ovdje propisanih pretpostavki utvrđuje Agencija te ako utvrdi da je ispunjena jednostrano, raskida ovaj ugovor. Iako je pravo jednostranoga raskida ugovora, koje proizlazi iz nadzornih

⁶⁵ Članak 32. stavci 1. do 4. *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*. Sukladno članku 36. istoga Zakona, takav ugovor obvezno treba sadržavati odredbe koje se odnose na: predmet zakupa, vrijeme trajanja zakupa, visinu i rok plaćanja zakupnine, prava i obveze zakupnika, namjenu korištenja zakupljenog zemljišta, odustanak od ugovora, razloge za raskid ugovora, dopustivost postavljanja gospodarskih objekata, pomoćnih uređaja i objekata za iskorištavanje zemljišta, uvjete zaštite prirode ako se poljoprivredno zemljište u cijelosti ili djelomično nalazi unutar područja ekološke mreže te usklađivanje katastarskog i zemljišnoknjižnog stanja. Sastavni dio ovoga ugovora čini i ranije spomenuti obrazac *Gospodarskoga programa* korištenja poljoprivrednoga zemljišta u vlasništvu države, koji je ponuditelj dostavio u okviru svoje ponude. Kako sklapanjem ugovora o zakupu za ribnjake zakupnik stječe pravo korištenja kopnenih voda radi uzgoja riba i drugih vodenih organizama pogodnih za gospodarski uzgoj za sve vrijeme trajanja zakupa, sukladno članku 37. stavak 2. istoga Zakona sastavni dio ovoga ugovora čine i posebni uvjeti korištenja voda koje izdaju Hrvatske vode sukladno posebnom propisu o vodama. Članak 47. stavci 5. i 7. propisuju određene posebnosti u odnosu na druga normativna rješenja sadržana u *Zakonu o poljoprivrednom zemljištu*. Kako, sukladno članku 47. ovoga Zakona, pri zakupu zajedničkih pašnjaka svaki odabrani ponuditelj dobiva u zakup fizički neodređeni dio zajedničkog pašnjaka u površini proporcionalnoj broju uvjetnih grla stoke kojih je vlasnik, odnosno proporcionalno broju uvjetnih grla stoke čiji su vlasnici članovi zadruge, svi zakupnici zajedničkog pašnjaka potom su obvezni sklopiti sporazum o korištenju zajedničkog pašnjaka koji im je dan u zakup, u roku od 30 dana od dana sklapanja ugovora o zakupu zajedničkog pašnjaka, radi utvrđivanja međusobnih prava i obveza zakupnika koja proizlaze s osnova korištenja zajedničkog pašnjaka. Ako zakupnici u propisanome roku ne sklope takav sporazum, ugovor o zakupu zajedničkog pašnjaka se raskida.

⁶⁶ Članak 38. stavak 4. *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*.

prava ovoga tijela, bitno obilježje upravnoga ugovora, *Zakon o poljoprivrednom zemljištu* propisuje kako se na raskid ugovora o zakupu poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države koji nije uređen odredbama toga Zakona, primjenjuju opći propisi, tj. propisi građanskoga prava koji se primjenjuju na ugovore.⁶⁷ Slijedom toga, ovaj ugovor smatra se ugovorom građanskoga prava. Pridavanjem tome ugovoru pravne prirode upravnoga ugovora, pravna zaštita poljoprivrednoga zemljišta, kao dobra od interesa za Republiku Hrvatsku, bila bi mnogo učinkovitija.

Može se zaključiti kako je pravna regulacija korištenja poljoprivrednoga zemljišta u vlasništvu države u *Zakonu o poljoprivrednom zemljištu* poprilično neujednačena i nekonzistentna. Mnoga postupovna i materijalna pitanja ovaj Zakon prepušta regulaciji podzakonskim aktima, koji nerijetko nepotrebno sadržavaju prepisane zakonske odredbe, a dio njih još nije niti donesen. Pravna priroda postupka davanja ovoga zemljišta u zakup, odluke o davanju u zakup i ugovora o zakupu također je nedorečena, čime se u praksi otvaraju ozbiljna pravna pitanja. Čini se da pravni okvir davanja poljoprivrednoga zemljišta u vlasništvu države na korištenje pojedincima zahtijeva nužnu doradu kojoj bi trebalo pristupiti što skorije.

3.2. Pravni okvir davanja na korištenje šuma i šumskoga zemljišta u vlasništvu države

U svezi s korištenjem šuma i šumskoga zemljišta u vlasništvu države, koje bi trebalo povećati gospodarsko iskorištavanje ovih površina, povećati im vrijednost te doprinijeti ostvarivanju određenih proračunskih prihoda, *Zakon o šumama* predviđa tri pravna instituta: osnivanje prava služnosti na šumama i šumskom zemljištu, osnivanje prava građenja na šumama i šumskom zemljištu te davanje ovoga zemljišta u zakup. Međutim, *Zakon o šumama* ove institute uređuje vrlo šturo. Samo tri od ukupno 93 članka ovoga Zakona posvećena su korištenju šuma i šumskoga zemljišta, prepuštajući podzakonskim propisima glavninu pravne regulacije njihova davanja na korištenje. Štoviše, i *Zakon o šumama* uredio je ove institute poprilično različito.

Vrlo malo pozornosti *Zakon o šumama* posvetio je osnivanju služnosti u šumi i na šumskom zemljištu. Zakon je jedino utvrdio okvirnu svrhu osnivanja prava služnosti na šumi ili na šumskome zemljištu u vlasništvu države⁶⁸ te je odredio nadležnost za sklapanje ugovora o služnosti u šumi ili na šumskom zemljištu.⁶⁹ Sve druge postupke i mjerila za osnivanje služnosti Zakon je prepustio Vladi Republike

⁶⁷ Članak 42. *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*.

⁶⁸ Člankom 57. stavak 1. *Zakona o šumama* propisano je kako se pravo služnosti u šumi ili na šumskom zemljištu može osnovati u svrhu izgradnje vodovoda, kanalizacije, plinovoda, električnih vodova, eksploatacije mineralnih sirovina, obavljanja turističke djelatnosti, uzgoja stoke i divljači. Naznačujući svrhu zasnivanja služnosti samo primjerično, Zakon nije zaključio katalog svrha u koje se pravo služnosti može osnovati.

⁶⁹ Člankom 57. stavak 2. *Zakona o šumama* propisano je kako ugovor o služnosti u šumi ili na šumskom zemljištu u ime Republike Hrvatske sklapa ministar nadležan za poslove šumarstva, osim ugovora o služnosti radi eksploatacije mineralnih sirovina.

Hrvatske, na uređivanje uredbom.⁷⁰ Koristeći ovu zakonsku ovlast, Vlada je donijela tri uredbe kojima je uredila osnivanje služnosti u tri različite svrhe: *Uredbu o postupku i mjerilima za osnivanje prava služnosti na šumi i/ili šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske u svrhu eksploatacije mineralnih sirovina*, *Uredbu o postupku i mjerilima za osnivanje prava služnosti u šumi ili na šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske u svrhu obavljanja turističke djelatnosti* te *Uredbu o postupku i mjerilima za osnivanje služnosti u šumi ili na šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske u svrhu izgradnje vodovoda, kanalizacije, plinovoda, električnih vodova*.⁷¹

Ove uredbe nemaju ujednačen način ni predmet regulacije. Tako, iako sve definiraju ovlaštenike prava služnosti, *Uredba o postupku i mjerilima za osnivanje prava služnosti na šumi i/ili šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske u svrhu eksploatacije mineralnih sirovina* utvrđuje maksimalne površine na kojima se može tražiti osnivanje služnosti, dok *Uredba o postupku i mjerilima za osnivanje prava služnosti u šumi ili na šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske u svrhu obavljanja turističke djelatnosti*, primjerice, propisuje svrhe u koje se može odobriti osnivanje ove služnosti.⁷² U uredbama je različito uređen i način pokretanja postupka za osnivanje prava služnosti. Tako se postupak osnivanja prava služnosti u svrhu eksploatacije mineralnih sirovina te u svrhu izgradnje vodovoda, kanalizacije, plinovoda i električnih vodova pokreće podnošenjem zahtjeva, a postupak osnivanja prava služnosti u svrhu obavljanja turističke djelatnosti objavom javnoga poziva. Niti tijelo kojemu se podnose ovi zahtjevi nije isto, pa se tako, kako stoji u uredbama, zahtjev za osnivanje služnosti u svrhu eksploatacije mineralnih sirovina podnosi Povjerenstvu za imovinu Vlade Republike Hrvatske, putem Središnjeg državnog ureda za upravljanje državnom imovinom, dok se kod osnivanja služnosti u svrhu izgradnje vodovoda, kanalizacije, plinovoda i električnih vodova podnosi Središnjem državnom uredu za upravljanje državnom imovinom. Sve uredbe propisuju sadržaj ovih zahtjeva odnosno prijedloga i priloge koji se uz njih obavezno prilažu, prilagođavajući ih specifičnostima koje se pri donošenju odluke trebaju

⁷⁰ Članak 57. stavak 3. *Zakona o šumama*.

⁷¹ *Uredba o postupku i mjerilima za osnivanje prava služnosti na šumi i/ili šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske u svrhu eksploatacije mineralnih sirovina*, Narodne novine, br. 133/07 i 9/11, *Uredba o postupku i mjerilima za osnivanje prava služnosti u šumi ili na šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske u svrhu obavljanja turističke djelatnosti*, Narodne novine, br. 69/07 i *Uredba o postupku i mjerilima za osnivanje služnosti u šumi ili na šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske u svrhu izgradnje vodovoda, kanalizacije, plinovoda, električnih vodova*, Narodne novine, br. 108/06.

⁷² Vidi članak 2. stavak 2. te članak 3. *Uredbe o postupku i mjerilima za osnivanje prava služnosti na šumi i/ili šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske u svrhu eksploatacije mineralnih sirovina*, članke 2. i 3. *Uredbe o postupku i mjerilima za osnivanje prava služnosti u šumi ili na šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske u svrhu obavljanja turističke djelatnosti* te članak 2. stavak 2. *Uredbe o postupku i mjerilima za osnivanje služnosti u šumi ili na šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske u svrhu izgradnje vodovoda, kanalizacije, plinovoda, električnih vodova*. Bitno je naglasiti kako se osnivanje služnosti na šumama i šumskom zemljištu za obavljanje turističke djelatnosti odnosi samo na uređenje prostora, a ne obuhvaća izgradnju turističkih objekata.

uzeti u obzir.⁷³ Za razliku od postupaka propisanih za osnivanje služnosti u svrhu eksploatacije mineralnih sirovina te u svrhu izgradnje vodovoda, kanalizacije, plinovoda i električnih vodova, pri osnivanju prava služnosti u svrhu obavljanja turističke djelatnosti, zainteresirane osobe dostavljaju prijedloge na javni poziv Ministarstva poljoprivrede, po primitku kojih postupak odabira najpovoljnijega ponuditelja provodi stručno povjerenstvo koje imenuje ministar.⁷⁴ Sve uredbe propisuju da odluku o osnivanju prava služnosti donosi Povjerenstvo za imovinu Vlade Republike Hrvatske.⁷⁵ Kako je spomenuto Povjerenstvo za imovinu Vlade Republike Hrvatske prestalo djelovati 2011. godine, a više ne postoji niti Središnji državni ured za upravljanje državnom imovinom, nadležnost za zaprimanje zahtjeva te za donošenje odluke o osnivanju prava služnosti danas se određuje sukladno odredbama *Zakona o upravljanju državnom imovinom*. Sukladno ovim uredbama, različita tijela raspolažu ovlastima za sklapanje ugovora o osnivanju prava služnosti. Ugovor o osnivanju prava služnosti u svrhu eksploatacije mineralnih sirovina sklapa tijelo nadležno za raspolaganje imovinom Republike Hrvatske, tj. Državni ured za upravljanje državnom imovinom, dok ugovor o osnivanju prava služnosti u svrhu obavljanja turističke djelatnosti te ugovor o osnivanju prava služnosti u svrhu izgradnje vodovoda, kanalizacije, plinovoda i električnih vodova sklapa ministar poljoprivrede.⁷⁶ U svezi s analiziranim postupcima, na kraju se može primijetiti kako bi ovlaštenik prava služnosti zasnivanje ovoga prava trebao temeljiti postojanjem kojeg drugoga već stečenoga prava te nije jasno je li osnivanje služnosti u svrhu obavljanja turističke djelatnosti temeljem javnoga poziva uopće opravdano. Ujedno, nije jasno niti iz kojega se razloga razlikuju ovlaštenici za sklapanje ugovora o osnivanju prava služnosti, kao ni jesu li uopće nužne tri različite uredbe za uređenje osnivanja prava služnosti na istome dobru, a u različite svrhe. Ono što Zakon i uredbe također ostavljaju otvorenim jest pitanje pravne prirode odluke o osnivanju služnosti te ugovora o osnivanju prava služnosti, čime pravni režim ovih akata nije potpuno jasan.

⁷³ Članak 2. *Uredbe o postupku i mjerilima za osnivanje prava služnosti na šumi i/ili šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske u svrhu eksploatacije mineralnih sirovina*, članak 6. stavak 1. *Uredbe o postupku i mjerilima za osnivanje prava služnosti u šumi ili na šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske u svrhu obavljanja turističke djelatnosti* te članak 2. *Uredbe o postupku i mjerilima za osnivanje služnosti u šumi ili na šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske u svrhu izgradnje vodovoda, kanalizacije, plinovoda, električnih vodova*.

⁷⁴ Članak 6. stavci 1. i 2. te članci 7. i 8. *Uredbe o postupku i mjerilima za osnivanje prava služnosti u šumi ili na šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske u svrhu obavljanja turističke djelatnosti*.

⁷⁵ Članak 4. *Uredbe o postupku i mjerilima za osnivanje prava služnosti na šumi i/ili šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske u svrhu eksploatacije mineralnih sirovina*, članak 9. *Uredbe o postupku i mjerilima za osnivanje prava služnosti u šumi ili na šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske u svrhu obavljanja turističke djelatnosti* te članak 3. *Uredbe o postupku i mjerilima za osnivanje služnosti u šumi ili na šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske u svrhu izgradnje vodovoda, kanalizacije, plinovoda, električnih vodova*.

⁷⁶ Članak 4. te članak 6. stavak 1. *Uredbe o postupku i mjerilima za osnivanje prava služnosti na šumi i/ili šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske u svrhu eksploatacije mineralnih sirovina*, članak 12. *Uredbe o postupku i mjerilima za osnivanje prava služnosti u šumi ili na šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske u svrhu obavljanja turističke djelatnosti* te članak 5. *Uredbe o postupku i mjerilima za osnivanje služnosti u šumi ili na šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske u svrhu izgradnje vodovoda, kanalizacije, plinovoda, električnih vodova*.

Zakon o šumama vrlo šturo propisuje i osnivanje prava građenja u šumama i na šumskom zemljištu u vlasništvu države. Precizno utvrđuje svrhu osnivanja prava građenja na ovome zemljištu, propisujući kako je pravo građenja dopušteno osnovati u svrhu izgradnje golf-igrališta, kampa i objekata čija je gradnja prema prostornom planu predviđena izvan građevinskog područja.⁷⁷ Jednako kao i u slučaju osnivanja prava služnosti, utvrđuje nadležnost za sklapanje ugovora o osnivanju prava građenja te postavlja ograničenje osnivanja ovoga prava samo na šumu i šumsko zemljište koje je Ministarstvo poljoprivrede proglasilo šumom s posebnom namjenom u svrhu izgradnje golf-igrališta i kampa, na temelju odobrenog programa za gospodarenje šumama s posebnom namjenom.⁷⁸ Međutim, postupak i mjerila za osnivanje prava građenja *Zakon* je također prepustio na regulaciju Vladi Republike Hrvatske uredbom.⁷⁹ Temeljem ove zakonske ovlasti, Vlada Republike Hrvatske donijela je *Uredbu o osnivanju prava građenja na šumama i šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske*.⁸⁰ Ova Uredba određuje nositelja prava građenja, za kojega izričito utvrđuje da raspolaže ovlastima i dužnostima plodouživatelja. Najprije propisuje postupak proglašavanja šume i šumskog zemljišta šumom s posebnom namjenom, što predstavlja stanoviti vid postupka koji prethodi postupku osnivanja prava građenja. Sukladno Uredbi, postupak osnivanja prava građenja u pravilu pokreće Ministarstvo poljoprivrede javnim prikupljanjem ponuda. Iznimno, ovo pravo može se osnovati i neposrednom pogodbom, ali samo u slučajevima utvrđenima posebnim propisima. Uredba detaljno propisuje što sve mora sadržavati poziv za prikupljanje ponuda te način objave ovoga poziva. Također propisuje što je ponudi sve potrebno priložiti te način obračuna jamčevine koju uz ponudu treba uplatiti. Ponude razmatra posebno povjerenstvo za prikupljanje ponuda koje sukladno kriterijima utvrđenima u Uredbi izrađuje prijedlog odluke o odabiru najpovoljnijeg ponuditelja i dostavlja ih ministru poljoprivrede. Uredba nadalje propisuje da odluku o odabiru najpovoljnijeg ponuditelja kao nositelja prava građenja, na temelju prijedloga povjerenstva, donosi ministar poljoprivrede, kao i sadržaj ove odluke. Ujedno izričito propisuje kako ova odluka nije upravni akt.⁸¹ Ovdje se Vlada očito povelu izričitim odredbama *Zakona o poljoprivrednom zemljištu* koje utvrđuju da odluka kojom se odlučuje o vlasničkim i drugim stvarnim pravima na poljoprivrednom zemljištu u vlasništvu države nije upravni akt.⁸² Međutim, ovakvim određenjem značajno su oštećeni ponuditelji koji se javljaju u ovim postupcima, jer nemaju adekvatnu postupovnu zaštitu koju bi imali propisivanjem ovoj odluci pravne prirode upravnoga akta, što će se sigurno pokazati značajnom manom ove pravne regulacije. Temeljem odluke o odabiru najpovoljnijeg

⁷⁷ Članak 57.a stavak 1. *Zakona o šumama*.

⁷⁸ Sukladno članku 57.a stavak 2. *Zakona o šumama*, ugovor o pravu građenja na šumama i šumskom zemljištu u vlasništvu države u ime Republike Hrvatske sklapa ministar poljoprivrede.

⁷⁹ Članak 57.a stavak 5. *Zakona o šumama*.

⁸⁰ *Uredba o osnivanju prava građenja na šumama i šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 61/16.

⁸¹ Članci 2. te 5. do 15. *Uredbe o osnivanju prava građenja na šumama i šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske*.

⁸² Članak 26. *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*.

ponuditelja, lokacijske dozvole te uplaćene naknade za pravo građenja, ugovor o pravu građenja s odabranim ponuditeljem u ime Republike Hrvatske sklapa ministar poljoprivrede, u roku od 30 dana od pribavljenog pozitivnog mišljenja nadležnog državnog odvjetništva. Uredba ujedno propisuje i sadržaj ovoga ugovora,⁸³ no opet ne propisuje njegovu pravnu prirodu. Kako Uredba izričito propisuje da odluka o odabiru najpovoljnijeg ponuditelja nije upravni akt, jasno je kako se niti ovaj ugovor ne može smatrati upravnim ugovorom.

Konačno, *Zakon o šumama* vrlo šturo uređuje i postupak davanja šumskih zemljišta u zakup. Sukladno Zakonu, davanje ovih zemljišta u zakup dopušteno je samo do njihova privođenja namjeni koja je određena šumskogospodarskim planovima. U svezi sa zakupom šumskoga zemljišta Zakon još jedino propisuje da je prije sklapanja ugovora o zakupu potrebno pribaviti mišljenje o pravnoj valjanosti ovoga ugovora od nadležnoga državnoga odvjetništva. Način i kriterije davanja u zakup šumskoga zemljišta zakonodavac je također prepustio Vladi koja ova pitanja treba urediti uredbom.⁸⁴ Vlada je donijela *Uredbu o načinu i kriterijima za davanje u zakup šumskog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske*,⁸⁵ koja, pored postupovnih, sadrži i neke materijalne odredbe, kao npr. namjenu davanja ovoga zemljišta u zakup te njegovu zabranu davanja u podzakup.⁸⁶ Uredba postavlja statusne kriterije ovlaštenika zakupa te najdulji rok na koji se zemljište može dati u zakup. Sukladno ovoj Uredbi, postupak davanja šumskoga zemljišta u zakup pokreće se objavom javnoga poziva za prikupljanje ponuda, koji se objavljuje u javnim glasilima i na mrežnim stranicama Ministarstva poljoprivrede. Postupak odabira najboljeg ponuditelja, sukladno kriterijima koje utvrđuje Uredba, provodi stručno povjerenstvo što ga imenuje ministar poljoprivrede. Uredba postavlja primarni kriterij izbora, ali i sekundarni koji će se primijeniti ako dvije ili više ponuda, sukladno primarnome kriteriju, budu jednako ocijenjene. Povjerenstvo odabire najpovoljnijeg ponuditelja te predlaže ministru donošenje odluke. Odluku o davanju u zakup šumskoga zemljišta donosi ministar poljoprivrede. Po ishođenju pozitivnoga mišljenja nadležnog županijskog državnog odvjetništva o pravnoj valjanosti nacрта ugovora o zakupu, ministar poljoprivrede s odabranim najpovoljnijim ponuditeljem sklapa ugovor o zakupu.⁸⁷

Iako Uredba ne propisuje pravnu prirodu ugovora o zakupu, nesporno je kako i prema ovome ugovoru zakupodavac, tj. Republika Hrvatska, raspolaže snažnijim

⁸³ Članak 19. stavak 2. i članak 22. *Uredbe o osnivanju prava građenja na šumama i šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske*.

⁸⁴ Članak 58. *Zakona o šumama*.

⁸⁵ *Uredba o načinu i kriterijima za davanje u zakup šumskog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 76/14.

⁸⁶ Tako se, sukladno članku 3. te članku 10. stavak 2. ove Uredbe, šumsko zemljište može dati u zakup radi korištenja u svrhu: odmora, rekreacije i sporta (trim-staze, staze za jahanje, privremeni sportski tereni, stolovi i klupe za odmor i sl.); pašarenja i žirenja; postavljanja pomičnih naprava, reklamnih panoa, štandova, montažno-demontažnih tendi te privremenih kioska i drugih građevina gotove konstrukcije, građevinske (bruto) površine do 15 m².

⁸⁷ Članci 4. do 7. te članak 9. stavci 1. i 2. *Uredbe o načinu i kriterijima za davanje u zakup šumskog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske*.

ovlastima u ugovornome odnosu. Tako, ako zakupnik ne koristi šumsko zemljište sukladno ugovoru o zakupu, ne nadoknadi štetu nastalu korištenjem šumskog zemljišta protivno ugovoru o zakupu, ne čuva zakupljenu nekretninu te je očito da je po prestanku ugovora o zakupu neće moći vratiti u stanju u kojem ju je preuzeo, ne plaća zakupninu sukladno ugovoru o zakupu ili ako nanosi štetu okolnoj šumi i šumskom zemljištu, zakupodavac je ovlašten jednostrano raskinuti ovaj ugovor.⁸⁸ Slijedom toga, država i ovdje raspolaže pravom nadzora te snažnim jednostranim ovlastima u slučaju kada ocijeni da zakupoprimalac ne poštuje odredbe ugovora o zakupu. No, niti ovaj ugovor prema pravnoj prirodi nije utvrđen upravnim ugovorom čime je pravna zaštita šumskoga zemljišta kao dobra od interesa za Republiku Hrvatsku također učinjena slabijom negoli bi to trebao biti slučaj.⁸⁹

Iz navedenoga daje se zaključiti kako se šume i šumsko zemljište mogu koristiti temeljem istih instituta kao i poljoprivredno zemljište. Međutim, postupci davanja ovoga zemljišta na korištenje značajno se razlikuju od davanja na korištenje poljoprivrednoga zemljišta. Podnormiranost mehanizama korištenja šuma i šumskoga zemljišta u *Zakonu o šumama* te davanje velike slobode reguliranja ovih postupaka Vladi Republike Hrvatske, kao i kriterija koji će se u njima koristiti, svakako se može ocijeniti nedostatkom pravne regulacije. Ove uredbe sadrže brojne razlike u vođenju postupaka koje dovode do pravne nesigurnosti osoba zainteresiranih koristiti šume i šumsko zemljište u vlasništvu države. Konačno, posebna zamjerka regulaciji korištenja šuma i šumskih zemljišta u vlasništvu države svakako se može uputiti isključivanju javnopravnih instrumenata, čime se oslabljuje položaj javne vlasti u upravljanju i zaštiti ovoga važnoga prirodnoga resursa.

3.3. Pravni okvir davanja na korištenje javnoga vodnoga dobra u javnoj uporabi

Konačno, *Zakon o vodama* korištenje javnoga vodnoga dobra za gospodarske i osobne potrebe uređuje samo jednim od 263 članaka. Ovaj Zakon kao oblike privatnoga korištenja javnoga vodnoga dobra propisuje najam, zakup, služnost i građenje. Na dijelu javnog vodnog dobra koji je dan na korištenje nekoj osobi može se svim drugim osobama ograničiti ili potpuno isključiti njegova uporaba, međutim

⁸⁸ Članak 10. stavci 2. do 4. *Uredbe o načinu i kriterijima za davanje u zakup šumskog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske*.

⁸⁹ Ovdje je još zanimljivo istaknuti kako se sukladno članku 12. *Uredbe o načinu i kriterijima za davanje u zakup šumskog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske*, na zahtjev zakupnika i uz pozitivno mišljenje Hrvatskih šuma d.o.o., ugovor o zakupu može obnavljati za isto razdoblje i pod istim uvjetima, ukoliko je u proteklom razdoblju zakupnik uredno i na vrijeme ispunjavao sve obveze preuzete ugovorom o zakupu ili do privođenja ovoga područja namjeni određenoj šumskogospodarskim planovima. Zahtjev za obnovom ugovora o zakupu zakupnik podnosi Ministarstvu poljoprivrede najranije u zadnjoj godini trajanja zakupa, a najkasnije 60 dana prije isteka ugovora o zakupu.

samo ako takvo pravo ne utječe na ostvarivanje namjena vodnoga dobra.⁹⁰ Postupovni režim davanja javnoga vodnoga dobra u najam, zakup, služnost i građenje radi ostvarenja gospodarskih, odnosno osobnih potreba pojedinaca, *Zakonom o vodama* određen je vrlo šturo. Međutim, istovremeno je postavljen i vrlo precizno. Štoviše, korištenje javnog vodnog dobra u javnoj uporabi nije detaljnije razrađivano čak niti podzakonskim propisima. *Zakon o vodama* propisuje da se davanje javnoga vodnoga dobra u najam ili zakup, odnosno osnivanje prava služnosti i prava građenja na ovome zemljištu zasniva na odluci. Utvrđuje donositelja ove odluke te određuje njezinu pravnu prirodu, jednostavno propisujući kako ovu odluku donose Hrvatske vode u upravnom postupku. Time *Zakon o vodama* rješava sve dvojbe koje se tiču postupovnog režima donošenja odluke o davanju javnoga vodnoga dobra na korištenje privatnim osobama za gospodarske i osobne potrebe. Iz navedenoga proizlazi kako je odluka kojom se odlučuje o davanju javnoga vodnoga dobra u javnoj uporabi u najam, zakup, služnost ili građenje upravni akt, slijedom čega se na postupak njezina donošenja, ali i u pogledu pravne zaštite potencijalnih ponuditelja, primjenjuju odredbe *Zakona o općem upravnom postupku*. Zakon još propisuje da na ovu odluku Hrvatskim vodama – pravnoj osobi za upravljanje vodama, prethodno mišljenje daje Državni ured za upravljanje državnom imovinom, te da se protiv ove odluke može izjaviti žalba Ministarstvu poljoprivrede. Po donošenju odluke, Hrvatske vode u ime Republike Hrvatske i odabrani ponuditelj sklapaju ugovor o najmu, zakupu, služnosti i pravu građenja na javnom vodnom dobru.⁹¹ Jedino pitanje koje se po analizi ovih odredbi otvara jest na koji se način uopće pokreće postupak davanja javnoga vodnoga dobra u najam ili zakup, odnosno na koji se način pokreće postupak osnivanja prava služnosti i prava građenja na javnom vodnom dobru u javnoj uporabi. Odgovor na ovo pitanje nalazi se u *Odluci o visini naknade najma, zakupa, služnosti i građenja na javnom vodnom dobru*,⁹² koja propisuje kako se pravo zakupa zasniva u postupku pokrenutom javnim natječajem, a pravo najma, služnosti i građenja zasniva se na neposredni zahtjev stranke. Iznimno, kada pravo zakupa uključuje i zasnivanje prava građenja, ovo pravo dodjeljuje se u postupku pokrenutom na neposredni zahtjev stranke.⁹³

Nesporno je da je, za razliku od *Zakona o poljoprivrednom zemljištu* i *Zakona o šumama*, *Zakon o vodama* uredio postupak ustupanja zemljišta na korištenje koje je od interesa za Republiku Hrvatsku privatnoj osobi na vrlo jednostavan, ali i pravno egzaktan način. Ovaj Zakon, unatoč malom broju odredbi koje je posvetio ovim pitanjima, definirao je manje-više sva ključna pitanja davanja ovih prostora na

⁹⁰ Javno vodno dobro ranije se moglo koristiti i putem koncesije. Danas se, sukladno članku 163. te članku 171. stavci 1. do 3. *Zakona o vodama*, koncesije daju jedino za gospodarsko korištenje voda te za javne usluge i javne radove, osim za obavljanje djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje. O prijašnjem pravnom uređenju koncesija na javnom vodnom dobru, više vidi u Lukačević-Subotić, op. cit., str. 11-14. Koncesija je osnovni način korištenja voda koji prelazi oblike općega korištenja, dok se vode iznimno mogu koristiti temeljem vodopravne dozvole. O ovome Jug, op. cit., str. 284.

⁹¹ Članak 16. stavci 3. i 4. *Zakona o vodama*.

⁹² *Odluka o visini naknade najma, zakupa, služnosti i građenja na javnom vodnom dobru*, Narodne novine 89/10 i 88/11.

⁹³ Članak 9. *Odluke o visini naknade najma, zakupa, služnosti i građenja na javnom vodnom dobru*.

korištenje. Odredio je tijelo nadležno odlučiti o davanju nekoga od ovih zemljišta na korištenje privatnim osobama te pravnu prirodu akta kojim se to čini. Time je precizno ukazao na pravni režim donošenja ove odluke, od pitanja koja se odnose na pokretanje postupka, utvrđivanje činjenica pa sve do odlučivanja o meritumu i izrade same odluke. Na takav je način ujedno precizno utvrdio mehanizme pravne zaštite zainteresiranih osoba koje se mogu javiti u ovome postupku. S druge strane, oslobodio je pravni sustav velikog broja prepisanih odredbi te različitih pravnih režima koji se u svezi sa sličnim pravnim institutima javljaju na poljoprivrednom zemljištu u vlasništvu države te u šumi ili na šumskom zemljištu u vlasništvu države, na taj način doprinijevši brzini odlučivanja, predvidivosti postupaka i sigurnosti stranaka, a svime time i pravnoj sigurnosti.

4. ZAKLJUČAK

Po analizi pravnoga režima korištenja poljoprivrednoga zemljišta u vlasništvu države, šuma i šumskoga zemljišta u vlasništvu države te javnoga vodnoga dobra u javnoj uporabi može se zaključiti kako jedinstveni opći pravni okvir korištenja ovih zemljišta u Hrvatskoj ne postoji. Takav okvir na najopćenitiji način ne postavlja niti zakon koji na općenit način uređuje upravljanje državnom imovinom, tj. *Zakon o upravljanju državnom imovinom*, jer unatoč tome što se on odnosi i na upravljanje nekretninama čiji je vlasnik Republika Hrvatska i koje su upisane u Središnji registar državne imovine, upravljanje ovim dobrima izričito je izuzeto iz primjene toga Zakona.⁹⁴ Kako sukladno ovome Zakonu korištenje državne imovine podrazumijeva uporabu i ubiranje plodova ili koristi koje državna imovina daje, bez prava otuđenja ili opterećenja,⁹⁵ jasno je kako bi davanje ovih zemljišta na korištenje na općenit način trebalo biti uređeno i ovim Zakonom, slijedom čega se ispravnost njihova izričitog isključivanja iz dosega toga Zakona može propitivati. Štoviše, ovaj Zakon pod raspolaganjem nekretninama u vlasništvu Republike Hrvatske podrazumijeva između ostaloga i davanje ovih nekretnina u zakup ili najam te osnivanje prava građenja i osnivanje prava služnosti na tim nekretninama, a ti instituti javljaju se i u ranije analiziranim zakonima. Međutim, o nadležnosti, postupcima te pravnoj prirodi akata koji se donose pri davanju na korištenje zemljišta u državnom vlasništvu ovaj Zakon na žalost ne propisuje gotovo ništa.

Zakon o upravljanju državnom imovinom tijelima nadležnima za raspolaganje državnim nekretninama jedino postavlja obvezu postupanja prema *Strategiji upravljanja i raspolaganja državnom imovinom*, prema *Planu upravljanja*, prema tome *Zakonu* i prema posebnim propisima. Propisuje kako se postupci raspolaganja ovim nekretninama pokreću raspisivanjem javnog nadmetanja, koje se provodi kao javno raspolaganje prema unaprijed objavljenim uvjetima ili javnim prikupljanjem ponuda koje se provodi kao poziv na predaju ponuda upućenom neodređenom

⁹⁴ Članak 3. točka 1. te članak 60. stavak 2. *Zakona o upravljanju državnom imovinom*.

⁹⁵ Članak 3. stavak 4. *Zakona o upravljanju državnom imovinom*.

ili određenom krugu osoba, i to prema unaprijed određenim uvjetima. Iz Zakona ujedno proizlazi da se ugovor o korištenju ovih nekretnina sklapa s ponuditeljem koji ispunjava uvjete i ponudi najvišu cijenu iznad početne cijene. Iznimka od ovih pravila uspostavljena je jedino za osnivanje prava služnosti, koje se može osnovati i temeljem prijedloga zainteresirane osobe, osim ako je posebnim propisom utvrđeno drukčije raspolaganje.⁹⁶

Međutim, *Zakon o upravljanju državnom imovinom* ne određuje pravnu prirodu odluke koja se donosi u postupku davanja ovih nekretnina na korištenje niti pravnu prirodu ugovora koji se temeljem takve odluke sklapa. Stoga se može ustvrditi da se korištenje ovih nekretnina u bitnome uređuje pojedinačnim pravnim režimima koji se primjenjuju u svakom upravnom području, slijedom čega je opći pravni režim ovih postupaka vrlo skromno uređen. No, pravni režimi davanja poljoprivrednoga zemljišta u vlasništvu države, šuma i šumskoga zemljišta u vlasništvu države i javnoga vodnog dobra u javnoj uporabi vrlo su neujednačeni, kako po pitanju pravne prirode ovih postupaka, njihova pokretanja, pravila postupka, tako i nadležnosti za donošenje odluka. *Zakon o poljoprivrednom zemljištu* primjerice predviđa davanje poljoprivrednoga zemljišta u vlasništvu države, ribnjaka, zajedničkih pašnjaka i neizgrađenoga građevinskog zemljišta koje je po uporabnom svojstvu poljoprivredno zemljište u zakup, zasnivanje na poljoprivrednom zemljištu u vlasništvu države prava služnosti i prava građenja te davanje ovoga zemljišta na korištenje bez naknade. *Zakon o šumama* omogućuje korištenje šuma i šumskoga zemljišta putem osnivanja prava služnosti i prava građenja te putem zakupa, dok *Zakon o vodama* propisuje da se javno vodno dobro može dati na korištenje putem najma, zakupa, prava služnosti i prava građenja. Dakle, jasno je da svi ovi zakoni propisuju tri temeljna načina korištenja ovih zemljišta koji su po funkciji različiti. To su zakup, pravo služnosti i pravo građenja. Ostali načini korištenja ovih zemljišta čine se sporednima.

Ugovorom o zakupu nekretnine u vlasništvu države Vlada Republike Hrvatske obvezuje se predati privatnoj osobi određenu nekretninu na korištenje, a ova se osoba zauzvrat obvezuje plaćati utvrđenu zakupninu. Takvo zemljište može koristiti samo na način određen ugovorom o zakupu i u skladu s namjenom toga zemljišta. Ova osoba ujedno odgovara za svu štetu koja nastane korištenjem zakupljenoga zemljišta protivno ugovoru ili namjeni, bez obzira na to je li ovo zemljište koristila sama ili pak osoba koja radi po njezinu nalogu, podzakupnik ili koja druga osoba kojoj je omogućila zasebno ga koristiti. Na sva pitanja zakupa toga zemljišta koja nisu uređena posebnim zakonom supsidijarno se primjenjuju odredbe *Zakona o obveznim odnosima*⁹⁷ koje se odnose na ugovor o zakupu.⁹⁸

⁹⁶ Članak 48. stavak 2. članak 49. stavci 1. i 2., članak 5. stavak 5. *Zakona o upravljanju državnom imovinom*.

⁹⁷ *Zakon o obveznim odnosima*, Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11 i 78/15.

⁹⁸ Jedina razlika između ugovora o zakupu ili ugovora o najmu koje predviđa *Zakon o vodama*, ogleda se u okolnosti hoće li uz zasebno korištenje ovoga zemljišta korisnik imati pravo i ubiranja plodova, kada se radi o zakupu, ili ne, kada se radi o najmu. Aviani, op. cit., str. 145. te Jelčić, op. cit., str. 7-8.

Svrha prava građenja jest odvojiti vlasništvo zgrade izgrađene na zemljištu od vlasništva zemljišta. Pravo građenja ovlašćuje svojeg nositelja na njemu sagraditi odnosno imati zgradu koja pravno nije spojena sa zemljištem na kojem je *de facto* izgrađena i koja je u tuđem vlasništvu, što znači da je, dok ovo pravo traje, jedna osoba vlasnik zgrade, a druga vlasnik zemljišta, nakon čega se zgrada pravno spaja sa zemljištem i čini jedinstvenu nekretninu. Time pravo građenja omogućuje vlasniku zemljišta zadržati u svojem vlasništvu zemljište na kojem druga osoba gradi građevinski objekt te od ove osobe ubirati naknadu koju ona plaća za osnovano pravo. Ono predstavlja iznimku od načela jedinstva nekretnine odnosno zemljišta i zgrade na kojem se temelji opće stvarnopravno uređenje uspostavljeno *Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*.⁹⁹

Svrha prava služnosti ogleda se u ograničavanju prava vlasnika neke nekretnine na način da on mora trpjeti ili propuštati da se ovlaštenik služnosti njome na neki način koristi. Služnost se može sastojati u tome da ovlaštenik služnosti na tuđoj nekretnini izvršava neke radnje, da se njome služi, da iz nje izvlači plodove ili čak u tome da on sam ništa ne poduzima, ali da se zbog njega na toj nekretnini održava postojeće stanje. S druge strane, vlasnik poslužne nekretnine uvijek je izložen trpljenju ili propuštanju neke radnje.¹⁰⁰

Razvidno je kako zakup odnosno najam, pravo služnosti i pravo građenja imaju različite svrhe koje mogu privatnim osobama omogućiti korištenje poljoprivrednoga zemljišta u vlasništvu države, šuma i šumskoga zemljišta u vlasništvu države te javnoga vodnoga dobra u javnoj uporabi upravo na način koji im omogućuje najoptimalnije gospodarski koristiti ova dobra. Međutim, problem pravnoga okvira korištenja ovih zemljišta ogleda se u neujednačenoj pravnoj regulaciji sadržanoj u zakonima koji uređuju upravljanje i korištenje ovim zemljištima. Zakonska regulacija mehanizama korištenja ovih zemljišta u pravilu je štura i nepotpuna te precizno ne utvrđuje postupak stjecanja ovih prava. Poseban problem ogleda se u prepuštanju zakonodavca brojna postupovna pitanja urediti podzakonskim propisima Vlade i resornih ministarstava.

Stoga bi za državna tijela, ali i za privatne poduzetnike, najbolje bilo kada bi se zajednička pitanja postupaka davanja na korištenje ovih nekretnina uredila zajedničkim postupovnim pravilima sadržanima u općem zakonu, dok bi se posebnim pravnim normama sadržanima u zakonima koji uređuju pojedina upravna područja ova pravila mogla jedino nadopuniti sukladno specifičnostima posebnog upravnog područja. Postupci davanja na korištenje ovih nekretnina trebali bi biti ujednačeni i maksimalno pojednostavljeni. Ovdje se može poći dobrim primjerom *Zakona o vodama* koji kratko, ali precizno utvrđuje postupak davanja na korištenje javnoga vodnog dobra. Naravno da treba respektirati specifičnosti pojedinih instituta, pa se tako primjerice postupak osnivanja služnosti treba moći pokrenuti na zahtjev zainteresirane osobe, dok bi se drugi postupci u pravilu trebali pokretati pozivom za javno nadmetanje. Nesporno je i kako sadržaji specifičnih zahtjeva i ponuda trebaju biti propisani zakonom, a ne

⁹⁹ Gavella, Nikola, *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb, 1998., str. 697. i Frković, op. cit., str. 10.

¹⁰⁰ Gavella, *Stvarno*, op. cit., str. 631.

podzakonskim propisima, baš kao što zakonom trebaju biti propisani i kriteriji odabira te statusne pretpostavke kojima moraju udovoljiti potencijalni ugovaratelji. Iako se nadležnost za donošenje odluka o davanju ovih zemljišta na korištenje i sklapanje ugovora o korištenju ovih zemljišta može povjeriti različitim tijelima, nije učinkovito formirati pojedina povjerenstva za vođenje postupka, koja zatim nadležnim tijelima samo predlažu donošenje odluka, posebno s obzirom na višegodišnju recesiju i proračunski deficit prisutan u Republici Hrvatskoj. Konačno, bilo bi izuzetno korisno, također po uzoru na *Zakon o vodama*, propisati da je odluka o davanju u zakup ili najam, osnivanje prava služnosti i prava građenja upravni akt, kako bi se na postupak donošenja ove odluke primijenile postupovne odredbe *Zakona o općem upravnom postupku*. Time bi se zainteresiranim osobama u postupku davanja na korištenje ovih zemljišta ujedno osigurala i adekvatna pravna zaštita, uključujući i pravo pokretanja upravnoga spora. Konačno, svakako bi valjalo razmisliti o tome bi li ugovore o zakupu i najmu, odnosno osnivanju prava služnosti ili prava građenja trebalo utvrditi upravnim ugovorima.

Unošenjem odredbi naznačenoga sadržaja u jedinstveni *Zakon o upravljanju državnom imovinom* ili ujednačavanjem ovih odredbi kroz zakone koji uređuju pojedina upravna područja stvorio bi se kvalitetan pravni okvir za davanje na korištenje državnih zemljišta zainteresiranim osobama, čime bi se ova zemljišta stavila u gospodarsku funkciju i time pridonijela gospodarskom razvoju Republike Hrvatske.

PRAVNI IZVORI

1. *Izvyješće o stanju u prostoru Republike Hrvatske 2008.–2012.*, Narodne novine, br. 61/13.
2. *Odluka o visini naknade najma, zakupa, služnosti i građenja na javnom vodnom dobru*, Narodne novine 89/10. i 88/11.
3. *Pravilnik o dokumentaciji potrebnoj za raspisivanje javnog poziva za zakup, zakup za ribnjake i zamjenu poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 84/13. i 45/14.
4. *Uredba o načinu i kriterijima za davanje u zakup šumskog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 76/14.
5. *Pravilnik o načinu i uvjetima za podnošenje zahtjeva za raspisivanje javnog poziva te kriterijima za dodjelu u zakup zajedničkih pašnjaka u vlasništvu Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 68/15.
6. *Uredba o osnivanju prava građenja na šumama i šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 61/16.
7. *Uredba o postupku i mjerilima za osnivanje prava služnosti na šumi i/ili šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske u svrhu eksploatacije mineralnih sirovina*, Narodne novine, br. 133/07. i 9/11.
8. *Uredba o postupku i mjerilima za osnivanje služnosti u šumi ili na šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske u svrhu izgradnje vodovoda, kanalizacije, plinovoda, električnih vodova*, Narodne novine, br. 108/06.

9. *Uredba o postupku i mjerilima za osnivanje prava služnosti u šumi ili na šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske u svrhu obavljanja turističke djelatnosti*, Narodne novine, br. 69/07.
10. *Pravilnik o postupku javnog nadmetanja za utvrđivanje najpovoljnijeg ponuditelja na javnom pozivu za dodjelu poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske u zakup i zakup za ribnjake*, Narodne novine, br. 120/13. i 98/15.
11. *Uredba o osnivanju prava građenja i prava služnosti na nekretninama u vlasništvu Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 10/14. i 95/15.
12. *Ustav Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10 i 5/14.
13. *Zakon o cestama*, Narodne novine, br. 84/11, 22/13, 54/13, 148/13 i 92/14.
14. *Zakon o obveznim odnosima*, Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11 i 78/15.
15. *Zakon o općem upravnom postupku*, Narodne novine, br. 47/09.
16. *Zakon o poljoprivrednom zemljištu*, Narodne novine, br. 39/13 i 48/15.
17. *Zakon o šumama*, Narodne novine 140/05, 82/06, 129/08, 80/10, 124/10, 25/12, 68/12, 148/13 i 94/14.
18. *Zakon o upravljanju državnom imovinom*, Narodne novine, br. 94/13 i 18/16.
19. *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*, Narodne novine, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 90/10, 143/12 i 152/14.
20. *Zakon o vodama*, Narodne novine, br. 153/09, 63/11, 130/11, 56/13 i 14/14.
21. *Zakon o željeznici*, Narodne novine, br. 94/13 i 148/13.

LITERATURA

1. Antonioli, Walter, Koja, Friedrich, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1996.
2. Auby, Jean-Marie, Bonn, Pierre, *Droit administratif des biens*, Dalloz, Paris, 1995.
3. Aviani, Damir, „Zasebno korištenje opće-uporabljivih dobra u Hrvatskoj: dometi i ograničenja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 46, br. 1, 2009.
4. Babac, Branko, *Upravno pravo*, Pravni fakultet u Osijeku, Osijek, 2004.
5. Belaj, Vlado, „Posebno stvarnopravno uređenje za poljoprivredna zemljišta“, *Stvarno pravo – posebna stvarna uređenja*, Narodne novine, Zagreb, 2011.
6. Belaj, Vlado, „Posebno stvarnopravno uređenje za šume i šumska zemljišta“, *Stvarno pravo – posebna pravna uređenja*, Narodne novine, Zagreb, 2011.
7. Borković, Ivo, „Javno dobro (domaine public) u francuskoj teoriji upravnog prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 40., br. 71-72, 2003.
8. Borković, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002.
9. Caringella, Francesco, *Il Diritto Amministrativo*, Edizioni giuridiche Simone, Napoli, 2006.
10. Frković, Snježana, „Republika Hrvatska kao vlasnik nekretnina i pravo građenja“, *Hrvatska pravna revija*, god. 11., br. 10, 2011.

11. Gavella, Nikola, „Građansko pravo i posebna pravna uređenja za određene vrste dobara“, *Zbornik Pravnoga fakulteta u Zagrebu*, vol. 62, br. 5-6, 2012.
12. Gavella, Nikola, „O posebnim pravnim uređenjima za pojedine vrste stvari kao sastavnim dijelovima stvarnopravnog uređenja“, *Stvarno pravo – posebna pravna uređenja*, Narodne novine, Zagreb, 2011.
13. Gavella, Nikola, *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb, 1998.
14. Gillet-Lorenzi, Emmanuelle, Traoré, Seydou, *Droit administratif des biens*, Centre National de la Fonction Publique Territoriale, Paris, 2007.
15. Gröpl, Christoph, Rupp, Martin, „State Assets (Public Ownership) in the Federal Republic of Germany“, *Ius Publicum Network Review*, br. 1, 2011., dostupno na: http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/10_03_2011_16_33_Groep1.pdf (11. VII. 2016.).
16. Grubišić, Mihaela, Nušinić, Mustafa, Roje, Gorana, „Prema učinkovitom upravljanju državnom imovinom“, *Financijska teorija i praksa*, vol. 33, br. 3, 2009.
17. Jelčić, Olga, „Prodaja, zakup i koncesije nekretnina u vlasništvu jedinica lokalne samouprave i Republike Hrvatske“, *12. forum poslovanja nekretninama: zbornik radova*, Zagreb, Hrvatska gospodarska komora, 2012., dostupno na: <http://www.agenti.hr/sadrzaj/info-agent/strukovni-forumi/forum-12/12-forum-Prodaja-zakup-koncesije-nekretnina-vlasnistvo-jed-lokalne-samouprave-i-RH.pdf> (11. VII. 2016.).
18. Josipović, Tatjana, „Posebni pravni režimi na nekretninama“, *Nekretnine u pravnom prometu*, Inženjerski biro, Zagreb, 2003.
19. Josipović, Tatjana, „Stvari u vlasništvu države i drugih osoba javnog prava (javno vlasništvo)“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 22, br. 1, 2001.
20. Jug, Jadranko, „Posebno stvarnopravno uređenje za vode i vodno dobro“, *Stvarno pravo – posebna stvarna uređenja*, Narodne novine, Zagreb, 2011.
21. Krbek, Ivo, *Osnovi upravnog prava FNRJ*, Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 1950.
22. Krbek, Ivo, *Pravo jugoslavenske javne uprave: funkcioniranje i upravni spor, III. knjiga*, Birozavod, Zagreb, 1962.
23. Latournerie, Marie-Aimée, „Problématique du droit des propriétés publiques en France“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 46, br. 1, 2009.
24. Lukačević-Subotić, Željka, „Uređenje instituta koncesije na pojedinim javnim dobrima u zakonodavstvu Republike Hrvatske s posebnim osvrtom na poljoprivredno zemljište u vlasništvu države“, *Hrvatska pravna revija*, god. 3, br. 3, 2003.
25. Ljubanović, Boris, „Vrednovanje javnih dobara – koncesije na ‘kulturnim dobrima’ kao ‘dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku’, s posebnim naglaskom na posebnosti tih koncesija“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 46, br. 1, 2009.
26. Negrut, Vasilica, „Special Domenial Regimes“, *Acta Universitatis Danubius: Juridica*, vol. 5, br. 1, 2009., dostupno na: <http://journals.univ-danubius.ro/index.php/juridica/article/view/186/177> (11. VII. 2016.).
27. Papier, Hans Jürgen, *Recht der Öffentlichen Sachen*, Walter de Gruyter, Berlin, 1977.

28. Perkušić, Ante, „Šume i šumska zemljišta – pretvorba prava vlasništva i upis u zemljišne knjige“, *Hrvatska pravna revija*, god. 4., br. 11, 2004.
29. Ude, Lojze, „Javno dobro“, *Socijalno partnerstvo*, vol. 22, br. 168-169, 1994.
30. Wolff, Hans J., Bachof, Otto, Stober, Rolf, *Verwaltungsrecht, Band 2*, Verlag C. H. Beck, München, 2000.

RÉSUMÉ:

CADRE JURIDIQUE RÉGISSANT L'UTILISATION DE CERTAINES FORMES D'ACTIFS FINANCIERS EN RÉPUBLIQUE DE CROATIE

Ce texte analyse le cadre juridique de l'utilisation de certains biens immobiliers appartenant à l'État croate, notamment les terres agricoles, les forêts, les terrains forestiers et les ressources hydriques. Ces biens représentent une part importante du territoire national et possèdent un grand potentiel économique, mais ils restent encore insuffisamment exploités. L'objectif principal est d'examiner si les procédures permettant de donner ces ressources à l'usage des entreprises et des particuliers sont suffisamment simples, rapides et efficaces, tout en garantissant la protection de l'intérêt public et le respect du développement durable. Le texte explique également la notion de patrimoine financier de l'État, c'est-à-dire des biens publics destinés à produire des revenus pour le budget national. Dans plusieurs pays européens, ces ressources sont considérées comme des instruments économiques importants permettant de financer les besoins publics sans augmenter la pression fiscale. En Croatie, les terres agricoles, les forêts et certains biens liés à l'eau peuvent être considérés comme faisant partie de ce patrimoine financier. L'analyse montre que la Croatie possède des ressources naturelles abondantes, mais qu'une grande partie de ces terrains reste inutilisée. Une meilleure gestion de ces biens pourrait favoriser le développement économique, créer de nouveaux emplois et augmenter les revenus publics. Cependant, les procédures administratives actuelles sont souvent complexes et peu efficaces. C'est pourquoi il est proposé de moderniser et simplifier le cadre juridique afin d'encourager une utilisation plus rationnelle et transparente des ressources naturelles, tout en assurant leur protection pour les générations futures.

Prof. dr. sc. Lana Ofak*

PRIMJENA NAČELA ZABRANE DISKRIMINACIJE U IZRADI OPĆENORMATIVNIH AKATA S POSEBNIM OSVRATOM NA UREĐIVANJE NOVČANE POMOĆI POVODOM ROĐENJA DJETETA

UDK: 342.7 : 369

DOI: 10.31141/zrpf.2023.60.148.367

Pregledni znanstveni rad

Primljeno: 10. 2. 2023.

Cilj je ovog rada istražiti način na koji se načelo zabrane diskriminacije primjenjuje u izradi općenormativnih akata. Načelo zabrane diskriminacije jedno je od glavnih elemenata vladavine prava. Zabrana diskriminacije propisana je Ustavom Republike Hrvatske, kao i relevantnim međunarodnim izvorima za zaštitu ljudskih prava. Svi propisi i općenormativni akti u Republici Hrvatskoj moraju biti usklađeni sa zahtjevima koje u sebi sadrži zabrana diskriminacije. Rad započinje upućivanjem na glavne pravne izvore zabrane diskriminacije u Republici Hrvatskoj (Ustav, Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda te na pravne izvore Europske unije). Navedeni pravni izvori međusobno će se usporediti i identificirati će se razlike u zaštiti koju pružaju od diskriminacije. Premda postoje i drugi značajni međunarodni ugovori koji također propisuju zabranu diskriminacije, zbog opširnosti teme oni neće biti razmatrani u ovom radu. Zbog jednakog razloga, rad se neće moći baviti svim vrstama (oblicima) diskriminacije, nego samo formalnom i materijalnom te izravnom i neizravnom diskriminacijom. Također će se pojasniti tzv. test diskriminacije kojim se ispituje postoje li moguća opravdanja različitog postupanja. U posljednjem dijelu rada analizirat će se odredbe općih akata pojedinih jedinica lokalne samouprave u kojima se na diskriminatoran način uređuje jednokratna novčana pomoć povodom rođenja djeteta. Ovo je područje odabrano imajući u vidu da se u radu pučke pravobraniteljice i specijaliziranih pravobraniteljica za ravnopravnost spolova i djecu svake godine rješavanju pritužbe roditelja koji se smatraju diskriminiranim s obzirom na pretpostavke koje jedinice lokalne samouprave propisuju za ostvarivanje tog prava.

Ključne riječi: *zabrana diskriminacije, opći akti jedinica lokalne samouprave, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Protokol br. 12 uz Konvenciju, Povelja temeljnih prava Europske unije, Zakon o suzbijanju diskriminacije, Zakon o roditeljskim i roditeljskim potporama, novčana pomoć povodom rođenja djeteta, pučki pravobranitelj, specijalizirani pravobranitelji za ravnopravnost spolova i djecu*

* Prof. dr. sc. Lana Ofak, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet, Trg Republike Hrvatske 14, 10000 Zagreb, lana.ofak@pravo.hr, lana.ofak@pravo.unizg.hr, ORCID ID: orcid.org/0000-0001-7585-6370.

1. UVOD

Vladavina prava univerzalna je vrijednost u svim demokratskim društvima. Ona je jedan od „tri stupa“ Vijeća Europe. U preambuli Statuta Vijeća Europe¹ vladavina prava navedena je kao jedno od triju načela na kojima se temelji svaka istinska demokracija, zajedno s osobnim slobodama i političkim slobodama. Osim toga, poštovanje načela vladavine prava preduvjet je za primanje u članstvo Vijeća Europe (članak 3. Statuta). Vladavina prava, sadržana u Preambuli i članku 2. Ugovora o Europskoj uniji,² jedna je od vrijednosti na kojima se Unija temelji. Uz vladavinu prava, navedene su vrijednosti poštovanja ljudskog dostojanstva, slobode, demokracije, jednakosti i poštovanja ljudskih prava, uključujući i prava pripadnika manjina. U članku 2. još je navedeno da su te vrijednosti zajedničke državama članicama u društvu u kojem prevladavaju pluralizam, nediskriminacija, tolerancija, pravda, solidarnost i jednakost žena i muškaraca. I Ustav Republike Hrvatske³ (dalje: Ustav) propisuje da je vladavina prava jedna od najviših vrednota ustavnog poretka Republike Hrvatske i temelj za tumačenje Ustava, uz slobodu, jednakost, nacionalnu ravnopravnost i ravnopravnost spolova, mirotvorstvo, socijalnu pravdu, poštovanje prava čovjeka, nepovredivost vlasništva, očuvanje prirode i čovjekova okoliša i demokratski višestranački sustav (članak 3.).

Iz navedenih pravnih izvora, ali i općenito na nacionalnoj i međunarodnoj razini, vidljivo je da su pravne norme koje se pozivaju na vladavinu prava vrlo općenite i ne određuju u detalje taj pojam.⁴ Nužne elemente vladavine prava, za koje se čini da bi mogao biti pronađen konsenzus, utvrdila je 2011. godine Europska komisija za demokraciju putem prava Vijeća Europe (dalje: Venecijanska komisija). Ti elementi jesu:

1. zakonitost, uključujući transparentan, odgovoran i demokratski proces donošenja zakona
2. pravna sigurnost ili pravna izvjesnost
3. zabrana arbitarnosti
4. pristup pravdi pred neovisnim i nepristranim sudovima, uključujući sudski nadzor administrativnih akata
5. poštovanje ljudskih prava i
6. zabrana diskriminacije i jednakost pred zakonom.⁵

Tumačenje pojma vladavine prava dao je Ustavni sud Republike Hrvatske u predmetu u kojem je odlučivao o suglasnosti pojedinih odredaba Zakona o

¹ NN – MU br. 8/1998. i 9/1998. – ispravak.

² SL C 202, 7.6.2016.

³ NN br. 56/90., 135/97., 113/00., 28/01., 76/10. i 5/14.

⁴ Omejec, J., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava*, Strasbourgski *acquis*, drugo dopunjeno izdanje, Novi informator, Zagreb 2014., str. 1086.

⁵ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Report on the Rule of Law – adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25-26 March 2011), CDL-AD(2011)003rev-e. Prijevod prema: Omejec, J., *op. cit.*, 1087.

Državnom sudbenom vijeću.⁶ U toj odluci⁷ Ustavni je sud utvrdio da vladavina prava sadrži i pitanje o općim obilježjima koje bi zakoni morali imati kako bi s vladavinom prava bili usklađeni odnosno da uključuje i zahtjeve koji se tiču sadržaja zakona.⁸ Premda se odluka odnosila na pitanje usklađenosti zakonskih odredaba s Ustavom, smatram da su pravna shvaćanja, koja su u njoj izražena, primjenjiva i na podzakonske općenormativne akte o kojima će biti riječ u ovom radu. To, samorazumljivo, proizlazi iz načela ustavnosti i zakonitosti sukladno kojemu u Republici Hrvatskoj zakoni moraju biti u suglasnosti s Ustavom, a ostali propisi i s Ustavom i sa zakonom (članak 4. stavak 1. Ustava). Drugim riječima, u pravnom poretku utemeljenom na vladavini prava prilikom izrade svakog općenormativnog akta (podzakonskog propisa) donositelj je dužan paziti na to da sadržaj tog akta bude usklađen sa zahtjevima vladavine prava, a jedan od zahtjeva vladavine prava jest zabrana diskriminacije i osiguranje jednakosti pred zakonom.

U tom kontekstu cilj je ovog rada istražiti primjenu načela zabrane diskriminacije u izradi općenormativnih akata na primjeru uređivanja jednokratne novčane potpore povodom rođenja djeteta u odredbama općih akata jedinica lokalne samouprave. To područje odabrano je imajući u vidu da je pitanje demografske revitalizacije jedno od strateških pitanja Republike Hrvatske. Roditeljske potpore jedan su od osnovnih instrumenata obiteljske politike koje omogućuju roditeljima njegu i podizanje novorođenog djeteta te pružanje adekvatne brige o djeci. Dostupnost potpora ima za cilj i lakše odlučivanje potencijalnih roditelja na zasnivanje ili proširivanje obitelji.⁹

Uređivanje roditeljskih potpora potpada pod nadležnost Hrvatskog sabora. Riječ je o uređivanju prava u vezi s porođajem, materinstvom i njegom djece (čl. 56. st. 2. Ustava)¹⁰ te ispunjavanju dužnosti države da štiti materinstvo i djecu te stvara uvjete

⁶ NN br. 58/93. i 49/99.

⁷ Odluka i rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske br.: U-I-659/1994, U-I-146/1996, U-I-228/1996, U-I-508/1996, U-I-589/1999 od 15. ožujka 2000.

⁸ Relevantni dijelovi Odluke:

„10. Ustavni sud pošao je od stajališta da vladavina prava, kao najviša vrednota ustavnog poretka Republike Hrvatske, sadrži i pitanje o općim obilježjima koje bi zakoni morali imati kako bi s vladavinom prava bili usklađeni. Sud utvrđuje da je za ocjenu ustavnosti osporavanog Zakona to pitanje najvažnije, zbog toga što se vladavina prava ne smije poistovjećivati samo za zahtjevom za zakonitošću postupanja tijela državne vlasti.

11. Premda pretpostavlja punu ustavnost i zakonitost u smislu članka 5. Ustava, vladavina prava više je od samog zahtjeva za postupanjem u skladu sa zakonom: ona uključuje i zahtjeve koji se tiču sadržaja zakona. Stoga vladavina prava sama po sebi ne može biti pravo u istom smislu u kojem su to zakoni koje donosi zakonodavac. Vladavina prava nije samo vladavina zakona, već vladavina po pravu koja – uz zahtjev za ustavnost i zakonitošću, kao najvažnijim načelom svakog uređenog pravnog poretka – sadrži i dopunske zahtjeve koji se tiču samih zakonâ i njihova sadržaja.

11.1. U tom smislu Sud osobito ističe da u pravnom poretku utemeljenom na vladavini prava zakoni moraju biti opći i jednaki za sve, a zakonske posljedice trebaju biti izvjesne za one na koje će se zakon primijeniti. Sud također napominje da zakonske posljedice moraju biti primjerene legitimnim očekivanjima stranaka u svakom konkretnom slučaju u kojem se zakon na njih neposredno primjenjuje.“

⁹ V. Vlada Republike Hrvatske, Prijedlog zakona o roditeljskim potporama, s Konačnim prijedlogom zakona, P.Z.E. br. 430, prosinac 2022., str. 2-6.

¹⁰ Čl. 57. st. 2. prema pročišćenom tekstu Ustava objavljenom u NN br. 85/10.

kojima se promiče ostvarivanje prava na dostojan život (čl. 62. Ustava).¹¹ Zakon koji se na to odnosi jest Zakon o roditeljskim potporama.¹² Međutim, uređivanje novčanih potpora povodom rođenja djeteta potpada i pod samoupravnim djelokrug poslova jedinica lokalne samouprave kojima se neposredno ostvaruju potrebe građana, pri čemu je briga o djeci jedan od poslova koji su posebno istaknuti (čl. 129.a Ustava).¹³ Tako Zakon o roditeljskim potporama propisuje da općina, grad, županija i Grad Zagreb općim aktima predstavničkog tijela mogu propisati način i uvjete za ostvarivanje prava roditelja i s njima izjednačenih osoba na novčanu pomoć u većem opsegu od propisanog ovim Zakonom ili pružanje pomoći u naravi (čl. 73. st. 1.). Kao svrha tih općih akata navodi se ista ona koja je propisana u članku 1. kao svrha Zakona, a riječ je o zaštiti materinstva, njezi novorođenog djeteta i njegovu podizanju, ravnopravnoj podjeli prava i obveza skrbi o djetetu između oba roditelja te usklađenosti obiteljskog i poslovnog života.

U ovom će se radu, na temelju godišnjih izvješća o radu Pučke pravobraniteljice, Pravobraniteljice za ravnopravnost spolova i Pravobraniteljice za djecu, istražiti pojavni oblici diskriminacije prilikom uređivanja tih potpora. Izvješća Pučke pravobraniteljice odabrana su imajući u vidu da, sukladno Zakonu o suzbijanju diskriminacije¹⁴ (dalje i: ZSD), pučki pravobranitelj obavlja poslove središnjeg tijela nadležnosti za suzbijanje diskriminacije (čl. 12. st. 1.). Dodatno su istraženi podaci i iz godišnjih izvješća Pravobraniteljice za ravnopravnost spolova i Pravobraniteljice za djecu, s obzirom na to da i posebni pravobranitelji obavljaju poslove vezane za suzbijanje diskriminacije iz njihove nadležnosti (čl. 13. ZSD-a).

Rad započinje upućivanjem na glavne pravne izvore zabrane diskriminacije u Republici Hrvatskoj (Ustav, Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda¹⁵ te na pravne izvore Europske unije). Navedeni pravni izvori međusobno će se usporediti te će se identificirati razlike u zaštiti koju pružaju od diskriminacije (poglavlje 2.). Premda postoje i drugi značajni međunarodni ugovori koji također propisuju zabranu diskriminacije, zbog opširnosti teme oni neće biti razmatrani u ovom radu. Zbog jednakog razloga, rad se neće moći baviti svim vrstama (oblicima) diskriminacije, nego samo formalnom i materijalnom te izravnom i neizravnom diskriminacijom. Također će se pojasniti tzv. test diskriminacije kojim se ispituje postoje li moguća opravdanja različitog postupanja (poglavlje 3.). U posljednjem dijelu rada analizirat će se odredbe općih akata pojedinih jedinica lokalne samouprave u kojima se na diskriminatoran način uređuje jednokratna novčana pomoć povodom rođenja djeteta (poglavlja 4. i 5.).

¹¹ Čl. 63. prema pročišćenom tekstu Ustava.

¹² NN br. 152/22.

¹³ Čl. 135. prema pročišćenom tekstu Ustava.

¹⁴ NN br. 85/08. i 112/12.

¹⁵ NN – MU br. 18/97., 6/99. – pročišćeni tekst, 8/99. – ispravak, 14/02., 1/06. i 13/17.

2. PRAVNI IZVORI ZABRANE DISKRIMINACIJE U REPUBLICI HRVATSKOJ

Ustav Republike Hrvatske, kao temeljni i najviši pravni izvor u hrvatskom pravnom sustavu, u članku 14. propisuje zabranu diskriminacije i jamstvo jednakosti pred zakonom. Svatko u Republici Hrvatskoj ima prava i slobode, neovisno o svojoj rasi, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju ili drugim osobinama (čl. 14. st. 1.). Svi su pred zakonom jednaki (čl. 14. st. 2.). Načelo zabrane diskriminacije zaštićeno je u svim važnim međunarodnim i regionalnim instrumentima za zaštitu ljudskih prava. Za Hrvatsku kao članicu Vijeća Europe i Europske unije važno je istaknuti da je zabrana diskriminacije propisana u Konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda¹⁶ (dalje: Europska konvencija ili Konvencija) te u Povelji Europske unije o temeljnim pravima¹⁷ (dalje: Povelja) koja ima jednaku pravnu snagu kao i Osnivački ugovori Europske unije. Osim toga, Hrvatska je ratificirala i Protokol br. 12 o općoj zabrani diskriminacije uz Europsku konvenciju.¹⁸ Premda postoje i drugi značajni međunarodni ugovori koji se, ovisno o mogućim različitim diskriminatorskim osnovama, mogu primjenjivati u pojedinim slučajevima – poput Konvencije Ujedinjenih naroda o ukidanju svih oblika diskriminacije žena¹⁹ ili Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i Fakultativnog protokola uz Konvenciju,²⁰ zbog opširnosti teme ti pravni izvori neće biti razmatrani u ovom radu.

Kao članicu Europske unije, Hrvatsku obvezuju i posebne antidiskriminacijske direktive koje jamče jednakost odnosno zabranjuju diskriminaciju s obzirom na

¹⁶ Članak 14. propisuje zabranu diskriminacije na sljedeći način: „Uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji osigurat će se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi, kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijed, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost.“

¹⁷ SL C 202, 7. 6. 2016. Članak 21. propisuje nediskriminaciju na sljedeći način: Zabranjuje se svaka diskriminacija na bilo kojoj osnovi kao što je spol, rasa, boja kože, etničko ili socijalno podrijetlo, genetske osobine, jezik, religija ili uvjerenje, političko ili bilo kakvo drugo mišljenje, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje, invaliditet, dob ili spolna orijentacija (st. 1.). Unutar područja primjene Ugovora i ne dovodeći u pitanje bilo koju njihovu posebnu odredbu, zabranjena je svaka diskriminacija na temelju državljanstva (st. 2.). Članak 20. propisuje jednakost svih pred zakonom.

¹⁸ NN – MU br. 14/02. Članak 1. Protokola br. 12 propisuje da će se uživanje svih prava određenih zakonom osigurati bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili drugi status (st. 1.). Nitko ne smije biti diskriminiran od strane javnih tijela na bilo kojoj osnovi kako je navedeno u stavku 1. (st. 2.).

¹⁹ Notifikacijom o sukcesiji (NN – MU br. 12/93.) Republika je Hrvatska od 8. listopada 1991. stranka Konvencije o ukidanju svih oblika diskriminacije prema ženama (New York, 18. prosinca 1979.), Službeni list SFRJ – MU br. 11/1981.

²⁰ NN – MU br. 6/07.

pojedine osnove te na područja diskriminacije.²¹ Osnovne antidiskriminacijske direktive prenesene su u Zakon o suzbijanju diskriminacije koji je stupio na snagu 1. siječnja 2009. godine te koji je jednom noveliran prije pristupanja Hrvatske Europskoj uniji. Odredbe kojima se zabranjuje diskriminatorno postupanje propisane su u brojnim zakonima koji se odnose na posebna pravna područja ili na posebne pravno zaštićene osnove. Potočnjak i Grgić naveli su popis od 36 zakona kojima se jamči jednako postupanje ili čak povoljnije postupanje pojedinim zaštićenim društvenim skupinama, odnosno predviđaju iznimke od zabranjene diskriminacije ili uređuju pojedina dodatna pitanja zabranjene diskriminacije.²²

Ako usporedimo zaštitu od diskriminacije koju pružaju različiti pravni izvori, vidljivo je da postoje određene razlike. Te se razlike mogu kategorizirati na sljedeći način: s obzirom na osobe koje su zaštićene, s obzirom na pravno zaštićene osnove te s obzirom na područja odnosno obuhvat zaštite.

3. RAZLIKE U PRAVNOM UREĐENJU ZABRANE DISKRIMINACIJE S OBZIROM NA OSOBE KOJE SU ZAŠTIĆENE

Svi glavni pravni izvori pružaju zaštitu od diskriminacije svakoj osobi. Tako propisuju Ustav Republike Hrvatske, Europska konvencija, Povelja Unije i Zakon o suzbijanju diskriminacije. Zaštita se pruža svim osobama neovisno o državlanskom statutu. To ne znači da se neka prava ne bi mogla ograničiti samo na državljane. Sukladno praksi Europskog suda za ljudska prava (dalje: Europski sud), različito je postupanje diskriminatorno ako nema objektivno i razumno opravdanje, to jest ako ne postoji legitiman cilj koji se nastoji postići različitim postupanjem ili ako ne postoji razuman odnos razmjernosti između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se želi postići. Štoviše, države ugovornice uživaju određeno područje slobodne prosudbe u procjeni opravdavaju li i u kojoj mjeri razlike, u situacijama koje su inače slične, različit tretman.²³ Međutim, morali bi postojati vrlo važni razlozi da

²¹ Primjerice, Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenoga 2000. o uspostavi okvira za jednak tretman na području zapošljavanja i odabira zvanja (SL L 303, 2. 12. 2000.), Direktiva Vijeća 2000/43/EZ od 29. lipnja 2000. o primjeni načela ravnopravnosti osoba bez obzira na njihovo rasno ili etničko podrijetlo (SL L 180, 19. 7. 2000.), Direktiva Vijeća 2004/113/EZ od 13. prosinca 2004. kojom se primjenjuje načelo ravnopravnosti muškaraca i žena u mogućnosti dobivanja i nabave roba, odnosno pružanja usluga (SL L 373/37, 21. 12. 2004.) i Direktiva 2006/54/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 5. srpnja 2006. o provedbi načela jednakih mogućnosti i jednakoga tretiranja muškaraca i žena u pitanjima zapošljavanja i obavljanja zanimanja (SL L 204/23, 26. 7. 2006.).

²² Potočnjak, Ž.; Grgić, A., *Odnos Zakona o suzbijanju diskriminacije s ustavom i drugim zakonima koji zabranjuju diskriminaciju*, u: Šimonović Einwalter (ur.), *Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije*, Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske, Zagreb 2009., str. 132.

²³ Detaljnije o testu diskriminacije u praksi Europskog suda v. Omejec, J., *op. cit.* (bilj. 4), str. 1332-1338. V. i poglavlje 3. ovog rada.

Europski sud odluči da je razlika u postupanju koja se temelji isključivo na temelju državljanstva u skladu s Konvencijom.²⁴

Određene posebnosti postoje u pravu Europske unije. Zabrana diskriminacije na osnovi državljanstva uspostavljena je u Osnivačkim ugovorima u samim počecima europskih integracija podupirući stvaranje unutarnjeg tržišta i slobode kretanja između država članica.²⁵ Članak 18. Ugovora o funkcioniranju Europske unije²⁶ (dalje: UFEU), u dijelu koji se odnosi na nediskriminaciju građana Unije, zabranjuje svaku diskriminaciju na temelju državljanstva unutar područja primjene Ugovorâ i ne dovodeći u pitanje bilo koju njihovu posebnu odredbu (st. 1.). Cilj je te odredbe osigurati poštovanje načela jednakog postupanja kako bi se omogućilo ostvarivanje slobodnog kretanja radnika kao jednog od najvažnijih prava koja su zajamčena pojedincima unutar Europske unije (čl. 45. UFEU-a). Sloboda kretanja radnika podrazumijeva ukidanje svake diskriminacije na temelju državljanstva među radnicima iz država članica u vezi sa zapošljavanjem, primicima od rada i ostalim uvjetima rada i zapošljavanja (čl. 45. st. 2.), s time da se odredbe tog članka ne primjenjuju na zapošljavanje u javnim službama (čl. 45. st. 4.). Iz prakse Suda Europske unije proizlazi da spomenuti članak 18. ima podrednu primjenu u situacijama kada ne postoji neko posebno pravilo (poput čl. 45.) ili kada je povezanost s pravom Europske unije manje očita.²⁷

Članak 18. također ovlašćuje Europski parlament i Vijeće da donose pravila za zabranu diskriminacije na temelju državljanstva, odlučujući u skladu s redovnim zakonodavnim postupkom (st. 2.). Na temelju te odredbe usvojena je Direktiva 2004/38/EZ o pravu građana Unije i članova njihovih obitelji na slobodno kretanje i boravište na području države članice²⁸ koja je prenesena u hrvatsko zakonodavstvo Zakonom o državljanima država članica Europskog gospodarskog prostora i članovima njihovih obitelji.²⁹ Članak 24. navedene Direktive jamči svim građanima Unije koji na temelju ove Direktive borave na području države članice domaćina pravo na jednako postupanje kao prema državljanima te države članice unutar okvira Ugovora (st. 1.). Ovo pravo proširuje se i na članove obitelji koji nisu državljani države članice, a imaju pravo boravišta ili stalnog boravišta (st. 2.).

Iako Povelja propisuje da se nediskriminacija odnosi na svakoga, ograničenje područja njezine primjene jest u tome što se Povelja primjenjuje na države članice

²⁴ V., primjerice, sljedeće predmete: *Gaygusuz v. Austria*, 17371/90, 16. rujna 1996. (§ 42.), *Koua Poirrez v. France*, 40892/98, 30. rujna 2003. (§ 46.) i *Andrejeva v. Latvia* [GC], 55707/00, 18. veljače 2009. (§ 87.).

²⁵ Favilli, C., Article 18. [Combating Discrimination Based on Nationality], u: Blanke, H.-J.; Mangiameli, S. (eds.), *Treaty on the Functioning of the European Union – A Commentary*, Volume I: Preamble, Articles 1-89, Springer, 2021., str. 453.

²⁶ SL C 202, 7. 6. 2016.

²⁷ Favilli, C., *op. cit.* (bilj. 25), str. 455. V. predmete: C-92/92 i C-326/92, *Phil Collins*, 20. listopada 1993., C-360/00, *Ricordi*, 6. lipnja 2002., C-28/04, *Tod's SPA and Tod's France*, 30. lipnja 2005., C-172/98, *Commission v Belgium*, 29. lipnja 1999., C-274/96, *Bickel and Franz*, 24. studenog 1998., C-224/00, *Commission v Italy*, 19. ožujka 2002.

²⁸ SL L 158, 30. 4. 2004, posebno izdanje na hrvatskom: poglavlje 05 svezak 002.

²⁹ NN br. 66/19., 53/20., 144/20. i 114/22.

samo kada provode pravo Unije (čl. 51. st. 1. Povelje). Poveljom se ne proširuje područje primjene prava Unije izvan ovlasti Unije, ne uspostavlja se nova ovlast ni zadaća za Uniju niti se mijenjaju ovlasti i zadaće kako su utvrđene Ugovorima (čl. 51. st. 2.).

U pogledu dosega primjene zabrane diskriminacije s obzirom na državljanstvo, nužno je istaknuti da se ona ne može proširiti na „sedentarne“ građane Unije odnosno na predmete koji nemaju nikakvu povezanost s pravom Unije jer oni ne potpadaju pod područje primjene Ugovora.³⁰ Predmeti koji se odnose na isključivo unutarnje situacije izvan su dosega primjene prava Unije te se na njih primjenjuje samo nacionalno pravo. Ako je nacionalno zakonodavstvo neke države članice manje povoljno od onoga što propisuje Unija, prema građanima te države koji ne ostvaruju slobodu kretanja postupat će se manje povoljno nego prema građanima koji su se koristili tom slobodom.³¹ Riječ je o pojavi koja se naziva obrnutom diskriminacijom (*reverse discrimination*, *Umkehrdiskriminierung*, *discrimination à rebours*), a definira se kao „diskriminacija domaćih državljana u odnosu na državljane drugih država članica zbog postojanja interne situacije i nemogućnosti pozivanja domaćih državljana na pravo EU-a“.³² Sud EU-a pristupa takvim situacijama tako da ih smješta pod primjenu nacionalnog prava jer ne postoji nikakva povezanost sa slobodom kretanja koja bi bila relevantna sa stajališta prava Unije.³³ Međutim, Sud EU-a istaknuo je da pravo Unije ne sprečava države članice da uklone takvu diskriminaciju proširujući primjenu pravila Unije čak i na situacije koje potpadaju pod isključivu nadležnost država članica. Ako države članice žele otkloniti pojave obrnute diskriminacije, one to slobodno mogu učiniti, premda pravo Unije od njih to ne zahtijeva.³⁴

Nadalje se postavlja pitanje odnosi li se zabrana diskriminacije s obzirom na državljanstvo samo na državljane država članica EU-a ili i na državljane trećih zemalja. Sukladno praksi Suda Europske unije, članak 18. UFEU-a odnosi se na građane Unije, a to je svaka osoba koja ima državljanstvo neke države članice (čl. 20. st. 1.), koji ostvaruju svoju slobodu kretanja unutar Unije.³⁵

Naposljetku, u pravu Unije postoje i razlike između različitih državljana trećih zemalja. One su posljedica činjenice da Unija sklapa međunarodne ugovore kojima se uređuju pitanja slobode kretanja i postupanja prema državljanima zemlje ugovornice, što dovodi do razlika u pravima koja im se dodjeljuju.³⁶ Poseban položaj imaju članovi obitelji građana Unije koji uživaju slobodu kretanja i boravka ovisno

³⁰ Favilli, C., *op. cit.* (bilj. 25), str. 461.

³¹ *Ibid.*, str. 461-462. V., primjerice, predmete C-332/90, Steen, 28 siječnja 1992., C-64/96 i C-65/96, Uecker i Jacquet, 5 lipnja 1997.

³² Struna – Hrvatsko strukovno nazivlje, <http://struna.ihjj.hr/naziv/obrnuta-diskriminacija/21759/> (pristup: 27. siječnja 2023.)

³³ Favilli, C., *op. cit.* (bilj. 25), str. 462.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*, str. 463., v., primjerice, predmete: C-22/08, Vatsouras, 4. lipnja 2009., C-291/09, Guarnieri, 7. travnja 2011., C-571/10, Kamberaj, 24. travnja 2012.

³⁶ *Ibid.*, str. 464.

o građaninu s kojim su povezani.³⁷ Pored toga, dodatna pravila kojima se osigurava jednako postupanje nalaze se u sljedećim direktivama: Direktiva 2003/109/EZ o statusu državljana trećih zemalja s dugotrajnim boravištem³⁸ (v. čl. 21. o postupanju u drugoj državi članici), Direktiva 2011/98/EU o tzv. jedinstvenoj dozvoli³⁹ (v. čl. 11. o pravima na temelju jedinstvene dozvole), Direktiva 2009/50/EZ o uvjetima za ulazak i boravak državljana trećih zemalja radi visokokvalificiranog zapošljavanja⁴⁰ (v. čl. 14. o jednakom postupanju) i Direktiva (EU) 2016/801 o uvjetima ulaska i boravka državljana trećih zemalja u svrhu istraživanja, studija, osposobljavanja, volonterstva, razmjene učenika ili obrazovnih projekata i obavljanja poslova *au pair* (preinaka)⁴¹ (v. čl. 22. o jednakom postupanju).

Možemo zaključiti da doista postoje značaje posebnosti u pravu Unije koje ograničavaju doseg primjene zabrane diskriminacije kada je riječ o isključivo unutarnjim situacijama te u odnosu na državljane trećih zemalja čiji položaj ovisi o tome potpadaju li i u kojem opsegu pod primjenu neke odredbe prava Unije. U tom smislu pravo Unije može pružati užu zaštitu nego što je to slučaj s ostalim pravnim izvorima.

2.1. Razlike u pravnom uređenju zabrane diskriminacije s obzirom na pravno zaštićene osnove

Kada usporedimo pravno zaštićene osnove odnosno osnove po kojima se zabranjuje diskriminacija, vidljivo je da se osnove koje su propisane u Ustavu, Europskoj konvenciji i Povelji donekle razlikuju, ali u suštini to nema posebnog značaja jer se osnove navode kao primjer. Riječ je o otvorenoj listi osnova te su moguće i druge diskriminatorne osnove koje nisu izrijeком propisane. Međutim, zakonodavac je u ZSD-u diskriminatorne osnove propisao taksativno. Omejec je upozorila da je odabir takve zakonske tehnike propust jer nije u skladu s praksom Europskog suda za ljudska prava.⁴² Također je istaknula da takav propust nema nikakvo supstancijalno značenje u ustavnom smislu jer Ustav upućuje na otvorenu listu mogućih diskriminatornih osnova neovisno o njihovu zakonskom određenju.⁴³ Nažalost, ovaj propust nije bio ispravljen prilikom novele ZSD-a 2012. godine.

Selanec i Šimonović Einwalter ističu da, s obzirom na velik broj mogućih diskriminatornih osnova, razumljivo postoji potreba za određenom hijerarhijom

³⁷ V. spomenutu Direktivu 2004/38/EZ o pravu građana Unije i članova njihovih obitelji na slobodno kretanje i boravište na području države članice, op. cit. (bilj. 28).

³⁸ SL L 16, 23. 1.2004, posebno izdanje na hrvatskom: poglavlje 19 svezak 006.

³⁹ SL L 343, 23. 12. 2011, posebno izdanje na hrvatskom: poglavlje 05 svezak 006. Puni je naziv Direktiva 2011/98/EU o jedinstvenom postupku obrade zahtjeva za izdavanje jedinstvene dozvole za boravak i rad državljanima trećih zemalja na državnom području države članice te o zajedničkom skupu prava za radnike iz trećih zemalja koji zakonito borave u državi članici.

⁴⁰ SL L 155, 18. 6. 2009, posebno izdanje na hrvatskom: poglavlje 19 svezak 011.

⁴¹ SL L 132, 21. 5. 2016.

⁴² Omejec, J., *Zabrana diskriminacije u praksi Europskog suda za ljudska prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 59, No. 5, 2009., str. 885.

⁴³ *Ibid.*, str. 885-886.

između njih koja proizlazi iz činjenice da je razlikovanje u postupanju prema različitim skupinama osoba neophodan dio političkog i pravnog uređenja društvenih odnosa.⁴⁴ Objašnjavajući pristup Europskog suda, Omejec pojašnjava da Europski sud priznaje određenim „osjetljivim“ skupinama viši stupanj sudske provjere nego „običnim“ slučajevima diskriminacije na način da se za njih traže ozbiljniji i temeljitiji razlozi kojima bi se opravdalo različito postupanje prema njima.⁴⁵ Na državi je u takvim slučajevima teži teret dokazivanja da je različito postupanje bilo opravdano. Riječ je o sljedećim zaštićenim osnovama: rasa, spol, vjeroispovijed, državljanstvo, seksualna orijentacija i rođenje (je li dijete rođeno u braku ili izvan braka).⁴⁶

Posebnosti u vezi sa zaštićenim osnovama postoje u pravu Europske unije. Ravnopravnost žena i muškaraca jedno je od temeljnih načela EU-a od 1957. godine kada je načelo jednake plaće za jednak rad postalo dio Ugovora iz Rima. U članku 119. Ugovora o Europskoj ekonomskoj zajednici bila je propisana odredba o obvezi država članica da osiguraju jednake plaće za jednak rad bez obzira na spol. S druge strane, nije postojala odredba o ravnopravnosti spolova usporediva s današnjim člankom 8. UFEU-a prema kojemu u svim svojim aktivnostima Unija teži uklanjanju nejednakosti i promicanju ravnopravnosti između muškaraca i žena. Umjesto toga, jednakost je pokrivala samo jednaku plaću za jednak rad. Tek je Ugovorom iz Amsterdama iz 1997.⁴⁷ takva opća odredba o promicanju ravnopravnosti između muškaraca i žena unesena u Ugovor o EZ-u (tadašnji članak 3. stavak 2.). No i prije toga, kroz praksu Suda EU-a ravnopravnost spolova unutar Unije objašnjavala se razlozima zaštite ljudskih prava, a ne pukim ekonomskim razlozima.⁴⁸

U pogledu ostalih zaštićenih osnova, Vasiljević objašnjava da je značajan utjecaj na širenje europskog antidiskriminacijskog prava imalo usvajanje članka 13. Ugovora o EZ-u (također Ugovorom iz Amsterdama) koji je, iako nema izravan učinak, omogućio donošenje direktiva za borbu protiv diskriminacije na osnovi rasnog ili etničkog podrijetla, dobi, invaliditeta, vjere i seksualne orijentacije, a ne samo s obzirom na državljanstvo i spol.⁴⁹ Danas je riječ o članku 19. Ugovora o

⁴⁴ Selanec, G.; Šimonović Einwalter, T., *Opseg i doseg Zakona o suzbijanju diskriminacije*, u: Šimonović Einwalter, T. (ur.), *Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije*, Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske, Zagreb 2009., str. 22.

⁴⁵ Omejec, J., *op. cit.* (bilj. 4), str. 1329.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ SL C 340, 10. 11. 1997.

⁴⁸ Flóven, B. G., *Article 8 [Equal Treatment, Equality Between Men and Women]*, u: Blanke, H.-J.; Mangiameli, S. (eds.), *Treaty on the Functioning of the European Union – A Commentary*, Volume I: Preamble, Articles 1-89, Springer, 2021., str. 262.

⁴⁹ Vasiljević, S.; Vinković, M., *Temeljna prava i zabrana diskriminacije u praksi europskih i nacionalnih sudova*, Narodne novine, Zagreb 2019., str. 80. V. i Horvat, Ana, *Novi standardi hrvatskoga i europskoga antidiskriminacijskog zakonodavstva*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 58, No. 6, 2008., str. 1453-1498.

funkcioniranju Europske unije⁵⁰ koji daje ovlast Vijeću da suzbija diskriminaciju, ali izriekom ne uspostavlja zabranu diskriminacije. Pored toga, zaštićene osnove propisane su taksativno što znači da je riječ o zatvorenoj listi osnova koju nije moguće proširivati.⁵¹ Zbog jednostavnijeg usporednog prikaza, tablica 1. prikazuje stanje europskog zakonodavstva na dan 31. siječnja 2023. (datum završetka pisanja ovog rada) s obzirom na zaštićene osnove i mjerodavne direktive koje se na njih odnose.

Tablica 1.
Antidiskriminacijske direktive – usporedni prikaz

Zaštićena osnova	Mjerodavne direktive
Spol	– Direktiva 2006/54/EZ o provedbi načela jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima zapošljavanja i rada – Direktiva 92/85/EEZ o uvođenju mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja na radu trudnih radnica te radnica koje su nedavno rodile ili doje – Direktiva 2019/1158 o ravnoteži između poslovnog i privatnog života roditelja i pružatelja skrbi – Direktiva 2004/113/EZ o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pristupu i nabavi robe, odnosno pružanju usluga – Direktiva 2010/41/EU o primjeni načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama koji su samozaposleni – Direktiva od 19. prosinca 1978. o postupnoj provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima socijalne sigurnosti
Rasno ili etničko podrijetlo	– Direktiva 2000/43/EZ o provedbi načela jednakog postupanja prema osobama bez obzira na njihovo rasno ili etničko podrijetlo

⁵⁰ Članak 19. UFEU-a glasi:

1. Ne dovodeći u pitanje ostale odredbe Ugovorâ, Vijeće može u okviru nadležnosti koje su Ugovorima dodijeljene Uniji, odlučujući jednoglasno u skladu s posebnim zakonodavnim postupkom i uz prethodnu suglasnost Europskog parlamenta, poduzeti odgovarajuće radnje radi suzbijanja diskriminacije na temelju spola, rasnog ili etničkog podrijetla, vjere ili uvjerenja, invaliditeta, dobi ili spolne orijentacije.

2. Odstupajući od stavka 1., Europski parlament i Vijeće odlučujući u skladu s redovnim zakonodavnim postupkom mogu usvojiti temeljna načela za poticajne mjere Unije, isključujući svako usklađivanje zakona i propisa država članica, da bi poduprli djelovanje država članica u ostvarivanju ciljeva iz stavka 1.

⁵¹ Favilli, C., *Article 19 [Combating Discrimination Based on Other Grounds]*, u: Blanke, H.-J.; Mangiameli, S. (eds.), *Treaty on the Functioning of the European Union – A Commentary*, Volume I: Preamble, Articles 1-89, Springer, 2021., str. 471.

Zaštićena osnova	Mjerodavne direktive
Dob Invaliditet Vjera ili uvjerenje Seksualna orijentacija	– Direktiva 2000/78/EZ od 27. studenoga 2000. o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja

2.3. Razlike u pravnom uređenju zabrane diskriminacije s obzirom na područja odnosno obuhvat zaštite

U pogledu obuhvata pravne zaštite koju jamče pojedini pravni izvori postoje značajne razlike. Članak 14. Konvencije zabranjuje diskriminaciju u uživanju prava i sloboda priznatih u samoj Konvenciji. Kako objašnjava Omejec, članak 14. Konvencije nema samostalnu egzistenciju odnosno ne postoji pravna mogućnost da u postupku pred Europskim sudom bude utvrđena samostalna povreda zabrane diskriminacije.⁵² Zabrana diskriminacije ima instrumentalni karakter, jer je područje njezine primjene ograničeno na materijalna konvencijska prava uređena u člancima

2. – 13. Konvencije i u mjerodavnim odredbama pripadajućih protokola.⁵³ Ipak, kako ističe Omejec, postoji određeni aspekt autonomnosti članka 14. jer Europski sud priznaje mogućnost da dođe do povrede zabrane diskriminacije u vezi s određenim konvencijskim pravom unatoč tome što prethodno nije pronašao povredu tog materijalnog konvencijskog prava.⁵⁴

Protokol br. 12 uz Konvenciju u bitnome je proširio opseg zabrane diskriminacije u odnosu na članak 14. Konvencije. Članak 1. st. 1. Protokola br. 12 jamči uživanje svih prava određenih zakonom bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili drugi status. Međutim, ta se odredba ne smije shvatiti doslovno (preusko) na način da se jedino odnosi na prava određena zakonom, a ne i na neka druga postupanja javnopravnih tijela. U predmetu *Savez crkava „Riječ života“ i drugi protiv Hrvatske* Europski je sud utvrdio da to osobito slijedi iz članka 1. stavka 2. koji propisuje da tijela javne vlasti ne smiju nikoga diskriminirati na bilo kojoj osnovi iz prethodnog stavka. U svojoj je presudi Europski sud citirao Izvješće s objašnjenjima uz Protokol br. 12., prema kojemu se opseg zaštite od diskriminacije iz članka 1. odnosi na sljedeće slučajeve:

1. uživanje svakog prava koje je izrijeком priznato pojedincu u domaćem pravu države stranke

⁵² Omejec, J., *op. cit.* (bilj. 42), str. 886.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Omejec, J., *op. cit.* (bilj. 4), str. 1298.

2. uživanje prava koje može izvirati iz neke jasne obveze javne vlasti na temelju domaćeg prava, kad je javna vlast obvezna po nacionalnom pravu ponašati se na neki određeni način
3. kad javna vlast ima diskrecijsko pravo odlučivanja (primjerice kad odobrava subvencije)
4. kod bilo kojeg drugog postupanja ili propuštanja postupanja javne vlasti (primjerice kad pripadnici snaga reda kontroliraju nereda).⁵⁵

Ustav Republike Hrvatske u pogledu obuhvata zaštite propisuje da se odnosi na prava i slobode. S obzirom na to da je Hrvatska ratificirala Protokol br. 12, nužno je tumačiti pojam prava i slobode u skladu s prethodno spomenutom praksom Europskog suda, a ne ga ograničiti samo na ona prava i slobode koje jamči Ustav.

Zakon o suzbijanju diskriminacije ima širok doseg primjene jer se odnosi na sve pravne subjekte, čak i na privatnopravne, a ne samo na tijela javne vlasti.⁵⁶ Osim toga, odnosi se na sva područja društvenog života, s time da se posebna pažnja treba posvetiti onim područjima koja su izričito nabrojana pod 10 točaka.⁵⁷

Što se tiče prava Europske unije, različite antidiskriminacijske direktive imaju različita područja primjene odnosno različit obuhvat pravne zaštite koju pružaju. Najšira je zaštita na temelju rase i etničke pripadnosti te obuhvaća pristup zapošljavanju, sustavima socijalne skrbi te robi i uslugama, a na ostale zaštićene osnove zabrana diskriminacije primjenjuje se samo u određenim područjima. Zbog jednostavnijeg prikaza, tablica 2. sažeto prikazuje obuhvat pravne zaštite predviđen u mjerodavnim direktivama iz tablice 1. Za detaljnije informacije, koje nadilaze ovaj rad, potrebno je sagledati odredbe mjerodavnih direktiva i relevantnu praksu Suda EU-a u pogledu njihove primjene.⁵⁸

⁵⁵ *Ibid.*, str. 1311.; Savez crkava „Riječ života” and Others v. Croatia, 7798/08, 9. prosinca 2010. (§ 104.).

⁵⁶ Članak 8. ZSD-a propisuje da se ovaj Zakon primjenjuje na postupanje svih državnih tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravne osobe s javnim ovlastima te na postupanje svih pravnih i fizičkih osoba.

⁵⁷ Članak 8. osobito navodi sljedeća područja: 1. rada i radnih uvjeta; mogućnosti obavljanja samostalne ili nesamostalne djelatnosti, uključujući kriterije za odabir i uvjete pri zapošljavanju te napredovanju; pristup svim vrstama profesionalnog usmjeravanja, stručnog osposobljavanja i usavršavanja te prekvalifikacije, 2. obrazovanja, znanosti i športa, 3. socijalne sigurnosti, uključujući i područje socijalne skrbi, mirovinskog i zdravstvenog osiguranja te osiguranja za slučaj nezaposlenosti, 4. zdravstvene zaštite, 5. pravosuđa i uprave, 6. stanovanja, 7. javnog informiranja i medija, 8. pristupa dobrima i uslugama te pružanju istih, 9. članstva i djelovanja u sindikatima, organizacijama civilnoga društva, političkim strankama ili bilo kojim drugim organizacijama, 10. sudjelovanja u kulturnom i umjetničkom stvaralaštvu.

⁵⁸ V. primjerice, Vasiljević, S.; Vinković, M., *op. cit.* (bilj. 49) i Potočnjak, Ž.; Grgurev, I.; Grgić, A., *Perspektive antidiskriminacijskog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2014. Regulatorna područja pojedinih antidiskriminacijskih direktiva prikazana su u radu: Selanec, G.; Šimonović Einwalter, T., *op. cit.* (bilj. 44), str. 24-25. Relevantna praksa Suda EU-a sadržana je u: European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European non-discrimination law – 2018 edition*, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2018., https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_en.pdf (pristup: 31. siječnja 2023.).

Tablica 2.
Područja pravne zaštite na temelju antidiskriminacijskih direktiva

Zaštićena osnova	Područja pravne zaštite
Spol	Pristup zapošljavanju (postupak odabira) Radni uvjeti, uključujući plaću i otkaz Strukovne mirovine Strukovno osposobljavanje Pristup samozaposlenju i drugim oblicima rada Socijalna sigurnost Pristup robama i uslugama te nabava robe i pružanje usluga
Rasno ili etničko podrijetlo	Pristup zapošljavanju (postupak odabira) Radni uvjeti, uključujući plaću i otkaz Strukovne mirovine Strukovno osposobljavanje Pristup samozaposlenju i drugim oblicima rada Socijalna zaštita (uključujući socijalnu sigurnost i zdravstvenu skrb) Obrazovanje Pristup robama i uslugama te nabava robe i pružanje usluga, uključujući stanovanje
Vjera ili uvjerenje, invalidnost, dob ili spolna orijentacija	Pristup zapošljavanju Radni uvjeti, uključujući plaću i otkaz Strukovne mirovine Strukovno osposobljavanje Pristup samozaposlenju i drugim oblicima rada

3. VRSTE (OBLICI) DISKRIMINACIJE I MOGUĆA OPRAVDANJA RAZLIČITOG POSTUPANJA

Potočnjak i Grgić objašnjavaju da postoje tri konstitutivna elementa diskriminacije: (1) razlikovanje osoba u usporedivoj situaciji, (2) koje razlikovanje polazi od zabranjenih (zaštićenih) osnova (osobina po kojima je zabranjeno razlikovati pravne subjekte), (3) a za takvo razlikovanje ne postoji na pravu utemeljeno opravdanje.⁵⁹ Takvo poimanje konstitutivnih elemenata diskriminacije prihvaćeno je u praksi europskih sudova, a proizlazi iz ZSD-a.⁶⁰

⁵⁹ Potočnjak, Ž.; Grgić, A., *Osnovni pojmovi i koncepcije o zabrani diskriminacije u radnom pravu*, u: Potočnjak, Ž.; Grgurev, I.; Grgić, A., *op. cit.* (bilj. 58), str. 6.

⁶⁰ Šimonović Einwalter, T., *Antidiskriminacijsko pravo i Zakon o suzbijanju diskriminacije*, u: Šimonović Einwalter, T. (ur.), *Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije*, Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske, Zagreb 2009., str. 10.

Diskriminacija se može očitovati na više načina. Prema shvaćanju Europskog suda, vladavina prava znači da su sva ljudska bića jednaka pred zakonom, u svojim pravima i u svojim dužnostima, uz uvažavanje njihovih različitosti.⁶¹ Omejec pojašnjava da postoje dva konceptijska pristupa jednakosti koja su zastupljena, kako u nacionalnim pravima, tako i u međunarodnom pravu, a to su formalna (pravna) jednakost i materijalna (supstancijalna) jednakost. Njihova povreda dovodi do formalne odnosno materijalne diskriminacije.⁶² Formalna jednakost zahtijeva da se prema pojedincima u jednakim situacijama mora postupati jednako, a materijalna jednakost zahtijeva da se prema pojedincima u različitim situacijama postupi različito. Europski sud izrijeком prihvaća da pod konvencijsku zaštitu potpada ne samo zaštita od formalne diskriminacije (nejednako postupanje prema jednakima) nego i od materijalne diskriminacije (jednako postupanje prema nejednakima).⁶³

Nadalje, i u nacionalnim pravima, i prema praksi europskih sudova, zabranjene su i izravna i neizravna diskriminacija. Izravna diskriminacija jest manje povoljno ili štetno postupanje prema pojedincu ili skupini pojedinaca na osnovi diskriminatornih osnova.⁶⁴ Moguća je i diskriminacija na temelju povezanosti (tzv. asocijativna diskriminacija). Diskriminacija temeljem povezanosti događa se kada žrtva diskriminacije sama nema zaštićeno obilježje, ali se prema njoj nepovoljno postupi zbog povezanosti s osobom koja ima zaštićeno obilježje.⁶⁵ Također je zabranjena i diskriminacija temeljem (pogrešne) predodžbe do koje dolazi zbog predodžbe o nekoj osobi koja može, ali ne mora biti točna.⁶⁶

Izravna diskriminacija moguća je i u prethodno opisanom slučaju materijalne diskriminacije, kada se prema osobama u različitim situacijama postupi jednako, a za takvu razliku u postupanju ne postoji objektivno opravdanje.

Za razliku od izravne diskriminacije, neizravna diskriminacija događa se kada neutralno pravilo, kriterij ili praksa nepovoljnije utječe na osobe definirane pravno zaštićenom osnovom u odnosu na ostale u sličnoj (usporedivoj) situaciji.⁶⁷ Skupina osoba u nepovoljnijem položaju ne mora se sastojati isključivo od osoba koje posjeduju zaštićena svojstva. Moguće je da se nepovoljno utječe i na neke druge osobe, ali nerazmjerno nepovoljno mora biti pogođena zaštićena skupina.⁶⁸ Pri dokazivanju nepovoljnog utjecaja važnu ulogu mogu imati statistički podaci kako bi se pokazalo da su učinci neutralnih pravila i praksi nerazmjerno nepovoljni prema zaštićenoj skupini. Prilikom razmatranja statističkih dokaza sudska praksa nije

⁶¹ Omejec, J., *op. cit.* (bilj. 4), str. 1315.

⁶² *Ibid.*, str. 1316.

⁶³ *Ibid.*, str. 1316-1317.

⁶⁴ Omejec, J., *op. cit.* (bilj. 4), str. 1319.

⁶⁵ Primjer je slučaj pred Europskim sudom Guberina protiv Hrvatske (23682/13, 22. ožujka 2016.) gdje je bila riječ o diskriminaciji po osnovi invaliditeta sina podnositelja zahtjeva.

⁶⁶ Selanec, G.; Šimonović Einwalter, T., *op. cit.* (bilj. 44), str. 27.

⁶⁷ V. Omejec, J., *op. cit.* (bilj. 4), str. 1319.; Selanec, G., *Oblici diskriminacije*, u: Šimonović Einwalter, T. (ur.), *Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije*, Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske, Zagreb 2009., str. 38-39.

⁶⁸ European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *op. cit.* (bilj. 58), str. 58.

utvrdila neki strogo određeni prag kojim bi se trebalo dokazati postojanje neizravne diskriminacije.⁶⁹ Osim toga, moguće je dokazati da je pravno zaštićena skupina nerazmjerno pogođena čak i u slučaju kada statistički podaci nisu dostupni.⁷⁰

Važno je napomenuti da namjera da se neko diskriminira nije bitan element postojanja diskriminacije.⁷¹ U pravu EU-a te u praksi Europskog suda za ljudska prava ne traži se namjera kao konstitutivni element ni izravne, ni neizravne diskriminacije. Postojanje predrasuda ili namjere diskriminacije nisu od značaja za utvrđivanje je li „test diskriminacije“ zadovoljen.⁷²

Kao što je već navedeno, različito postupanje neće biti diskriminatorno ako ima na pravu utemeljeno opravdanje. U pravu EU-a opravdanju diskriminacije pristupa se drugačije od načina na koji to čini Europski sud. Međutim, ta su dva sustava sadržajno vrlo slična, budući da oba uključuju procjenu legitimnosti cilja kojemu se teži i razmjernosti sredstava koja su upotrijebljena za postizanje tog cilja.⁷³

Prilikom ispitivanja diskriminacije, nakon što utvrdi postojanje razlike u postupanju, teret dokaza prebacuje se na tuženu državu koja takvo različito postupanje mora opravdati objektivnim razlozima koji se ne temelje na zabranjenoj osnovi.⁷⁴ Kako pojašnjava Omejec, koraci su u testu sljedeći:

1. Postoji li objektivno i razumno opravdanje za različito postupanje?
2. Je li različito postupanje uvjetovano težnjom za ostvarenjem legitimnog cilja?
3. Jesu li sredstva koja su pritom primijenjena razumno razmjerna legitimnom cilju odnosno snosi li podnositelj zahtjeva nerazmjernan teret zbog poduzete mjere?
4. Premašuje li razlika u postupanju područje slobodne prosudbe država stranaka?⁷⁵

U tom smislu razlika u postupanju bit će diskriminatorna ako nema objektivno i razumno opravdanje odnosno ako ne postiže legitiman cilj ili ako ne postoji razuman odnos razmjernosti između poduzetih mjera i legitimnog cilja koji se nastoji postići. Europski sud priznaje generalno formulirana opravdanja različitog postupanja (legitimni cilj). U pravilu države nemaju poteškoća u dokazivanju da je razlika u postupanju bila uvjetovana težnjom da se postigne neki legitiman cilj.⁷⁶ Što se tiče područja slobodne prosudbe, ono je uže u predmetima koji se tiču razlika na osjetljivim diskriminatornim osnovama kao što su spol ili državljanstvo. Omejec navodi da Europski sud u svojoj novijoj praksi u pravilu pretpostavlja da su određene

⁶⁹ *Ibid.*, str. 242.

⁷⁰ V. predmet Oršuš i drugi protiv Hrvatske, 15766/03, 16. ožujka 2010., koji se odnosio na odvojene razrede za romsku djecu.

⁷¹ Potočnjak Ž.; Grgić, A., *op. cit.* (bilj. 22), str. 130.

⁷² European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *op. cit.* (bilj. 58), str. 239-241.

⁷³ *Ibid.*, *op. cit.*, str. 92.

⁷⁴ V. Omejec, J., *op. cit.* (bilj. 4), str. 1331.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Ibid.*, str. 1333.

vrste različitog postupanja *a priori* diskriminatorne, primjerice one utemeljene na spolu, vjeri ili rođenju, ako utvrdi da su protivne glavnim prioritetima europske socijalne politike.⁷⁷ U nekim područjima, poput sustava socijalne sigurnosti, država može uživati široko područje slobodne prosudbe, ali to ne znači da država ima apsolutnu diskreciju ili arbitrarnu moć.⁷⁸

Kad je riječ o mogućim opravdanjima različitog postupanja, u pravu EU-a i ovdje postoje određene posebnosti. Kod izravne diskriminacije, pravo EU-a dopušta samo specifično ograničene iznimke. Izravna diskriminacija može se opravdati samo u svrhu postizanja ciljeva koji su izričito navedeni u pojedinim antidiskriminacijskim direktivama.⁷⁹ Riječ je o iznimkama koje se odnose na stvarni kriterij zaposlenja (stvarni uvjet obavljanja posla), na vjerske institucije i na diskriminaciju na temelju dobi. S druge strane, za opravdanje različitog postupanja u kontekstu neizravne diskriminacije nema takvih ograničenja u pogledu dokazivanja legitimnosti cilja.⁸⁰

4. POVREDA NAČELA ZABRANE DISKRIMINACIJE NA POJEDINIM PRIMJERIMA OPĆIH AKATA JEDINICA LOKALNE SAMOUPRAVE

O problemu uređivanja novčanih potpora na razini jedinica lokalne samouprave koje se odnose na ublažavanje demografskih izazova, Pučka pravobraniteljica izvještava u svojim godišnjim izvješćima od 2018. godine nadalje. U izvješću za 2018. godinu istaknuto je da različite mjere koje jedinice lokalne samouprave uvode, poput potpora za novorođenčad, sufinanciranja školskih udžbenika i javnog prijevoza, stipendija za učenike i studente, ovise o njihovim financijskim kapacitetima, što dodatno produbljuje razlike između razvijenijih i nerazvijenih jedinica koje ne mogu pružiti sličnu razinu socijalne zaštite.⁸¹ Predmetima koji su se odnosili na diskriminatorne odredbe u općim aktima jedinica lokalne samouprave bavile su se i Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova i Pravobraniteljica za djecu, s obzirom na to da je riječ i o slučajevima diskriminacije iz njihove nadležnosti.

⁷⁷ *Ibid.*, str. 1336.

⁷⁸ *Ibid.*, str. 1336-1337.

⁷⁹ European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *op. cit.* (bilj. 58), str. 96-108.

⁸⁰ *Ibid.*, str. 92. i 94-96.

⁸¹ Izvješće pučke pravobraniteljice za 2018. godinu, ožujak 2019., str. 138. V. i Berc, G.; Blažeka Kokorić, S.; Opačić, A., *Dostupnost socijalnih prava i usluga za obitelji u općinama u ruralnim područjima Hrvatske*, Revija za socijalnu politiku, Vol. 27 No. 2, 2020., str. 113-134.

4.1. Obrazovanje i društveni položaj roditelja kao zapreka za ostvarivanje prava

U svom izvješću za 2020. godinu Pučka pravobraniteljica je kao ekstremni primjer diskriminacije temeljem obrazovanja, ali i višestruke diskriminacije, navela Odluku Općine Drnje o jednokratnoj novčanoj potpori povodom rođenja djeteta.⁸² Njome je propisano da to pravo ostvaruju roditelji s prebivalištem u Općini, koji nisu kažnjavani⁸³ niti se protiv njih vodi kazneni postupak, uz uvjet završene najmanje osnovne škole. Kako navodi Pučka pravobraniteljica, onemogućujući ostvarivanje prava na ovu pomoć osobama koje nemaju završenu osnovnu školu, izravno ih se diskriminira temeljem obrazovanja. Međutim, kako je riječ o općini sa značajnim brojem Roma koji u iznadprosječnom postotku nemaju završenu osnovnu školu, ovo je i primjer neizravne diskriminacije temeljem etniciteta.⁸⁴ U rješavanju ovog predmeta sudjelovala je i Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova. Pravobraniteljica je ukazala na nepovoljniji položaj žena Romkinja koje su izložene riziku višestruke diskriminacije (temeljem spola i etničke pripadnosti, a u konkretnom slučaju potencijalno i temeljem obrazovanja i društvenog položaja).⁸⁵ Također je navela da uvjetovanje obrazovnog statusa roditelja, ali i njihova društvenog položaja, kao pretpostavke za odobravanje prava na jednokratnu novčanu potporu za novorođeno dijete svakako dovodi takvu djecu u nepovoljniji položaj, koji je uvjetovan činjenicom njihova obiteljskog statusa.⁸⁶

U izvješću za 2021. Pučka pravobraniteljica izvijestila je kako se, unatoč poslanim upozorenjima zbog utvrđene sumnje na diskriminaciju temeljem obrazovanja, bračnog i obiteljskog statusa, društvenog položaja i temeljem rase ili etničke pripadnosti ili boje kože, u Općini Drnje i dalje onemogućava ostvarivanje prava na jednokratnu novčanu potporu povodom rođenja djeteta temeljem nekih od diskriminatornih kriterija. Naime, nakon upozorenja, Odluka je samo djelomično izmijenjena tako da potpora za novorođeno dijete i dalje nije dostupna ako je jedan od roditelja kažnjavan ili se protiv njega vodi kazneni postupak.⁸⁷ Također su diskriminatorni kriteriji koji se odnose na bračni ili obiteljski status djeteta s obzirom na to da, sukladno Odluci, oba roditelja moraju ispunjavati propisane pretpostavke,

⁸² Odluku o jednokratnoj novčanoj potpori povodom rođenja djeteta donijelo je Općinsko vijeće Općine Drnje na sjednici održanoj 18. prosinca 2018. (Klasa: 551/06/08-01/03, Urbroj: 2137/04-18-1).

⁸³ Smatram da je ovaj uvjet protivan Prekršajnom zakonu koji propisuje da nitko nije dužan podnositi dokaze o svojoj prekršajnoj osuđivanosti ili neosuđivanosti te se podaci o prekršaju za koji je nastupila rehabilitacija ne mogu nikome dati, a ni koristiti za bilo koje potrebe (članak 78. stavci 4. i 6. Prekršajni zakon, NN br. 107/07., 39/13., 157/13., 110/15., 70/17., 118/18. i 114/22.).

⁸⁴ Izvješće pučke pravobraniteljice za 2020. godinu, veljača 2021., str. 148.

⁸⁵ Izvješće o radu pravobraniteljice za ravnopravnost spolova za 2020., ožujak 2021., str. 68.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Općinsko vijeće Općine Drnje na sjednici održanoj 10. veljače 2021. donijelo je Odluku o izmjenama i dopunama Odluke o jednokratnoj novčanoj potpori povodom rođenja djeteta (Klasa: 551-06/21-01/01, Urbroj: 2137/04-21-1). Prema novoj odredbi, pravo na jednokratnu novčanu potporu ostvaruju roditelji novorođenog djeteta od kojih i otac i majka imaju stalno mjesto prebivališta i žive na području Općine Drnje, od kojih ni otac ni majka novorođenog djeteta nisu kažnjavani i protiv njih se ne vodi kazneni postupak, te zahtjev za ostvarivanje prava na novčanu potporu povodom rođenja djeteta podnesu najkasnije mjesec dana nakon djetetova rođenja.

a dijete može biti rođeno izvan bračne ili izvanbračne zajednice muškarca i žene (primjerice, može biti riječ o djetetu čiji roditelji nisu ni u kakvoj zajednici i ne žive na području iste općine). Dodatno, roditeljima kojima je potpora za novorođeno dijete uskraćena ranijom primjenom zabranjenih, diskriminatornih kriterija, uključujući i kriterij završene osnovne škole, nije omogućeno naknadno ostvarivanje ovog prava.⁸⁸ Nažalost, nemamo saznanja o tome je li Pučka pravobraniteljica iskoristila ovlast na temelju članka 83. stavka 2. Zakona o upravnim sporovima⁸⁹ prema kojoj može obavijestiti Visoki upravni sud o potrebi pokretanja postupka ocjene zakonitosti općeg akta jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave.⁹⁰

4.2. Komunalna dugovanja kao zapreka za ostvarivanje

U predmetu PRS-03-03/18-3, Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova postupila je nakon objave teksta u jednom dnevnom listu pod naslovom „Apsurdi Općine T., Majka ne može dobiti naknadu za novorođenče jer je svekar dužan za grobno mjesto“. U tekstu navodi se da je jedna majka rodila treće dijete te da je roditeljima uskraćena isplata jednokratne novčane naknade iz razloga što je djetetov djed dužan Općini T. iznos od 4000,00 kn za grobno mjesto. Analizirajući pribavljeno izvješće Općine T., Pravobraniteljica je ustanovila da je majci djeteta u konkretnom slučaju ipak naknadno priznato pravo na jednokratnu novčanu pomoć za novorođeno dijete te da je naknada isplaćena u cijelosti. Međutim, Pravobraniteljica je razmotrila članak 2. Odluke o visini naknada za novorođenčad (izmijenjen 29. ožujka 2018.) kojim su propisani uvjeti za dodjeljivanje jednokratne novčane pomoći. Iz sporne odredbe Odluke proizlazi da je kao jedna od pretpostavki za ostvarivanje prava uvjeta propisan i „dokaz o podmirenim obvezama prema Općini T. po svim osnovama za sve članove obitelji“. Iz navedenog proizlazi da u slučajevima u kojima članovi obitelji djeteta imaju nepodmirene obveze prema općini, roditeljima se može uskratiti pravo na jednokratnu pomoć za novorođeno dijete. Pravobraniteljica je ukazala kako navedeno postupanje dovodi takvu djecu u nepovoljniji položaj, koji je uvjetovan činjenicom njihova obiteljskog statusa. Pravobraniteljica je istaknula da, iako je korisnik jednokratne novčane pomoći roditelj, ta pomoć dodjeljuje se roditelju radi njege novorođenog djeteta i njegova podizanja odnosno radi potpore uzdržavanja i odgoja djece. Stoga se navedene novčane naknade i prava trebaju vezati prvenstveno uz status djeteta, a ne roditelja. Nakon izdanog upozorenja Pravobraniteljice, Općinsko je vijeće 26. srpnja 2018. izmijenilo Odluku o visini naknada za novorođenčad, na način da je brisana sporna odredba o uvjetu plaćanja obveza.⁹¹

⁸⁸ Izvješće pučke pravobraniteljice, ožujak 2022., str. 61.

⁸⁹ NN br. 20/10., 143/12, 152/14., 94/16., 29/17. i 110/21.

⁹⁰ Pretraživanjem „Narodnih novina“ u kojima se objavljuju presude Visokog upravnog suda kojima se ukidaju nezakoniti opći akti ili njegove pojedine odredbe, nismo pronašli presudu koja bi se odnosila na takav opći akt Općine Drnje.

⁹¹ Izvješće o radu pravobraniteljice za ravnopravnost spolova za 2018., ožujak 2019., str. 39-40.

Nanemogućnost ostvarivanja prava na isplatu jednokratne naknade za novorođeno dijete zbog duga roditelja za komunalne usluge ukazivala je i Pravobraniteljica za djecu. Riječ je bila o općinama Donja Voća, Čeminac i Štefanje. U tim slučajevima Pravobraniteljica je upozorila jedinice lokalne samouprave da potpore za njegu i skrb o djeci trebaju biti jednako dostupne svakom djetetu, neovisno o obiteljskom i materijalnom statusu njegovih roditelja i mogućim dugovanjima.⁹²

4.3. Mjesto rođenja djeteta kao zapreka za ostvarivanje prava

U predmetu PRS-17-01/21-01 Pravobraniteljici za ravnopravnost spolova obratila se majka dvoje djece čije je drugo dijete rođeno u Zagrebu zbog traumatičnog iskustva prvog poroda u Splitu. I ona i suprug imaju prebivalište u Splitu, kao i njihovo dvoje djece. Međutim, Grad Split odbio je njezin zahtjev za ostvarivanje naknade za novorođeno dijete uz obrazloženje da dijete nije rođeno u Splitu. Naime, prema odredbi članka 4. stavak 2. Odluke o naknadi novorođenoj djeci Grada Splita,⁹³ pravo na naknadu ima svako novorođeno dijete koje je rođeno u Gradu Splitu, a jedan roditelj ima prebivalište na području Grada Splita neprekinuto najmanje 3 godine do dana podnošenja zahtjeva. Dijete, zbog činjenice da nije rođeno u Splitu, ne može ostvariti novčanu naknadu niti od Grada Splita (u kojem ima prebivalište, kao i njegovi roditelji), niti od Grada Zagreba (u kojem je rođeno, ali u njemu ni ono ni roditelji nemaju prebivalište). Pravobraniteljica smatra da pretpostavka da je dijete rođeno u Splitu predstavlja svojevrsno ograničenje prava trudnice/rodilje na zdravstvenu zaštitu (uključujući reproduktivno zdravlje) i slobodu izbora odnosno odabira zdravstvene ustanove u kojoj će obaviti porod, radi čega je takva Odluka po svojim učincima diskriminirajuća za majke/rodilje, ali i za djecu.⁹⁴

Pravobraniteljica je preporučila Gradu Splitu da se uvjet rođenja djeteta u Gradu Splitu čim prije ukine, što je Grad Split uvažio.

4.4. Obiteljski status i različito prebivalište roditelja kao zapreka za ostvarivanje prava

U predmetu PRS-18-01/21-7, Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova zaprimila je pritužbu na Odluku Grada Zagreba o novčanoj pomoći za opremu novorođenog djeteta.⁹⁵ Pritužiteljica je navela da je trudnica koja živi i radi u Zagrebu. Otac djeteta je stranac koji radi u inozemstvu (nije prijavljen na području Grada Zagreba) te oni nisu ni u bračnoj ni u izvanbračnoj zajednici. Prema predmetnoj Odluci, ona kao buduća samohrana majka nema pravo na novčanu pomoć za opremu novorođenog djeteta. Naime, sukladno članku 2. Odluke, pravo

⁹² Izvješće o radu pravobraniteljice za djecu 2020., ožujak 2021., str. 177.

⁹³ Službeni glasnik Grada Splita, br. 38/20.

⁹⁴ Izvješće o radu pravobraniteljice za ravnopravnost spolova za 2021. godinu, ožujak 2022., str. 79.

⁹⁵ Službeni glasnik Grada Zagreba, br. 17/17.

na novčanu pomoć može ostvariti i koristiti roditelj koji je državljanin Republike Hrvatske s neprekidno prijavljenim prebivalištem u Gradu Zagrebu od najmanje pet godina neposredno prije rođenja djeteta za koje se podnosi zahtjev i dalje neprekidno sve do isplate novčane pomoći u cijelosti. Dodatno je propisano da drugi roditelj mora imati prijavljeno prebivalište u Gradu Zagrebu, a ako je riječ o strancu, mora imati odobren privremeni ili stalan boravak u Gradu Zagrebu. Pretpostavka vezana za prebivalište odnosno privremeni ili stalan boravak u Gradu Zagrebu mora biti ispunjena u vrijeme podnošenja zahtjeva i dalje neprekidno do isplate novčane pomoći u cijelosti. Pravo na novčanu pomoć ne može se ostvariti ako bilo koji od roditelja ima evidentiran privremeni odlazak iz Republike Hrvatske.

Pravobraniteljica je ukazala kako je po sličnoj pritužbi postupala i tijekom 2014./2015., te je u tom postupku uputila preporuku da se prilikom priznavanja prava iz tadašnje Odluke kao uvjet koristi samo prebivalište jednog roditelja, odnosno da se uvjet – da drugi roditelj ima prijavljeno prebivalište u Gradu Zagrebu ili da je drugi roditelj stranac s privremenim ili stalnim boravkom u Gradu Zagrebu, u vrijeme podnošenja zahtjeva i dalje neprekidno do isplate novčane pomoći – u cijelosti ukine. Prema mišljenju Pravobraniteljice, iako odredbe Odluke djeluju neutralno, njihova primjena u praksi ipak dovodi jednu kategoriju roditelja – onih koji su razvedeni, odnosno koji su raskinuli svoju izvanbračnu zajednicu ili koji nikada nisu ni bili u braku odnosno izvanbračnoj zajednici – u nepovoljniji položaj u odnosu na roditelje koji jesu u braku odnosno u izvanbračnoj zajednici.⁹⁶

Pravobraniteljica je upozorila Grad Zagreb da uvjetovanje novčane pomoći za opremu novorođenog djeteta prebivalištem obaju roditelja u Gradu Zagrebu dovodi u pitanje zabranu diskriminacije temeljem bračnog i obiteljskog statusa. Preporučila je da se razmotri mogućnost da se pravo na novčanu pomoć za opremu novorođenog djeteta priznaje u slučajevima u kojima na području Grada Zagreba prijavljeno prebivalište ima samo jedan od roditelja, a kao eventualni dodatni uvjet može se propisati i uvjet koji po svojim učincima neće biti diskriminirajući (kao npr. uvjet prebivališta djeteta, radi kojega se roditelju i dodjeljuje navedena novčana pomoć). Grad Zagreb uvažio je preporuku Pravobraniteljice te nova Odluka više ne uzima uvjet prebivališta drugog roditelja kao uvjet za ostvarivanje novčane pomoći.⁹⁷

Vezano za uvjet zajedničkog prebivališta roditelja, na isti problem upozorila je i Pravobraniteljica za djecu. Preporučila je gradovima i općinama da odustanu od uvjeta da oba roditelja trebaju imati prebivalište na istoj adresi za ostvarivanje prava na novčanu potporu, budući da su situacije odvojenog življenja i prebivališta roditelja česte i životno moguće. Jednokratna novčana potpora za novorođeno dijete trebala bi se priznavati neovisno o bračnom i obiteljskom statusu roditelja, odnosno neovisno o tome je li dijete rođeno u braku ili izvan braka. Neke su jedinice lokalne

⁹⁶ Izvješće o radu pravobraniteljice za ravnopravnost spolova za 2021., *op. cit.* (bilj. 94), str. 80.

⁹⁷ *Ibid.*, str. 81. Sukladno članku 2. stavku 1. nove Odluke novčanoj pomoći za opremu novorođenog djeteta (Službeni glasnik Grada Zagreba br. 29/21), novčanu pomoć može ostvariti roditelj koji kao državljanin Republike Hrvatske ima neprekidno prijavljeno prebivalište u Gradu Zagrebu najmanje pet godina neposredno prije rođenja djeteta za koje podnosi zahtjev i dalje neprekidno do isplate novčane pomoći u cijelosti, a ima prijavljeno prebivalište na istoj adresi kao i dijete za koje podnosi zahtjev.

samouprave prihvatile preporuke, a neke samo djelomično.⁹⁸ Kao još jedan primjer diskriminacije temeljem obiteljskog statusa Pravobraniteljica za djecu navela je Općinu Matulji u kojoj se kod izračuna iznosa materijalne pomoći za novorođeno dijete ne ubrajaju djeca iz ranijih brakova roditelja novorođenog djeteta, a koja žive u kućanstvu.⁹⁹

5. ZAKLJUČAK

Zabrana diskriminacije nužan je element vladavine prava, a propisana je Ustavom, kao i svim relevantnim međunarodnim izvorima za zaštitu ljudskih prava. Svi propisi i općenormativni akti u Republici Hrvatskoj, uključujući opće akte jedinica lokalne samouprave o kojima je bila riječ u poglavlju 4. ovog rada, moraju biti usklađeni sa zahtjevima koje u sebi sadrži zabrana diskriminacije.

Međutim, iz prikazanih primjera općih akata jedinica lokalne samouprave u pogledu uređenja prava na novčanu pomoć povodom rođenja djeteta, proizlazi da pojava diskriminatornog propisivanja uvjeta za ostvarivanje tog prava nije rijetka pojava. Pojedine jedinice lokalne samouprave uvjetuju ostvarivanje jednokratne novčane naknade za novorođeno dijete nepostojanjem duga članova kućanstva prema jedinici, prebivalištem roditelja na istoj adresi, završenom osnovnom školom roditelja, nekažnjavanošću roditelja i nevođenjem kaznenog postupka protiv njih, mjestom rođenja djeteta ili na druge načine koji su povezani s obiteljskim statusom djeteta i roditelja (je li dijete rođeno u braku ili izvan braka, jesu li roditelji ikada zasnovali bračnu ili izvanbračnu zajednicu, jesu li se rastavili i sl.). Teško je uopće pronaći legitimni cilj takvih odredaba, a još teže opravdati ih s aspekta razmjernosti između poduzetih mjera i legitimnog cilja. Važno je ponoviti i da Europski sud u pravilu pretpostavlja da su određene vrste različitog postupanja *a priori* diskriminatorne, primjerice one utemeljene na rođenju, ako utvrdi da su protivne glavnim prioritetima europske socijalne politike. Pravobraniteljica za djecu ističe da takve diskriminatorne odredbe nisu u skladu s obvezom predstavnika vlasti i donositelja odluka da u slučaju sukoba različitih interesa prednost daju najboljem interesu djeteta, kao ni s obvezom države da na svim razinama pruža odgovarajuću pomoć roditeljima.¹⁰⁰

Cilj antidiskriminacijskog prava jest suzbijanje diskriminacije koje se ostvaruje preventivnim i reaktivnim djelovanjem.¹⁰¹ Preventivno djelovanje, u kontekstu izrade općenormativnih akata, od izuzetne je važnosti, jer će se ispravnim propisivanjem uvjeta za ostvarivanje nekog prava spriječiti diskriminacija u praksi prilikom donošenja pojedinačnih akata koji se temelje na tom općem aktu. Preventivno

⁹⁸ Izvješće o radu pravobraniteljice za djecu za 2020., op. cit. (bilj. 92), str. 123.

⁹⁹ Izvješće o radu pravobraniteljice za djecu za 2021., ožujak 2022., str. 85.

¹⁰⁰ Izvješće o radu pravobraniteljice za djecu 2020., op. cit. (bilj. 92), str. 79.

¹⁰¹ Šimonović Einwalter, T., *Antidiskriminacijsko pravo i Zakon o suzbijanju diskriminacije*, op. cit., str. 10.

djelovanje uključuje i podučavanje svih ključnih dionika¹⁰² koji imaju bilo kakvu ulogu u donošenju općih akata jedinica lokalne samouprave, kao i službenika u tijelima državne uprave koji provode nadzor nad njima. Naime, tijela državne uprave, svako u svojem djelokrugu, nadziru zakonitosti općih akata jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave te imaju ovlast obustaviti ih od primjene ako su u suprotnosti s Ustavom ili zakonom.¹⁰³ U situacijama kada preventivno djelovanje zakaže, iz izvješća nadležnih pravobraniteljica vidljivo je da su pojedine jedinice lokalne samouprave nakon upozorenja o diskriminatornim učincima odlučile izmijeniti sporne odredbe u svojim odlukama, ali ponekad ne u potpunosti. Stoga se reaktivno (represivno) djelovanje najpotpunije ostvaruje putem pokretanja postupka ocjene zakonitosti općih akata pred Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske, jer u slučaju da sud utvrdi da opći akt, ili pojedine njegove odredbe nisu suglasne sa zakonom ili statutom, presudom će ga (ih) ukinuti.

LITERATURA

Knjige i članci

1. Berc, G.; Blažeka Kokorić, S.; Opačić, A., *Dostupnost socijalnih prava i usluga za obitelji u općinama u ruralnim područjima Hrvatske*, Revija za socijalnu politiku, Vol. 27, No. 2, 2020., str. 113-134.
2. Blanke, H.-J.; Mangiameli, S. (eds.), *Treaty on the Functioning of the European Union – A Commentary*, Volume I: Preamble, Articles 1-89, Springer, 2021.
3. Horvat, Ana, *Novi standardi hrvatskoga i europskoga antidiskriminacijskog zakonodavstva*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 58, No. 6, 2008., str. 1453-1498.
4. Omejec, J., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava*, Strasbourški acquis, drugo dopunjeno izdanje, Novi informator, Zagreb, 2014.
5. Omejec, J., *Zabrana diskriminacije u praksi Europskog suda za ljudska prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 59, No. 5, 2009., str. 873-979.
6. Potočnjak, Ž.; Grgurev, I.; Grgić, A., *Perspektive antidiskriminacijskog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2014.
7. Šimonović Einwalter (ur.), *Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije*, Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske, Zagreb 2009.
8. Vasiljević, S.; Vinković, M., *Temeljna prava i zabrana diskriminacije u praksi europskih i nacionalnih sudova*, Narodne novine, Zagreb 2019.

¹⁰² *Ibid.*, str. 17.

¹⁰³ V. članak 80. Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi (NN br. 33/01., 60/01., 129/05., 109/07., 36/09., 125/08., 36/09., 150/11., 144/12., 123/17., 98/19. i 144/20.).

Pravni propisi

1. Direktiva (EU) 2016/801 o uvjetima ulaska i boravka državljana trećih zemalja u svrhu istraživanja, studija, osposobljavanja, volonterstva, razmjena učenika ili obrazovnih projekata, i obavljanja poslova au pair (preinaka), SL L 132, 21. 5. 2016.
2. Direktiva 2000/43/EZ od 29. lipnja 2000. o primjeni načela ravnopravnosti osoba bez obzira na njihovo rasno ili etničko podrijetlo, SL L 180, 19. 7. 2000.
3. Direktiva 2000/78/EZ od 27. studenoga 2000. o uspostavi okvira za jednak tretman na području zapošljavanja i odabira zvanja, SL L 303, 2. 12. 2000.
4. Direktiva 2003/109/EZ o statusu državljana trećih zemalja s dugotrajnim boravištem SL L 16, 23. 1. 2004.
5. Direktiva 2004/113/EZ od 13. prosinca 2004. kojom se primjenjuje načelo ravnopravnosti muškaraca i žena u mogućnosti dobivanja i nabave roba, odnosno pružanja usluga, SL L 373/37, 21. 12. 2004.
6. Direktiva 2004/38/EZ o pravu građana Unije i članova njihovih obitelji na slobodno kretanje i boravište na području države članice, SL L 158, 30. 4. 2004.
7. Direktiva 2006/54/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 5. srpnja 2006. o provedbi načela jednakih mogućnosti i jednakoga tretiranja muškaraca i žena u pitanjima zapošljavanja i obavljanja zanimanja, SL L 204/23, 26. 7. 2006.
8. Direktiva 2009/50/EZ o uvjetima za ulazak i boravak državljana trećih zemalja radi visokokvalificiranog zapošljavanja SL L 155, 18. 6. 2009.
9. Direktiva 2010/41/EU o primjeni načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama koji su samozaposleni, SL L 180, 15. 7. 2010.
10. Direktiva 2011/98/EU o jedinstvenom postupku obrade zahtjeva za izdavanje jedinstvene dozvole za boravak i rad državljanima trećih zemalja na državnom području države članice te o zajedničkom skupu prava za radnike iz trećih zemalja koji zakonito borave u državi članici. SL L 343, 23. 12. 2011.
11. Direktiva 2019/1158 o ravnoteži između poslovnog i privatnog života roditelja i pružatelja skrbi, SL L 188, 12. 7. 2019.
12. Direktiva 92/85/EEZ o uvođenju mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja na radu trudnih radnica te radnica koje su nedavno rodile ili doje, SL L 348, 28.11.1992.
13. Direktiva 79/7/EEZ o postupnoj provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima socijalne sigurnosti, SL L 6, 10. 1. 1979.
14. Konvencija o pravima osoba s invaliditetom i Fakultativni protokol uz Konvenciju, NN – MU br. 6/07.
15. Konvencija Ujedinjenih naroda o ukidanju svih oblika diskriminacije žena, NN – MU br. 12/93. (notifikacija o sukcesiji)
16. Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN – MU br. 18/97., 6/99. – pročišćeni tekst, 8/99. – ispravak, 14/02., 1/06. i 13/17.
17. Odluka o naknadi novorođenoj djeci, Službeni glasnik Grada Splita, br. 38/20.
18. Odluka o novčanoj pomoći za opremu novorođenog djeteta, Službeni glasnik Grada Zagreba, br. 17/17.

19. Odluka o novčanoj pomoći za opremu novorođenog djeteta, Službeni glasnik Grada Zagreba, br. 29/21.
20. Povelja Europske unije o temeljnim pravima, SL C 202, 7. 6. 2016.
21. Prekršajni zakon, NN br. 107/07., 39/13., 157/13., 110/15., 70/17., 118/18. i 114/22.
22. Statut Vijeća Europe, NN – MU br. 8/1998. i 9/1998. – ispravak.
23. Ugovor iz Amsterdama SL C 340, 10. 11. 1997.
24. Ugovor o Europskoj uniji, SL C 202, 7. 6. 2016.
25. Ugovor o funkcioniranju Europske unije, SL C 202, 7. 6. 2016.
26. Ustav Republike Hrvatske, NN br. 56/90., 135/97., 113/00., 28/01., 76/10. i 5/14.
27. Zakon o roditeljskim i roditeljskim potporama, NN br. 152/22.
28. Zakon o upravnim sporovima, NN br. 20/10., 143/12, 152/14., 94/16., 29/17. i 110/21.
29. Zakon o državljanima država članica Europskog gospodarskog prostora i članovima njihovih obitelji NN br. 66/19., 53/20., 144/20. i 114/22.
30. Zakon o suzbijanju diskriminacije, NN br. 85/08. i 112/12.

Sudska praksa

Ustavni sud Republike Hrvatske

1. Odluka i rješenje br.: U-I-659/1994, U-I-146/1996, U-I-228/1996, U-I-508/1996, U-I-589/1999 od 15. ožujka 2000.

Europski sud za ljudska prava

1. Savez crkava „Riječ života” protiv Hrvatske, 7798/08, 9. prosinca 2010.
2. Guberina protiv Hrvatske, 23682/13, 22. ožujka 2016.
3. Oršuš i drugi protiv Hrvatske, 15766/03, 16. ožujka 2010.
4. Gaygusuz protiv Austrije, 17371/90, 16. rujna 1996.
5. Koua Poirrez protiv Francuske, 40892/98, 30. rujna 2003.
6. Andrejeva protiv Latvije, 55707/00, 18. veljače 2009.

Sud Europskih zajednica/Sud Europske unije

1. C-172/98, Commission v Belgium, 29. lipnja 1999.
2. C-22/08, Vatsouras, 4. lipnja 2009.
3. C-224/00, Commission v Italy, 19. ožujka 2002.
4. C-274/96, Bickel and Franz, 24. studenog 1998.
5. C-28/04, Tod's SPA and Tod's France, 30. lipnja 2005.
6. C-291/09, Guarnieri, 7. travnja 2011.
7. C-332/90, Steen, 28. siječnja 1992.
8. C-360/00, Ricordi, 6. lipnja 2002.
9. C-571/10, Kamberaj, 24. travnja 2012.
10. C-64/96 i C-65/96, Uecker and Jacquet, 5. lipnja 1997.
11. C-92/92 i C-326/92, Phil Collins, 20. listopada 1993.

Mrežni izvori

1. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Report on the Rule of Law – adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25-26 March 2011), CDL-AD (2011) 003 rev-e, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e) (pristup: 31. siječnja 2023.)
2. European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, Handbook on European non-discrimination law – 2018 edition, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018., https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_en.pdf (pristup: 31. siječnja 2023.)
3. Izvješće o radu pravobraniteljice za djecu 2020., ožujak 2021., dostupno na: <https://dijete.hr/hr/izvjesca/izvjesca-o-radu-pravobranitelja-za-djecu/> (pristup: 31. siječnja 2023.)
4. Izvješće o radu pravobraniteljice za djecu 2021., ožujak 2022., dostupno na: <https://dijete.hr/hr/izvjesca/izvjesca-o-radu-pravobranitelja-za-djecu/> (pristup: 31. siječnja 2023.)
5. Izvješće o radu pravobraniteljice za ravnopravnost spolova za 2018., ožujak 2019., dostupno na: <https://www.prs.hr/> (pristup: 31. siječnja 2023.)
6. Izvješće o radu pravobraniteljice za ravnopravnost spolova za 2020., ožujak 2021., dostupno na: <https://www.prs.hr/> (pristup: 31. siječnja 2023.)
7. Izvješće o radu pravobraniteljice za ravnopravnost spolova za 2021. godinu, ožujak 2022., dostupno na: <https://www.prs.hr/> (pristup: 31. siječnja 2023.)
8. Izvješće pučke pravobraniteljice za 2018. godinu, ožujak 2019., dostupno na: <https://www.ombudsman.hr/hr/izvjesca-puckog-pravobranitelja/> (pristup: 31. siječnja 2023.)
9. Izvješće pučke pravobraniteljice za 2020. godinu, veljača 2021., dostupno na: <https://www.ombudsman.hr/hr/izvjesca-puckog-pravobranitelja/> (pristup: 31. siječnja 2023.)
10. Izvješće pučke pravobraniteljice za 2021. godinu, ožujak 2022., dostupno na: <https://www.ombudsman.hr/hr/izvjesca-puckog-pravobranitelja/> (pristup: 31. siječnja 2023.)
11. Struna – Hrvatsko strukovno nazivlje, <http://struna.ihjj.hr/naziv/obrnuta-diskriminacija/21759/> (pristup: 27. siječnja 2023.)
12. Vlada Republike Hrvatske, Prijedlog zakona o roditeljskim i roditeljskim potporama, s Konačnim prijedlogom zakona, P.Z.E. br. 430, prosinac 2022., dostupno na: <https://www.sabor.hr/hr/prijedlog-zakona-o-roditeljskim-i-roditeljskim-potporama-s-konacnim-prijedlogom-zakona-hitni-0> (pristup: 31. siječnja 2023.)

RÉSUMÉ:

APPLICATION DU PRINCIPE D'INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION DANS L'ÉLABORATION DES ACTES NORMATIFS GÉNÉRAUX, AVEC UNE RÉFÉRENCE PARTICULIÈRE À LA RÉGLEMENTATION DE L'AIDE FINANCIÈRE À LA NAISSANCE D'UN ENFANT

Le présent document vise à examiner l'application du principe de non-discrimination dans l'élaboration des actes normatifs généraux. Ce principe est un élément fondamental de l'État de droit. L'interdiction de la discrimination est inscrite dans la Constitution de la République de Croatie, ainsi que dans les sources internationales pertinentes relatives à la protection des droits de l'homme. L'ensemble des réglementations et actes normatifs généraux en République de Croatie doivent être conformes aux exigences de l'interdiction de la discrimination. Le document commence par un examen des principales sources juridiques de l'interdiction de la discrimination en République de Croatie (la Constitution, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les sources juridiques de l'Union européenne). Ces sources seront comparées entre elles afin d'identifier les différences de protection contre la discrimination qu'elles offrent. Bien que d'autres traités internationaux importants prescrivent également l'interdiction de la discrimination, leur ampleur ne les permettra pas d'être abordés dans le présent document. Pour cette même raison, le présent document ne pourra traiter que des discriminations formelles et matérielles, directes et indirectes, et ne pourra aborder que celles-ci. Il précisera également le critère de discrimination permettant d'examiner l'existence de justifications possibles à un traitement différent. La dernière partie du document analysera les dispositions des actes généraux des collectivités territoriales qui encadrent de manière discriminatoire l'aide financière ponctuelle accordée à la naissance d'un enfant. Ce domaine a été choisi car, dans le cadre des travaux du Médiateur et des Médiateurs spécialisés pour l'égalité des genres et les enfants, des plaintes de parents s'estimant victimes de discrimination quant aux conditions d'exercice de ce droit fixées par les collectivités territoriales sont traitées chaque année.

Izv. prof. dr. sc. Frane Staničić*
Izv. prof. dr. sc. Bosiljka Britvić Vetma**

PRIMJENA DIREKTIVE O USLUGAMA U SUSTAVU VISOKOG OBRAZOVANJA

UDK: 339:378
DOI: 10.31141/zrpf.2020.57.135.157
Izvorni znanstveni rad
Primljeno: 1. studenog 2019.

Autori u radu analiziraju primjenjuje li se Direktiva 2006/123/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2006. godine o uslugama na unutarnjem tržištu i na sustav visokog obrazovanja. U radu će prikazati postojeća teorijska razmatranja o toj problematici, kao i praksu Suda Europske unije. Autori će pokazati da se radi o iznimno složenoj problematici oko koje ne postoji konsenzus u teoriji, a postojeća praksa Suda Europske unije daje odgovore na određena pitanja, ali na niz pitanja koja se mogu postaviti glede eventualne primjene ove Direktive na sustav visokog obrazovanja Sud nije odgovorio. Sintezom teorije i prakse autori će pokazati da, prema njihovu mišljenju, navedena Direktiva nije primjenjiva na sustav javnog visokog obrazovanja. Odnosno, teza autora jest da je sustav visokog obrazovanja isključivi prerogativ država članica koje samostalno odlučuju kakav sustav visokog obrazovanja žele imati.

Ključne riječi: *visoko obrazovanje, privatno, javno, financiranje, usluge*

1. UVOD

Direktivom 2006/123/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2006. godine o uslugama na unutarnjem tržištu (dalje u tekstu: Direktiva o uslugama),¹ kako joj je proklamirani cilj, željelo se osigurati „konkurentno tržište usluga“ jer ono ima ključnu važnost za promicanje gospodarskog rasta i stvaranje novih radnih mjesta u Europskoj uniji. Pri njezinu donošenju navodilo se da usluge predstavljaju motor gospodarskog rasta i odgovorne su za 70 % BDP-a i zaposlenosti u većini država članica, pa je nužno ukloniti pravne zapreke za uspostavu pravog unutarnjeg

* Izvanredni profesor na Katedri za upravno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

** Izvanredna profesorica na Katedri za upravno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu.

¹ Službeni list Europske unije L 376/36 od 27. prosinca 2006.

tržišta.² Direktivom o uslugama uređuje se sloboda poslovnog nastana i slobodno kretanje usluga, međutim, što treba posebno naglasiti, samo u onoj mjeri u kojoj su djelatnosti na koje se odnosi otvorene za tržišno natjecanje. Odnosno, u samoj Direktivi o uslugama se ističe da je potrebno održati pravilnu ravnotežu između otvaranja tržišta i očuvanja javnih usluga.

Stoga je, za našu temu, ključno pitanje primjenjuje li se Direktiva o uslugama na područje visokog obrazovanja ili ne, a ako da, u kojoj mjeri. Naime, pojavljuju se, za potrebe ovoga rada primarno u našem domaćem kontekstu, ali i u Europi, pa i svijetu, prijeperi oko toga je li područje visokog obrazovanja „na tržištu“, pa prema tome i posljedično, primjenjuje li se Direktiva o uslugama. Odnosno, postoji li onda, prema sadašnjem stanju stvari, nelojalna konkurencija između igrača na tržištu? Ukoliko postoji, onda je očito da je hrvatski pravni poredak neadekvatno implementirao Direktivu o uslugama i da su potrebne zakonodavne promjene. Ukoliko ne postoji, onda su takvi zahtjevi koji se uistinu pojavljuju u procesu donošenja novog paketa zakona koji u Republici Hrvatskoj uređuju znanost i visoko obrazovanje depasirani i treba ih odbiti.

Ponajprije, treba naglasiti da ovo pitanje nije ni u kojem slučaju jednoznačno odgovoreno, niti u teoriji, niti u sudskoj praksi. Zanimljivo je spomenuti konferenciju upravo na ovu temu koja se održala 2014. godine u Portugalu sa zanimljivim naslovom: „Konferencija o visokom obrazovanju kao tržištu: prekogranično obrazovanje i Direktiva o uslugama“.³ Treba spomenuti i vrlo zanimljivu knjigu iz 2018. godine naziva „Europsko visoko obrazovanje i unutarnje tržište: tenzije između europskih politika i nacionalnog suvereniteta“.⁴ Navodimo ove podatke kako bismo pokazali da se radi o iznimno osjetljivom pitanju koje nadilazi domaće granice i kako se radi o pitanju koje je aktualno u Europskoj uniji. Naglašavamo da je naša polazna hipoteza da se Direktiva o uslugama ne primjenjuje na sustav javnog obrazovanja koji je u strogoj i isključivoj nadležnosti država članica (dakako, ako država članica tako odabere, ništa je ne sprečava da u potpunosti prihvati primjenu Direktive).

² „Budući da usluge predstavljaju motor gospodarskog rasta i odgovorne su za 70 % BDP-a i zaposlenosti u većini država članica, ova fragmentacija unutarnjeg tržišta negativno utječe na cjelokupno europsko gospodarstvo, a posebno na konkurentnost malih i srednjih poduzeća te na kretanje radnika, dok potrošačima onemogućava pristup većem izboru usluga s konkurentnim cijenama. ... Europski parlament i Vijeće naglasili su da uklanjanje pravnih zapreka za uspostavu pravog unutarnjeg tržišta ima prioritetnu važnost za ostvarivanje cilja, ... koji uključuje povećanje zaposlenosti i socijalne kohezije te ostvarivanje održivog gospodarskog rasta, da bi do 2010. Europska unija postala najkonkurentnije i najdinamičnije svjetsko gospodarstvo utemeljeno na znanju osiguravajući veću zaposlenost i bolja radna mjesta. ... Iz tog je razloga važno uspostaviti unutarnje tržište usluga održavajući pravilnu ravnotežu između otvaranja tržišta i očuvanja javnih usluga te socijalnih i potrošačkih prava.“

³ *Conference on Higher Education as Commerce: Cross Border Education and the Service Directive*, podaci dostupni na <https://www.a3es.pt/en/events/conference-higher-education-commerce-cross-border-education-and-service-directive>, pristupljeno 8. XI. 2019.

⁴ Sin, C., Tavares, O., Cardoso, S., J. Rosa, M. (ur.), *European Higher Education and the Internal Market*, Palgrave Macmillan, London, 2018.

2. ULOGA EUROPSKE UNIJE U VISOKOM OBRAZOVANJU

Ugovor o funkcioniranju Europske unije ne daje izravne nadležnosti EU-u u području visokog obrazovanja. Općenito govoreći, u ugovorima koji čine primarno pravo Unije ima vrlo malo pravnih odredbi vezanih za (visoko) obrazovanje.⁵ Uključivanje (visokog) obrazovanja u primarno europsko pravo novijeg je datuma, od uspostave Unije 1992. godine.⁶ Visoko obrazovanje navedeno je u dva članka UFEU-a: čl. 6.⁷ i čl. 165.⁸ Međutim, ove odredbe ne definiraju uistinu načela europske obrazovne politike.⁹ Ipak, Sud Europske unije legitimizirao je pravo Unije da „uđe“ u ovo područje kako bi se ostvario cilj integracije tržišta. Prvi slučaj u kojemu je to Sud

⁵ Ravinet, P., „On Principles, Europe and Higher Education: Reflections on European Higher Education as an Intersecting Normative Space“, u: Sin, C., Tavares, O., Cardoso S. J., Rosa M., (ur.), *op. cit.*, str. 25.

⁶ Vidi o ulozi EU-a u području visokog obrazovanja i u: van Wageningen, A., „The Legal Constitution of Higher Education Policy and Governance of the European Union“, u: Huisman, J., de Boer, H., Dill, DD, Souto-Otero, M. (ur.), *The Palgrave International Handbook of Higher Education Policy and Governance*, Palgrave Macmillan, London, 2015., str. 95-113.

⁷ „Unija je nadležna za poduzimanje djelovanja kojima se podupiru, koordiniraju ili dopunjuju djelovanja država članica. Na europskoj se razini takvo djelovanje odnosi na sljedeća područja:

- (a) zaštitu i poboljšanje zdravlja ljudi;
- (b) industriju;
- (c) kulturu;
- (d) turizam;
- (e) obrazovanje, strukovno obrazovanje, mlade i sport;
- (f) civilnu zaštitu;
- (g) administrativnu suradnju.“

⁸ „1. Unija doprinosi razvoju kvalitetnog obrazovanja poticanjem suradnje među državama članicama te, ako je to potrebno, podupiranjem i dopunjavanjem njihovih aktivnosti, pri čemu u potpunosti poštuje odgovornost država članica za nastavni sadržaj i ustroj obrazovnih sustava te njihovu kulturnu i jezičnu raznolikost.

Unija doprinosi promidžbi europskog sporta, vodeći pritom računa o specifičnoj prirodi sporta, njegovim strukturama koje se temelje na dobrovoljnim aktivnostima te njegovoj društvenoj i obrazovnoj ulozi.

2. Ciljevi su djelovanja Unije:

- razvoj europske dimenzije u obrazovanju, osobito nastavom i popularizacijom jezika država članica,
- poticanje mobilnosti studenata i nastavnika, između ostalog, poticanjem akademskog priznavanja istovrijednosti diploma i trajanja studija,
- promicanje suradnje između obrazovnih ustanova,
- razvoj razmjene informacija i iskustava u vezi s pitanjima koja su zajednička obrazovnim sustavima država članica,
- poticanje razvoja razmjene mladih i razmjene društveno-pedagoških radnika te poticanje sudjelovanja mladih u demokratskom životu Europe,
- poticanje razvoja obrazovanja na daljinu,
- razvijanje europske dimenzije u sportu promicanjem pravednosti i otvorenosti na sportskim natjecanjima i suradnje među tijelima odgovornima za sport te zaštitom tjelesnog i moralnog integriteta sportaša i sportašica, osobito najmlađih sportaša i sportašica.

3. Unija i države članice podupiru suradnju s trećim zemljama i međunarodnim organizacijama nadležnima u području obrazovanja i sporta, osobito s Vijećem Europe.

4. Kako bi doprinijelo ostvarivanju ciljeva iz ovog članka:

- Europski parlament i Vijeće, odlučujući u skladu s redovnim zakonodavnim postupkom i nakon savjetovanja s Gospodarskim i socijalnim odborom te Odborom regija, donosi poticajne mjere, pri čemu je isključeno bilo kakvo usklađivanje zakona i drugih propisa država članica,
- Vijeće, na prijedlog Komisije, donosi preporuke.“

⁹ Ravinet, P., *op. cit.*, str. 26.

učinio bio je *Casagrande*¹⁰ kada je Sud zaključio da se progresivna implementacija zajedničkog tržišta ne može ometati činjenicom da je u području obrazovanja nadležnost rezervirana isključivo za države članice. Odnosno, ovom je presudom sud implicitno priznao da obrazovanje može biti instrument za implementiranje ekonomske integracije.¹¹ Sud je istaknuo: „iako je obrazovna politika kao takva izvan sfera koje je Ugovor povjerio institucijama Zajednice, iz toga ne slijedi da je izvršavanje ovlasti povjerenih Zajednici na neki način ograničeno ako je takve naravi da zahvaća mjere koje se poduzimaju u izvršavanju obrazovne politike“ (par. 12.). Kako navodi Gori, zaključak Suda implicira da je, kako bi se ostvario cilj ekonomske integracije, potpuno prihvatljivo da Zajednica intervenira u organizaciju nacionalnog obrazovanja.¹² Ipak, treba naglasiti da Sud nije izrijeком ovo istaknuo, nego se radi o tumačenju njegove odluke i „implicitnom“ davanju te mogućnosti Zajednice. Nakon predmeta *Casagrande* Sud je u više navrata pojašnjavao svoje viđenje ove problematike, o čemu više vidi *infra*. Uopćeno rečeno, uglavnom je tumačio, vrlo široko, pravo slobode kretanja i slična temeljna prava u pravu Unije (tada Zajednice).¹³ Ravinet naglašava da je povezivanje visokog obrazovanja i europskog tržišta bilo taktičko, kako bi se postavila pravna osnova za razvijanje inicijativa u području visokog obrazovanja.¹⁴

Iako, kako je već naglašeno, visoko obrazovanje nije, u osnovi, u nadležnosti Europske unije, Europska Komisija (dalje u tekstu: EK) pokušava pokrenuti raspravu o politici Unije za visoko obrazovanje, pri čemu posebno ističemo Komunikaciju Komisije prema Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom ekonomskom i socijalnom odboru i Odboru regija od 30. svibnja 2017. godine.¹⁵ Naime, ta Komunikacija nosi podnaslov: „o obnovljenoj agendi EU-a za visoko obrazovanje“. U njoj EK ističe jedinstvenu ulogu koju visoko obrazovanje ima za budućnost europskog projekta. Bez ustanova visokog obrazovanja i sustava koji sudjeluju u obrazovanju, istraživanjima i inovacijama Europa ne može odgovoriti na izazove koji se nalaze pred njom.¹⁶ Ipak, EK ističe da je reforma visokog obrazovanja odgovornost država članica, ali u čemu im EU može pomoći, što EK želi osigurati svojom aktivnošću. EK ističe da su strateški pravci koje EU i države članice moraju

¹⁰ *Donato Casagrande v Landeshauptstadt München*, C-9/74 od 3. srpnja 1974. Tužitelju je bilo zabranjeno dobivanje stipendije za pohađanje škole u Njemačkoj jer je bio talijanski državljanin. U sporu se postavilo pitanje spada li stvar uopće pod primjenu europskog prava s obzirom na to da je obrazovanje *domaine reserve* država članica. Sud je na kraju prihvatio primjenjivost EU-prava.

¹¹ Vidi u: Gori, G., *Towards a EU Right to Education*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2001., str. 26. i 27.

¹² *Ibid.*, str. 27.

¹³ Vidi, primjerice, predmete *Lair v, Universität Hanover*, C-39/86 od 21. lipnja 1988. i *Annunziata Matteucci v Communauté française of Belgium and Commissariat général aux relations internationales of the Communauté française of Belgium*, C-235/87 od 27. rujna 1988.

¹⁴ Ravinet, P., *op. cit.*, str. 28.

¹⁵ *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – on a renewed EU agenda for higher education*, dostupno na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0247&from=DA>, pristupljeno 8. XI. 2019.

¹⁶ *Ibid.*, str. 2.

ostvariti: izgradnja baza podataka o uspjesima u visokom obrazovanju (obrazovanju, istraživanjima, inovacijama i dizajnu sustava; podrška suradnji, zajedničkom učenju i ciljanoj politici savjetovanja između vlada i onih ovlaštenih za upravljanje visokim obrazovanjem; jačanje kapaciteta i izlaza (*outputs*) ustanova visokog obrazovanja; podrška međunarodnoj mobilnosti studenata, osoblja i istraživača te jačanje suradnje između visokog obrazovanja, istraživanja i biznisa).¹⁷ Stoga EK ističe da su prioriteti u pristupu visokom obrazovanju EU-a (država članica) sljedeći: borba protiv neodgovarajućeg razvoja vještina i promocija izvrsnosti u razvoju vještina,¹⁸ izgradnja inkluzivnih i povezanih sustava visokog obrazovanja,¹⁹ osiguranje doprinosa ustanova visokog obrazovanja inovacijama²⁰ i podrška efektivnim i efikasnim sustavima visokog obrazovanja.²¹ Kako bi se ovi prioriteti ostvarili, EK će inicirati dijalog o implementaciji svih navedenih aktivnosti sa svim dionicima, uključujući države članice, Europski parlament, Odbor regija, Ekonomski i socijalni odbor i Europsku investicijsku banku.

3. RAZLIKOVANJE JAVNE SLUŽBE, USLUGA OD OPĆEG INTERESA, USLUGA OD OPĆEG GOSPODARSKOG INTERESA I NEGOSPODARSKIH USLUGA OD OPĆEG INTERESA

Za našu temu potrebno je provesti razlikovanje temeljnih pojmova: usluga od općeg interesa, gospodarskih usluga od općeg interesa i negospodarskih usluga od općeg interesa. Kako o tome postoji literatura velikog opsega, to ćemo, samo za potrebe ovoga rada ukratko prikazati razliku između navedenih pojmova. EK je pokušao sustavno pristupiti konceptu javnih službi u Zelenoj knjizi o službama od općeg interesa (*Green paper on services of general interest*) iz svibnja 2003.²² Zelena knjiga razlikuje gospodarske od negospodarskih službi od općeg interesa, kako u pogledu njihova klasificiranja, tako i u pogledu uređenja njihova pravnog položaja.²³

¹⁷ *Ibid.*, str. 3.

¹⁸ Obveza je sustava visokog obrazovanja osigurati ažurne sadržaje, relevantne studentske programe. Stoga će EK pokrenuti europsku inicijativu praćenja završenih studenata, pokrenuti koaliciju EU STEM, potaknuti integraciju radnih mjesta prepoznatu kroz ECTS-bodove u programe visokog obrazovanja, razviti i pokrenuti model digitalne spremnosti i pokrenuti stratešku podršku za nastavnike, doktorske kandidate i poslijedoktorande kroz Erasmus+.

¹⁹ EK će upravljati podrškom Erasmus+ kako bi pomogla visokim učilištima u razvoju integriranih institucionalnih strategija za inkluzivnost, rodnu ravnopravnost i uspjeh u studiju, promicati razvoj i testiranje fleksibilnih i modularnih sadržaja, podržavati visoka učilišta u dodjeli ECTS-bodova studentima za volontiranje i društveni rad te podržavati priznanje kvalifikacija izbjeglica.

²⁰ EK će proširiti model EIT-RIS (regionalna inovacijska shema), podržati razvoj i testiranje metoda poučavanja u svrhu postizanja kreativnosti i inovacija u visokom obrazovanju, istaknuti ulogu visokog obrazovanja za „pametne specijalizacije“, pojačati sustav „Marie Skłodowska-Curie“, povećati podršku Unije za suradnju biznisa i sveučilišta.

²¹ *Communication... op. cit.*, str. 4.

²² Đulabić, V., „Povelje javnih službi: pokušaj podizanja kvalitete javne uprave i jačanja uloge građana“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 56 (2006.), 1, str. 34.

²³ *Ibid.*

Nakon toga slijedila je Bijela knjiga o uslugama od općeg interesa.²⁴ Izraz „usluge od općeg interesa“ ne postoji u samome Ugovoru. U praksi Europske zajednice izveden je iz izraza „usluge od općeg gospodarskog interesa“ koji se koristi u Ugovoru. Izraz „usluge od općeg interesa“ širi je od izraza „usluge od općeg gospodarskog interesa“ te pokriva i tržišne i netržišne službe koje vlasti označe kao službe od općeg interesa podložne posebnim obvezama što ih imaju javne službe.²⁵ Izrazi „usluga od općeg interesa“ i „usluga od općeg gospodarskog interesa“ ne smiju se pomiješati s izrazom „javna služba“. Taj je izraz manje precizan i može imati različita značenja koja pak mogu prouzročiti nejasnoće i nesporazume. Izraz se katkada odnosi na činjenicu da se usluga nudi javnosti, katkada pak naglašava da je nekoj službi dodijeljena posebna uloga od javnog interesa, a katkada se odnosi na vlasništvo ili na status tijela koje uslugu pruža.²⁶ Važno je naglasiti da pravo Unije izričito ne definira što je usluga od općeg gospodarskog interesa, nego je odluka o uvođenju konkretnih usluga od općeg gospodarskog interesa, njihovoj naravi i dosegu načelno prepuštena širokoj diskreciji država članica.²⁷ Pojam negospodarskih usluga od općeg interesa pojavio se pak – doduše, bez definicije – najprije u Komisijinim neobveznim aktima, poput Komisijine interpretativne komunikacije o koncesijama u skladu s pravom Zajednice, zatim u članku 2. stavku 2. točki (a) Direktive o uslugama na unutarnjem tržištu, a na kraju i u članku 2. Protokola br. 26 UFEU-a o uslugama od općeg interesa, dodanom na temelju Lisabonskog ugovora iz 2007., i do danas nema veće značenje.²⁸ Dakle, dok izraz javna usluga ili služba („*service public*”)²⁹ potječe iz francuskog upravnog prava i označava sve javne usluge ili njihove pružatelje, u

²⁴ *White Paper on services of general interest* (2004.), dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3A123013b>, pristupljeno 10. XI. 2019. Prijevod ovog dokumenta na hrvatski jezik vidi u: *Bijela knjiga Europske unije o službama od općeg interesa – prijevod, i. dio*, Hrvatska javna uprava, vol. 6 (2006.) 4, str. 35-49.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Stanković, D., „Uloga postupaka javne nabave u financiranju usluga od općeg gospodarskog interesa“, *Zagrebačka pravna revija*, vol. 7 (2108.), 1, str. 56.

²⁸ *Ibid.*, str. 57.

²⁹ „Zbog toga javna vlast snosi krajnju odgovornost za njihovo obavljanje. Javne službe moguće je klasificirati na komercijalne (gospodarske) i nekomercijalne (negospodarske). U prvom je slučaju riječ o službama koje se, velikim dijelom, mogu orijentirati na mehanizme tržišta, ali se njima istodobno zadovoljava širi, tj. javni interes. 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. Ta se odgovornost očituje u potrebi regulacije takvih djelatnosti ... tako da postavi standarde obavljanja tih službi. ... Druga kategorija javnih službi su negospodarske, tj. nekomercijalne javne službe. Njihova je temeljna karakteristika obavljanje javnih poslova kojima se osigurava zadovoljavanje određenog javnog interesa bez izričite namjere stjecanja dobiti. 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. ... U tu kategoriju javnih službi moguće je ubrojiti različite službe poput zdravstvenog i socijalnog osiguranja, obrazovanja te društvene, tehničke, statističke i druge službe negospodarske prirode.“ Vidi u: Đulabić, V., *op. cit.*, str. 32. i 33.

pravu Unije ponajprije se govori o uslugama od općeg interesa, koje pak mogu biti gospodarske ili negospodarske, poput usluga osnovnog obvezatnog obrazovanja.³⁰

4. PRAKSA SUDA EUROPSKE UNIJE O PRIMJENI DIREKTIVE O USLUGAMA NA SUSTAV VISOKOG OBRAZOVANJA

Treba naglasiti i da je samom Direktivom o uslugama izrijekom propisano da se ona primjenjuje samo na usluge koje se pružaju u zamjenu za ekonomsku naknadu. Pritom Direktiva dalje navodi kako usluge od općeg interesa nisu obuhvaćene u definiciji iz članka 50. Ugovora o funkcioniranju Europske unije te stoga ne ulaze u područje primjene ove Direktive. Također je propisano kako se ona ne primjenjuje niti na negospodarske usluge od općeg interesa, pa bi se moglo zaključiti da se primjenjuje na gospodarske usluge od općeg interesa. Ukratko, moglo bi se zaključiti da je ključni kriterij prema kojemu bismo mogli zaključiti primjenjuje li se Direktiva o uslugama onaj radi li se o „poduzetniku“ u smislu prava tržišnog natjecanja Europske unije. Tu nam je, dakako, od velike pomoći praksa Suda Europske unije.

Prvi korak sastoji se u utvrđivanju je li u pojedinom slučaju riječ o poduzetniku. Bitno je napomenuti da pojam „poduzetnik“ nije definiran odredbama Ugovora te je za njegovo shvaćanje potrebno okrenuti se sudskoj praksi i drugim službenim dokumentima Europske unije. Polaznu točku u tom smislu predstavlja odluka Suda Europske unije u predmetu *Höfner*, vezanom uz zaštitu tržišnog natjecanja. U tom slučaju Sud je odredio da se poduzetnikom smatra svaki subjekt koji je uključen u određenu gospodarsku djelatnost, bez obzira na pravni status (primjerice, javni ili privatni) tog subjekta i njegov način financiranja.³¹ Navedena definicija vrlo je široka te u praksi može obuhvatiti svaku osobu koja obavljanjem gospodarske djelatnosti sudjeluje u prometu usluga i roba. Riječ je o funkcionalnom pristupu, u kojem je naglasak na djelatnosti koju obavlja subjekt, pri čemu se uzima u obzir ukupnost svih činjenica i gospodarskih okolnosti slučaja.³²

Međutim, iz prakse Suda teško je detektirati i upotrijebiti univerzalni kriterij prema kojem bismo u svakom slučaju mogli nedvojbeno utvrditi je li riječ o poduzetniku u smislu prava EU-a.³³ Jedan od kriterija koji se mogu spomenuti jest socijalna svrha odnosno funkcija subjekta. Navedeni kriterij prvi put je, kao relevantan, spomenut u predmetu *Poucet i Pistre*,³⁴ u kontekstu javnog socijalnog osiguranja. U tom predmetu Sud je utvrdio da obvezni sustav javnog socijalnog osiguranja zbog svoje socijalne funkcije ne predstavlja gospodarsku djelatnost prema pravu

³⁰ Stanković, D., *op. cit.*, str. 57.

³¹ *Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH*, C-41/90 od 23. travnja 1991.

³² Sokol, T., Staničić, F., „Pravni položaj Katoličke crkve kao gospodarskog subjekta u pravu Europske unije i hrvatskom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 68 (2018.), 1, str. 33.

³³ Tako i *ibid.*, str. 34.

³⁴ *Christian Poucet v Assurances Générales de France and Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon*, C-159/91 i C-160/91 od 17. veljače 1993.

Europske unije te se osiguravatelji u takvom sustavu ne smatraju poduzetnicima.³⁵ Osim navedena dva kriterija, pri određivanju je li riječ o poduzetniku bitno je i pitanje ostvarivanja dobiti. Kao i prethodni, ni taj kriterij nije apsolutan, već njegova prisutnost u nekim situacijama upućuje na nepostojanje gospodarske aktivnosti, a u nekima ne.³⁶ Idući kriterij koji se uzima u obzir pri isključenju primjene pravila o tržišnom natjecanju i državnim potporama jest kriterij državne kontrole. Navedeno se može vidjeti u odluci Suda Europske unije u predmetu *Freskot*.^{37, 38}

Ipak, iz navedenoga može se izvući općeniti zaključak da ključnu ulogu imaju propisi pojedine države koji u nekom segmentu praktički isključuju tržišno natjecanje. Država to može napraviti ili na način da potpuno zabrani konkurenciju i uspostavi zakonski monopol ili da stvori pravni okvir koji obavljanje određene aktivnosti čini posve neisplativim za privatne subjekte.³⁹ Kada postoji stvarno tržišno natjecanje između određenog subjekta (čak i ako navedeni subjekt ima poseban pravni status ili predstavlja subjekt javnog prava) i privatnih osoba (fizičkih ili pravnih), može se zaključiti da je riječ o gospodarskoj djelatnosti na koju se primjenjuju propisi EU-a o tržišnom natjecanju i državnim potporama.⁴⁰ U takvoj se situaciji subjekti koji se kroz pružanje dobara i usluga natječu s drugim subjektima na tržištu i snose rizik poslovanja smatraju poduzetnicima. Navedeno isključenje tržišnog natjecanja posebno je primjenjivo u slučaju subjekata koji ispunjavaju određenu socijalnu funkciju, djeluju prema načelu solidarnosti, ne ostvaruju dobit te čije su aktivnosti u bitnim elementima određene zakonodavstvom države članice Unije.⁴¹

Pitanje obavljanja gospodarske djelatnosti i primjenjivosti tržišnih propisa EU-a nije ograničeno isključivo na sudsku praksu u sferi zaštite tržišnog natjecanja i državnih potpora. Bitnu ulogu ovdje igraju i pravila o slobodi kretanja usluga na unutarnjem tržištu Unije. Ključan predmet koji je utvrdio kriterije Suda Europske unije u ovom području jest *Humbel*,⁴² o slučaju francuskog državljanina koji je išao u srednju školu u Belgiji te je morao platiti školarinu (upisninu) koju nisu morali platiti belgijski državljani. Bila je riječ o očitoj diskriminaciji, no, da bi pravo EU-a

³⁵ Sokol, T., Staničić, F., *op. cit.*, str. 34. Dodatno, u predmetu FENIN (*Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN)*) v *Commission of the European Communities* T-319/99) utvrđen je i drugi kriterij – onaj solidarnosti. Bila je riječ o tužbi zbog predukih rokova plaćanja protiv EK od strane udruženja distributera medicinskih proizvoda i opreme koje su prodavali španjolskim bolnicama. Bila je riječ o jedinstvenom nacionalnom zdravstvenom sustavu u kojem nije postojala distinkcija između pružatelja zdravstvenih usluga i fonda koji plaća navedene usluge. Premda je španjolski zdravstveni sustav kupovao dobra na tržištu, navedena transakcija sama po sebi nije značila da taj sustav obavlja gospodarsku djelatnost. Bitna je bila svrha za koju su dobra kupljena, a ta svrha bila je socijalna. Osim navedenog, ključnim se pokazala činjenica da je španjolski zdravstveni sustav utemeljen na načelu solidarnosti, s obzirom na to da je pretežno financiran od strane države i da je pacijentima pružao usluge besplatno. Vidi u: *ibid.*, str. 35.

³⁶ *Ibid.*, str. 36.

³⁷ *Freskot AE v Elliniko Dimosio*, C-355/00 od 22. svibnja 2003.

³⁸ Sokol, T., Staničić, F., *op. cit.*, str. 36.

³⁹ *Ibid.*, str. 37.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Belgian State v René Humbel and Marie-Thérèse Ede*, C-263/86 od 27. rujna 1988.

bilo primjenjivo, među ostalim se moralo utvrditi je li riječ o slobodi pružanja usluga na unutarnjem tržištu EU-a, odnosno o gospodarskoj djelatnosti. Sud je utvrdio da je riječ o gospodarskoj djelatnosti samo u slučaju usluga koje se uobičajeno pružaju uz određenu naknadu, pri čemu naknada predstavlja ekonomsku protučinidbu za uslugu koja se pruža. S druge strane, uspostavljajući i održavajući sustav javnog obrazovanja, koji se u pravilu financira iz javnog proračuna, a ne iz sredstava plaćenih od strane učenika ili njihovih roditelja, država nema namjeru izvršavati djelatnosti uz naknadu, već ispunjava zadaću koju ima prema svojem stanovništvu u socijalnom, kulturnom i obrazovnom području. Iz navedenog razloga Belgija je imala pravo naplaćivati državljanima drugih država članica višu školarinu nego svojim vlastitim državljanima.⁴³

U predmetu *Humbel* nije riješeno pitanje obrazovanja što ga pružaju subjekti u privatnom vlasništvu koji se pretežno financiraju kroz školarine, kao ni visokog obrazovanja, što je od presudnog značaja za našu temu. Ipak, presudom u predmetu *Wirth*⁴⁴ Sud Europske unije utvrdio je da tečajevi što ih pružaju obrazovne ustanove, a financiraju se privatnim sredstvima koja ne potječu od samog pružatelja usluga, predstavljaju usluge s obzirom na to da je cilj spomenutih ustanova ponuditi uslugu uz naknadu i ostvariti dobit.⁴⁵ U ovom kontekstu nije potrebno da navedeno financiranje osiguraju uglavnom sami učenici jer gospodarska narav određene djelatnosti ne ovisi o tome plaćaju li neku uslugu oni koji se tom uslugom koriste (dakle, mogu plaćati i roditelji).⁴⁶

Sljedeći izvadak iz presude *Wirth* citiramo na engleskom radi preciznosti: *As the Court has already emphasized in Case 263/86 Belgian State v Humbel [1988] ECR 5365, at paragraphs 17, 18 and 19, the essential characteristic of remuneration lies in the fact that it constitutes consideration for the service in question, and is normally agreed upon between the provider and the recipient of the service. In the same judgment the Court considered that such a characteristic is absent in the case of courses provided under the national education system. First of all, the State, in establishing and maintaining such a system, is not seeking to engage in gainful activity, but is fulfilling its duties towards its own population in the social, cultural and educational fields. Secondly, the system in question is, as a general rule, funded from the public purse and not by pupils or their parents. The Court added that the nature of the activity is not affected by the fact that pupils or their parents must sometimes pay teaching or enrolment fees in order to make a certain contribution to the operating expenses of the system.*

U konkretnom slučaju, Sud je utvrdio da njemačka obrazovna ustanova, primarno financirana iz javnih sredstava, uz plaćanje upisnine (*Gebuehren*) nije

⁴³ Sokol, T., Staničić, F., *op. cit.*, str. 37. i 38.

⁴⁴ *Stephan Max Wirth v Landeshauptstadt Hannover*, C-109/92 od 7. prosinca 1993.

⁴⁵ Sokol, T., Staničić, F., *op. cit.*, str. 38.

⁴⁶ Vidi *Herbert Schwarz and Marga Gootjes-Schwarz v Finanzamt Bergisch Gladbach*, C-76/05 od 11. rujna 2007. Vidi i u *ibid.* U citiranoj presudi Sud se poziva i na svoju konzistentnu praksu u predmetima: *Bond van Adverteerders and Others*, C-352/85; *Deliège*, Cases C-51/96 i C-191/97; *Smits and Peerbooms* i *Skandia and Ramstedt*.

pružatelj usluge u smislu prava EU-a. Dakle, načelno, kada država uspostavi sustav visokog obrazovanja, ona se time ne upušta u aktivnost kojom se stječe dobit, već ispunjava svoje socijalne, kulturne i obrazovne obaveze.⁴⁷ Da bi došao do tog zaključka Sud je smatrao relevantnim da se javno obrazovanje, u pravilu, financira iz državnog proračuna, a ne od strane učenika i njihovih roditelja. Na javnu narav takvog obrazovanja ne utječe niti činjenica da učenici ili studenti ponekad moraju platiti školarinu ili/i upisninu. Stoga se javno obrazovanje ne smatra uslugom.⁴⁸ Stoga, Sud načelno stoji na stajalištu da javno visoko obrazovanje nije usluga i da se na njega ne primjenjuje Direktiva o uslugama.⁴⁹

Navedena sudska praksa odgovorila je na neka pitanja, no neka je ostavila otvorenima. Prvo pitanje tiče se važnosti stjecanja dobiti kao kriterija za primjenu tržišnih pravila EU-a. U kasnijem predmetu *Jundt*⁵⁰ Sud je, na tu temu, ustvrdio da i subjekti koji ne streme ostvarivanju dobiti mogu obavljati gospodarsku djelatnost pružanjem usluga.⁵¹ U tom predmetu bila je riječ o nastavniku koji je kao vanjski suradnik honorarno predavao na sveučilištu te se zbog toga radilo o pružanju usluga od strane tog nastavnika (zato što je dobio naknadu od sveučilišta kao protučinidbu za nastavu koju je odradio).⁵²

Drugo, mnoge obrazovne ustanove financiraju se iz različitih izvora, od kojih su samo dio privatna sredstva, dok dio dolazi iz javnih izvora. Čak se i pojedini studijski programi mogu istovremeno financirati iz različitih izvora. Ako se ovome nadoda prije opisana sudska praksa koja se tiče definicije poduzetnika, jasno je da je u pojedinom slučaju vrlo teško utvrditi je li riječ o gospodarskoj djelatnosti na koju se primjenjuju tržišna pravila Europske unije ili nije.⁵³

5. PRAVNA TEORIJA O PRIMJENI DIREKTIVE O USLUGAMA NA SUSTAV VISOKOG OBRAZOVANJA

Člankom 1. Protokola br. 26 UFEU-a daje se tumačenje o tome što uključuju zajedničke vrijednosti Unije u pogledu UOGI-ja: (i) ključnu ulogu i široko diskrecijsko pravo nacionalnih, regionalnih i lokalnih tijela u pružanju, naručivanju i organiziranju usluga od općeg gospodarskog interesa u najvećoj mogućoj mjeri povezanih s potrebama korisnika, (ii) raznolikost različitih usluga od općeg gospodarskog interesa te razliku potreba i sklonosti korisnika koje mogu proizlaziti iz različitih geografskih, socijalnih i kulturnih okolnosti i (iii) visoku razinu kvalitete,

⁴⁷ Rodin, S., „Kao brodovi u noći: hrvatsko visoko obrazovanje i slobode unutarnjeg tržišta Europske unije“, *Politička misao*, vol. 48 (2011.), 1., str. 189.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Vidi i Morjin, J., „Economic Liberalisation of Education Provision within the EC & WTO: A Human Rights Perspective“, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, vol. 2 (2006.), str. 100.

⁵⁰ *Hans-Dieter Jundt and Hedwig Jundt v Finanzamt Offenburg*, C-281/06 od 18. prosinca 2007.

⁵¹ Sokol, T., Staničić, F., *op. cit.*, str. 38.

⁵² Vidi i Rodin, S., *op. cit.*, str. 190.

⁵³ Sokol, T., Staničić, F., *op. cit.*, str. 38.

sigurnosti i financijske dostupnosti, jednak tretman i promicanje univerzalnog pristupa i pravâ korisnikâ. Nasuprot tomu, člankom 2. tog protokola potvrđuje se također načelo prema kojem odredbe Ugovorâ ni na koji način ne utječu na nadležnost država članica za pružanje, naručivanje i organiziranje gospodarskih usluga od općeg interesa.⁵⁴

I teorija se slaže da se Direktiva o uslugama primjenjuje samo na gospodarske usluge od općeg interesa, a ne na gospodarske usluge od općeg interesa. Međutim, iako je točno da se ove dvije kategorije usluga razlikuju po ekonomskoj naknadi, teorija također navodi da je moguće visoko obrazovanje klasificirati unutar obje kategorije.⁵⁵ Ipak, i teorija smatra da razlika ovisi o tipu financiranja,⁵⁶ pa su tako privatna učilišta ona koja pružaju usluge koje potpadaju pod opseg Direktive o uslugama. Stoga ona uživaju zaštitu Direktive kada se nalaze na tržištu s drugim privatnim učilištima.⁵⁷ Međutim, ni ta činjenica nije bez opasnosti jer je stvorila tenzije između slobodnog tržišta na obrazovnom tržištu i prava država članica da u potpunosti kontroliraju svoje sustave visokog obrazovanja i njihovu kvalitetu. Ranija teorija također je isticala da se, samo u kontekstu ekonomske integracije privatno obrazovanje može smatrati uslugom prema definiciji Suda, odnosno da se, ako se obrazovanje pruža uz naknadu, primjenjuje primarno pravo Unije. Međutim, Sud nikada nije otvoreno definirao privatno obrazovanje uslugom.⁵⁸ Ono što se može istaknuti jest činjenica da je prevladavajuće tumačenje da se Direktiva o uslugama primjenjuje samo na privatno visoko obrazovanje, a ne i na javno visoko obrazovanje.⁵⁹ Dakako, treba dati odgovor i na pitanje – što je javno visoko obrazovanje, tj. kako ga prepoznati. Naime, nema konsenzusa o tome kako definirati „javno obrazovanje“.⁶⁰ Je li odlučujući kriterij tko pruža obrazovanje ili da se radi o javno financiranom obrazovanju ili su odlučujuća oba navedena kriterija? Prema Rodinu, postoje sljedeći kriteriji koje je uspostavio Europski parlament: svrha aktivnosti (komercijalna ili nekomercijalna), postotak financiranja od strane javnog sektora, razinu investicije, motiviranost profitom za razliku od motiva

⁵⁴ Stanković, D., *op. cit.*, str. 58.

⁵⁵ Vidi u Davies, G., *The Process and Side-Effects of Harmonisation of European Welfare States*, str. 19., dostupno na: <http://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/2014/12/060201.pdf>, pristupljeno 12. XI. 2019.

⁵⁶ Morjin, J., *op. cit.*, str. 126.

⁵⁷ Ovo posebno proizlazi iz presude Suda Neri (*Valentina Neri v. European School of Economics*, C-153/02 od 13. studenog 2003.) u kojoj je Sud naveo da je organiziranje „*university courses*“ od strane privatnog visokog učilišta ekonomska aktivnost koja potpada pod pravo Unije glede prava priznavanja akademskih stupnjeva.

⁵⁸ Gori, G., *op. cit.*, str. 383.

⁵⁹ Hackl, E., „Tensions in the Policy Objectives of the European Higher Education Area? Public Good and Public Responsibility Versus Service Liberalisation: Equality Versus Institutional Diversity“, u: Curaj, A., Scott, P., Vlaseceanu, L., Wilson, L. (ur.), *European Higher Education at the Crossroads: Between the Bologna Process and National Reforms*, Springer, Dordrecht, Heidelberg, New York, London, 2012., str. 88.

⁶⁰ Marginson, S., *Public/private in higher education: a synthesis of economic and political approaches*, Centre for Global Higher Education, UCL Institute of Education, London, 2016., str. 1-22, dostupno na: <https://www.researchcghe.org/perch/resources/publications/wp1.pdf>, pristupljeno 10. XI. 2019.

pokrivanja troškova, procjena koristi koje proizlaze iz lokalnog pribavljanja usluge za razliku od paneuropske javne nabave, jamstva socijalnih prava koja se promiču te promicanje socijalne inkluzije i integracije.⁶¹ Neki autori⁶² smatraju da u budućnosti nije vjerojatno da će Sud Europske unije ipak održati – ponajprije zbog činjenice da su danas mnoga europska sveučilišta privatna, ali ovisna o državi jer 50 % ili više njihovih prihoda dolazi od države – status visokog obrazovanja kao usluge općeg interesa.⁶³ Naime, iz ovoga slijedi da su same države odlučile prebaciti visoko obrazovanje iz suverene stvari države u poduzetnički pothvat, što bi značilo da se radi o stvari pod opsegom Direktive o uslugama.⁶⁴ Ovo je zanimljivo stajalište, ali budućnost će pokazati dvije stvari: a) radi li se o trendu koji će prevladati i b) hoće li Sud temeljem toga promijeniti svoju praksu. Međutim, i iz ovakvog stajališta može se iščitati uvjet da bi se radilo o tržišnim sferama – privatno financiranje. Činjenica jest da je u Europi općenito prisutan trend smanjenog financiranja u visokom obrazovanju i da se javne institucije okreću i drugim izvorima financiranja.⁶⁵ Izražen je trend pada javnog financiranja, prouzročen financijskom krizom i drugim nepovoljnim kretanjima javnih financija tako da je u nekim zemljama u razdoblju 2008. – 2012. zabilježen pad javnog financiranja od preko 10 % (Latvija, Litva, Češka Republika, Grčka, Mađarska, Italija, Irska, Island, Portugal, Španjolska, Nizozemska), a u nekima do 10 % (Engleska, Škotska, Irska, Estonija, Nizozemska, Island).⁶⁶ U posljednje vrijeme u europskim zemljama uz tradicionalno⁶⁷ značajno financiranje iz javnih izvora, sve značajnije postaje financiranje i iz drugih izvora kao što su: školarine, financiranje kroz pružanje usluga, financiranje iz ugovora s privatnim sektorom, financiranje iz donacija, financiranje iz investicijskih aktivnosti, financiranje iz fondova Europske unije i sl. Modeli financiranja visokog obrazovanja u europskim zemljama razlikuju se upravo po omjerima i načinima javnog financiranja, financiranja iz vlastitih izvora visokih učilišta i financiranja iz

⁶¹ Rodin, S., *op. cit.*, str. 190.

⁶² Vidi u: Wageningen, A., „Higher Education as a Service: Denying the Obvious“, u: Sin, C., Tavares, O., Cardoso S. J., Rosa M., (ur.), *op. cit.*, str. 255-286.

⁶³ Vidi i u Hackl, E., *op. cit.*, str. 89.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ O tome vidi Pruvot, E. B., Estermann, T., „European Universities Diversifying Income Streams“, u: Curaj, A., Scott, P., Vlaseceanu, L., Wilson, L. (ur.), *op. cit.*, str. 709-726. Vidi i Barić V., Obadić A., „Odnos javnih i privatnih ekonomskih učilišta – svjetski trendovi i praksa u Hrvatskoj“, u: Čavrak, V., Gelo T. (ur.), *Ekonomsko obrazovanje u Republici Hrvatskoj – jučer, danas, sutra*, Zagreb, 2013., str. 60. i dalje.

⁶⁶ Vašiček, V., Dragija, M., „Modeli financiranja visokog obrazovanja i primjena u Republici Hrvatskoj“, u: Čavrak, V., Gelo T. (ur.), *op. cit.*, str. 119.

⁶⁷ Treba istaknuti da ne postoji unificirani model financiranja visokog obrazovanja u zemljama Unije već svaka zemlja ima svoj model u kojem se koriste različite kombinacije instrumenta financiranja. Unutar zemalja EU-a najčešće se pojavljuju sljedeći instrumenti financiranja institucija visokog obrazovanja:

- sporazumi o ciljevima (engl. performance agreement),
- osnovni proračuni (engl. global budget),
- proračuni utemeljeni na formuli (engl. formula based budget) i
- školarina/ naknada za studiranje (engl. tuition/ study fee). Vidi u: *ibid.*, str. 123.

različitih međunarodnih fondova.⁶⁸ No, čini li ih to poduzetnicima u smislu tržišnog natjecanja i primjene Direktive o uslugama?

Istaknuli bismo zanimljiv stav prema kojemu će ulogu i primjenu Direktive o uslugama definirati same države članice.⁶⁹ Ako one ne preuzmu aktivnu ulogu, vjerojatno je da će Sud Europske unije odlučiti na način koji će pojačati integraciju i posljedično podržati primjenu Direktive o uslugama i regulaciju tržišta.⁷⁰

Treba naglasiti i da je samom Direktivom o uslugama izrijeком propisano da se ona primjenjuje samo na usluge koje se pružaju u zamjenu za ekonomsku naknadu. Pritom Direktiva dalje navodi kako usluge od općeg interesa nisu obuhvaćene u definiciji iz članka 50. Ugovora o funkcioniranju Europske unije te stoga ne ulaze u područje primjene ove Direktive. Također je propisano kako se ona ne primjenjuje niti na gospodarske usluge od općeg interesa, pa bi se moglo zaključiti da se primjenjuje na gospodarske usluge od općeg interesa. Ukratko, moglo bi se zaključiti da je ključni kriterij prema kojemu bismo mogli zaključiti primjenjuje li se Direktiva o uslugama onaj radi li se o „poduzetniku“ u smislu prava tržišnog natjecanja Europske unije. Tu nam je, dakako, od velike pomoći praksa Suda europske unije.

U samoj se Direktivi o uslugama navodi: U skladu sa sudskom praksom Suda potrebno je na pojedinačnoj osnovi ocijeniti mogu li se određene djelatnosti, posebno one koje su javno financirane ili ih pružaju javna tijela, smatrati „uslugama“ s obzirom na sva njihova obilježja, a posebno s obzirom na način na koji se pružaju, njihovu organizaciju i financiranje u dotičnoj državi članici. Sud smatra da ključno obilježje naknade leži u činjenici da ona predstavlja nadoknadu za dotičnu uslugu, i priznaje da to svojstvo naknade ne postoji u slučaju djelatnosti koje se, od strane države ili u njeno ime, izvode bez nadoknade u kontekstu njezinih obveza na socijalnom, kulturnom, odgojnom i pravosudnom području kao što je školovanje u okviru nacionalnog obrazovnog sustava ili upravljanje programima socijalne sigurnosti, koje ne uključuju ekonomsku aktivnost. Plaćanje naknade od strane primatelja, na primjer plaćanje školarine ili upisnine od strane učenika i studenata kao doprinos operativnim troškovima sustava, samo po sebi ne predstavlja naknadu zato što se usluga u svom bitnom dijelu financira iz državnih fondova. Ove usluge stoga nisu obuhvaćene u definiciji usluge iz članka 50. Ugovora i ne ulaze u područje primjene ove Direktive.

6. PRIJEPORI O PRIMJENI DIREKTIVE O USLUGAMA U HRVATSKOM SUSTAVU VISOKOG OBRAZOVANJA

Promotrimo sada pravni okvir koji uređuje sustav visokog obrazovanja u Republici Hrvatskoj. Najvažniji zakon u tom području jest Zakon o znanstvenoj

⁶⁸ *Ibid.*, str. 111.

⁶⁹ Hackl, E., *op. cit.*, str. 91.

⁷⁰ *Ibid.*

djelatnosti i visokom obrazovanju (dalje u tekstu: ZZDVO).⁷¹ Uz ZZDVO važni su i drugi zakoni kao što su Zakon o osiguranju kvalitete u znanosti i visokom obrazovanju,⁷² Zakon o hrvatskom kvalifikacijskom okviru,⁷³ Zakon o akademskim i stručnim nazivima i akademskom stupnju,⁷⁴ Zakon o studentskom zboru i drugim studentskim organizacijama,⁷⁵ Zakon o priznavanju inozemnih visokoškolskih kvalifikacija,⁷⁶ Zakon o Hrvatskoj zakladi za znanost⁷⁷ te velik broj podzakonskih akata koje je donijelo Ministarstvo znanosti i obrazovanja (ranije i sporta). Radi se o vrlo složenom pravnom sustavu za koji neki autori smatraju da zaslužuje položaj ili podgrane upravnog prava ili čak posebne pravne grane.⁷⁸ Posebno treba istaknuti da se kod „sveučilišnog prava“ radi o iznimno specifičnom pravnom području koje predstavlja, u najmanju ruku, spoj upravnog, radnog i autonomnog „sveučilišnog prava“.^{79, 80} Pitanje primjene Direktive o uslugama intenziviralo se prilikom izrade Nacrta Zakona o osiguravanju kvalitete u znanosti i visokom obrazovanju. Naime, u radnom Nacrtu koji nije prošao javno savjetovanje, odnosno njegovom obrazloženju⁸¹ navodi se: „usklađuju se postupci vanjskog vrednovanja s Direktivom 2006/123/EZ o uslugama na unutarnjem tržištu, sa Standardima i smjernicama za osiguravanje kvalitete u Europskom prostoru visokog obrazovanja te ostalim

⁷¹ Narodne novine, br. 123/2003, 198/2003, 105/2004, 174/2004, 2/2007, 46/2007, 45/2009, 45/2009, 63/2011, 94/2013, 139/2013, 101/2014, 60/2015 i 131/2017.

⁷² Narodne novine, br. 45/2009. Ovaj zakon uređuje:

- osiguravanje i unapređivanje kvalitete u znanosti i visokom obrazovanju postupcima inicijalne akreditacije, reakreditacije, tematskog vrednovanja i vanjske neovisne periodične prosudbe unutarnjeg sustava osiguravanja kvalitete (audit),
- status, djelatnost i ustrojstvo Agencije za znanost i visoko obrazovanje (u daljnjem tekstu: Agencija) kao javne ustanove u Republici Hrvatskoj koja brine o osiguranju i unapređivanju kvalitete u znanosti i visokom obrazovanju, te
- ulogu ostalih tijela koja u Republici Hrvatskoj brinu o osiguranju i unapređivanju kvalitete u znanosti i visokom obrazovanju.

⁷³ Narodne novine, br. 22/2013, 41/2016 – odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske. Ovim se Zakonom uspostavlja Hrvatski kvalifikacijski okvir (u daljnjem tekstu: HKO) i uređuje njegova primjena. Nadalje se utvrđuje povezivanje HKO-a s Europskim kvalifikacijskim okvirom (u daljnjem tekstu: EQF) i Kvalifikacijskim okvirom Europskog prostora visokog obrazovanja (u daljnjem tekstu: QF-EHEA) i posredno s nacionalnim kvalifikacijskim sustavima drugih zemalja.

⁷⁴ Narodne novine, br. 107/2007 i 118/2012. Ovim se Zakonom uređuju akademski i stručni nazivi i akademski stupanj te njihovo stjecanje i korištenje.

⁷⁵ Narodne novine, br. 71/2007. Ovim se Zakonom uređuje pravo studenata na predstavljanje u tijelima visokih učilišta, pravo na udruživanje i djelovanje studentskih organizacija na visokim učilištima, studentski izbori, izbor i djelovanje studentskog pravobranitelja te druga pitanja vezana uz djelovanje studentskih organizacija.

⁷⁶ Narodne novine, br. 158/2003, 198/2003, 138/2006, 124/2009 i 45/2011. Ovim se zakonom uređuje priznavanje inozemnih visokoškolskih kvalifikacija te razdoblja obrazovanja.

⁷⁷ Narodne novine, br. 117/2001, 45/2009, 92/2010 i 78/2012. Ovim se zakonom osnovala Hrvatska zaklada za znanost, utvrdila njena svrha, tijela, osnovna imovina i način financiranja.

⁷⁸ Vidi Grubišić, K., „Sistematizacija pravnih normi u visokom obrazovanju i znanosti u Republici Hrvatskoj“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 67 (2017.), 3-4, str. 565-598.

⁷⁹ O pojmu autonomnog sveučilišnog prava vidi u *ibid.* str. 587-590.

⁸⁰ Vidi u: Staničić, F., „Mane i nedostaci Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju – kako ih popraviti?“, u: Barbić, J. (ur.), *Istine i zablude o reformi znanosti i visokog obrazovanja*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2019., str. 73. i 74.

⁸¹ Tekst je bio dostupan autorima.

dokumentima u sklopu Bolonjskog procesa“. Odnosno, taj zakon sadrži pozivanje na „usklađivanje s Direktivom 2006/123/EZ o uslugama na unutarnjem tržištu“. Tako se u obrazloženju navodi:

„U okviru analitičkog razmatranja hrvatskih pravnih propisa te procjene usklađenosti s Direktivom 2006/123/EZ o uslugama na unutarnjem tržištu (u daljnjem tekstu: Direktiva o uslugama), koje je provelo Ministarstvo znanosti i obrazovanja u konzultaciji s Ministarstvom gospodarstva, poduzetništva i obrta te Europskom komisijom, utvrđeni su određeni elementi moguće neusklađenosti postojećeg Zakona o osiguravanju kvalitete u znanosti i visokom obrazovanju s Direktivom o uslugama. Analiza je napravljena polazeći od tumačenja da se djelatnost privatnih visokih učilišta smatra uslugom u smislu Direktive o uslugama, budući se podmirenje troškova pružanja usluge ostvaruje putem naknade te nije sufinancirano iz nekih drugih proračunskih izvora. Kao mogući elementi neusklađenosti s Direktivom o uslugama procijenjeni su zahtjevi koji se mogu smatrati nedopuštenima ili zabranjenima kao što su obveza mentorstva u kojem se inzistira da visoko učilište u osnivanju svoju uslugu obavlja u suradnji s potencijalnim konkurentima; zahtjevi prema privatnim pružateljima usluga za izradom studije o opravdanosti izvođenja studijskog programa; zahtjev kojim se određuje najmanji broj zaposlenika; brzina ishoda suglasnosti za obavljanje djelatnosti visokog obrazovanja; ograničenja od godinu dana za pokretanje novog akreditacijskog postupka, ako postupak iz bilo kojeg razloga završi negativno; obveza podnošenja zahtjeva za izvođenje novog studijskog programa najmanje godinu dana prije početka akademske godine u kojoj će započeti izvođenje predloženog studijskog programa. Dodatno potrebno je osigurati i provedbu članka 5. i 8. Direktive o uslugama koji nalaže administrativno pojednostavljenje (svih uvjeta) i elektroničku dostupnost postupaka, konkretno vezano uz predaju zahtjeva i postupak akreditacije te posebno regulirati uvjete prema kojima visoka učilišta iz inozemstva mogu osnivati svoje podružnice u Hrvatskoj i izvoditi svoje studijske programe na teritoriju Republike Hrvatske.“

Ovakvo tumačenje primjene Direktive o uslugama jedan je od razloga zašto je krovno strateško tijelo – Nacionalno vijeće za znanost, visoko obrazovanje i tehnološki razvoj (dalje u tekstu: Nacionalno vijeće) pripremilo svoj, konkurentni onome Ministarstva, Nacrt Prijedloga Zakona o postupcima vrednovanja kvalitete visokih učilišta i znanstvenih organizacija.⁸² Sama ova činjenica (postupak bez presedana Nacionalnog vijeća!) jasno govori o dubini neslaganja oko (načina) primjene Direktive o uslugama u sustavu visokog obrazovanja u Republici Hrvatskoj. U relevantnom dijelu obrazloženja svoga prijedloga Nacionalno vijeće navodi:

„U okviru analitičkog razmatranja hrvatskih pravnih propisa te procjene usklađenosti s Direktivom 2006/123/EZ o uslugama na unutarnjem tržištu (u daljnjem tekstu: Direktiva o uslugama), koje je provelo Ministarstvo gospodarstva,

⁸² Dostupan na: https://www.nvzvotr.hr/images/stories/dokumenti_novi/Nacrt%20Prijedloga%20Zakona%20o%20postupcima%20vrednovanja%20kvalitete%20visokih%20ucilista%20i%20znanstvenih%20organizacija%20NVZVOTR%2028022018.pdf, pristupljeno 11. XI. 2019.

utvrđeni su određeni elementi moguće neusklađenosti postojećeg Zakona o osiguravanju kvalitete u znanosti i visokom obrazovanju s Direktivom o uslugama. Nacionalno vijeće za znanost, visoko obrazovanje i tehnološki razvoj smatra da se Direktiva o uslugama ne može koristiti kao argument za snižavanje kriterija koji njome nisu propisani kao nedopušteni ili zabranjeni. Pored toga, Direktiva dopušta državama članicama da zadrže određene uvjete ako oni postoje zbog zaštite prevladavajućih razloga od javnog interesa. U tom smislu, Nacionalno vijeće za znanost, visoko obrazovanje i tehnološki razvoj smatra da je potrebno zadržati uvjet procjene društvene opravdanosti i usklađenosti studijskog programa s dugoročnim potrebama tržišta rada za sve studijske programe, a ne samo za one koji će se javno financirati. U članku 14. točki 5. Direktive o uslugama izričito je propisano da se zabrana primjene ekonomskog ispitivanja ne odnosi na zahtjeve planiranja koji nisu usmjereni na ekonomske ciljeve, ali koji su u funkciji prevladavajućih razloga od javnog interesa. Nacionalno vijeće za znanost, visoko obrazovanje i tehnološki razvoj smatra da se prevladavajući razlog od javnog interesa ogleda u posebnom interesu države da zaštiti studente, kao korisnike specifične usluge, od pružatelja usluga koji nude studijske programe koji nisu u skladu s potrebama socijalnog, gospodarskog, kulturnog, znanstvenog i tehnološkog napretka (u daljnjem tekstu: društvenim potrebama) i dugoročnim potrebama tržišta rada. Odnos između potencijalnih studenata kao korisnika usluge te visokih učilišta – bila ona javna ili privatna – jest odnos koji karakterizira neravnoteža u znanju i informacijama o studijskim programima koje ta visoka učilišta nude. Potencijalni studenti su slabija strana u tom odnosu. Kako takva neravnoteža ide na štetu studenata odnosno njihovih budućih izgleda na tržištu rada, Republika Hrvatska, zadržavajući uvjet prethodne procjene društvene opravdanosti (koja uključuje kulturnu i znanstvenu opravdanost), kao i usklađenosti studijskog programa s dugoročnim potrebama tržišta rada za sve studijske programe, to ne čini zbog ekonomskih ciljeva, već zbog prevladavajućeg razloga od javnog interesa. Javni interes se iskazuje u tome što je država, koja svojom odlukom stoji iza akreditacije određenog studijskog programa, dužna zaštititi studente od pogrešne legitimacije studijskih programa odnosno od akreditacije studijskih programa za koje nema društvene potrebe i dugoročne tržišne potrebe ili se ne očekuje da će je biti. To je, s obzirom na poremećaje koji već danas postoje na tržištu rada u Hrvatskoj, nacionalni javni interes par excellence. Dodatno je bitno napomenuti da zahtjev kojim se određuje najmanji broj zaposlenika spada pod zahtjeve koji nisu zabranjeni Direktivom o uslugama. Riječ je o zahtjevu koji može biti dopušten ako je: (a) nediskriminirajući s obzirom na mjesto registriranog sjedišta, (b) opravdan prevladavajućim razlogom od javnog interesa te (c) proporcionalan (članak 15. stavci 2. i 3. Direktive o uslugama). Nacionalno vijeće smatra da se društveni interes ogleda u zaštiti studenata i odgovornosti države da neće akreditirati studijski program ako visoko učilište nema odgovarajuće ljudske i druge resurse za njegovo izvođenje. Direktiva o uslugama ne može se koristiti kao argument za snižavanje kriterija koji njome nisu propisani kao zabranjeni, a za čije propisivanje postoje legitimni prevladavajući razlozi od javnog interesa.“

Posljedično, Nacrt koji je pripremio Ministarstvo sadrži sljedeću odredbu (čl. 2. st. 3.):

„Ovaj Zakon sadrži odredbe koje su u skladu s Direktivom 2006/123/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2006. godine o uslugama na unutarnjem tržištu (SL L 376, 12/12/2006)“, dok nacrt koji je izradilo Nacionalno vijeće u čl. 2. sadrži samo dva stavka, a ne sadrži pozivanje na usklađivanje s Direktivom o uslugama.

Iduća točka prijedpore nastala je kada je Ministarstvo znanosti i obrazovanja odlučilo pripremiti potpuno nov Zakon o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju te oformilo⁸³ radnu skupinu.⁸⁴ Na radu na izradi zakona unutar radne skupine aktualizirao se sukob mišljenja oko, ponajviše, dvije kategorije obrazovanja koje pružaju visoka učilišta – izvanrednog studija, odnosno studija uz rad te raznih programa cjeloživotnog obrazovanja. Odnosno, sukob oko toga radi li se o tržišnim kategorijama, što ovisi o tome radi li se o poduzetništvu i primjenjuje li se, posljedično, na te kategorije obrazovanja Direktiva o uslugama i na koji način. Neki smatraju da obje kategorije nedvojbeno spadaju u „poduzetništvo“ te da bi trebala vrijediti pravila tržišnog natjecanja i da su, posljedično, javna visoka učilišta nelojalna konkurencija privatnim visokim učilištima i kod pružanja izvanrednog studija (koji na javnim visokim učilištima studenta košta bitno manje) i kod izvođenja programa cjeloživotnog učenja. Mišljenja smo da je točno da je izvođenje programa cjeloživotnog učenja tržišna kategorija iz razloga što se na tom području i javna visoka učilišta ponašaju kao poduzetnik sa svim što iz toga proizlazi: postoji stvarno tržišno natjecanje i snose rizik poslovanja. S druge strane, oba navedena kriterija ne postoje kod pružanja izvanrednog studija s obzirom na to da na tom području koje je intrinzično jezgra visokog obrazovanja nema pravog tržišnog natjecanja, unatoč činjenici da studenti plaćaju upisnine i zato što javna visoka učilišta ne snose nikakav rizik poslovanja na tom području. Javna visoka učilišta mogla bi predstavljati nelojalnu konkurenciju da koriste svoj prevladavajući ili monopolistički utjecaj na drugom tržištu što bi im omogućavalo da na „tržištu“ izvanrednog studija idu s niskim cijenama. Kako ne postoji drugo „tržište“ jer nema spora oko toga da redovni studij ne predstavlja tržište, onda iz toga slijedi

⁸³ Odlukom o imenovanju Povjerenstva za izradu Nacrta prijedloga Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju Klasa: 023-03/18-06/00009, ur. broj: 533-03-18-0017 od 22. ožujka 2018., dopunjenu i izmijenjenu Odlukom o dopuni i izmjeni Odluke o imenovanju Povjerenstva za izradu Nacrta prijedloga Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju, Klasa: 023-03/18-06/00009, ur. broj: 533-03-18-0020 od 17. rujna 2018. godine.

⁸⁴ Također kao potez bez presedana valja navesti da je Senat Sveučilišta u Zagrebu, kao odgovor na pripremu novog ZZDVO-a od strane Ministarstva (a prema mišljenju Senata bez adekvatnog uključivanja zainteresiranih dionika) ponajprije imenovao 29-člano Povjerenstvo za razvoj i institucionalno uređenje sustava znanosti i visokog obrazovanja, Odlukom o imenovanju Povjerenstva za razvoj i institucionalno uređenje sustava znanosti i visokog obrazovanja, Klasa: 602-04/18-04/17, ur. broj: 380-020/173-17-1 od 15. svibnja 2018. godine, sa zadaćom da „izradi nacrt prijedloga cjelovitog i usklađenog zakonskog rješenja funkcioniranja aktivnosti, procesa i institucija u sustavu znanosti i visokog obrazovanja“. Navedeno je Povjerenstvo izradilo i Senatu predložilo Nacrt Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju, koji je Senat Odlukom, Klasa: 602-04/19-04/26, ur. broj: 380-020/284-19-1, od 14. svibnja 2019. godine i prihvatio te uputio Posebnom stručnom povjerenstvu za provedbu Strategije obrazovanja, znanosti i tehnološkog razvoja te dostavio na znanje svim rektorima sveučilišta u Republici Hrvatskoj.

da ne može biti niti nelojalne konkurencije u smislu zaštite tržišnog natjecanja. Kako će se ovaj sukob mišljenja razriješiti, za sada nam nije poznato, ali posljednja dostupna verzija⁸⁵ novog ZZDVO-a ne sadrži upućivanje na usklađenost ZZDVO-a s Direktivom o uslugama.

7. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

U teoriji postoje i ovakva razmatranja: visoko obrazovanje nije intrinzično javno niti privatno i njegova regulacija, upravljanje, pružanje i financiranje predstavljaju političku i ideološku odluku. Prema tome, primjenu Direktive o uslugama i njen opseg mogu jedino definirati države članice samostalno. Naime i zaključno: u pravu tržišnog natjecanja država ima autonomiju isključiti neki sektor potpuno s tržišta tako da stvori pravni okvir koji obavljanje određene aktivnosti čini posve neisplativim za privatne subjekte. S druge strane, ona ne smije, ako postoji tržišno natjecanje, privilegirati određene subjekte na tom tržištu.⁸⁶ Tako Rodin zaključuje kako je opravdano tvrditi da je visoko obrazovanje, kao neekonomska usluga od općeg interesa, izuzeto od primjene pravila o unutarnjem tržištu i tržišnoj utakmici samo u mjeri u kojoj je to nužno za ostvarivanje socijalne funkcije države. Inicijalnu prosudbu što se ubraja u takve usluge provodi država članica uz sudbeni nadzor Europskog suda. Dio obrazovanja koji se ima smatrati uslugom, odnosno za koji se ne može smatrati da je nužan za ispunjenje temeljne zadaće javne službe, u dosegu je primjene primarnog i sekundarnog prava EU-a primjenjivog na tržišne slobode i pravila o tržišnoj utakmici.⁸⁷ Visoko obrazovanje ima mnoge atribute javnog i privatnog dobra te je možda najbolje zadržati obje njegove karakteristike i ne odlučiti se niti za javni monopol niti za neograničeno tržišno natjecanje.⁸⁸ Prema tome, odluka o tome je li ili nije visoko obrazovanje, odnosno njegovi oblici, tržišna kategorija mora donijeti svaka država članica za sebe. Što se tiče slobode pružanja usluga, tamo gdje se obrazovanje financira primarno iz javnih sredstava, ne radi se o usluzi na tržištu.⁸⁹ To uključuje i situacije u kojima studenti plaćaju neki oblik upisnine koji ne odražava realnu cijenu usluge.⁹⁰ Ali, ako naknada odražava realnu cijenu usluge koja se pruža, bez obzira na to što je pruža javno visoko učilište, radi

⁸⁵ Voditelj radne skupine, državni tajnik u Ministarstvu znanosti, predstavio je (nedovršen i neraspravljen u velikom dijelu unutar Povjerenstva za izradu Nacrta ZZDVO-a) Nacrt ZZDVO-a na nizu institucija (Vijeće veleučilišta i visokih škola, Hrvatska udruga poslodavaca, Zagrebačka škola ekonomije i managementa, Nacionalno inovacijsko vijeće) te je Nacrt već prilično poznat javnosti.

⁸⁶ Vidi o tome: Rodin, S., *op. cit.*, str. 186-214.

⁸⁷ *Ibid.*, str. 192.

⁸⁸ Vidi, posebno, Williams, G., „Higher Education: Public good or private commodity?“, *London Review of Education*, vol. 14 (2016.), 1, str. 131-141.

⁸⁹ Dijelom suprotno vidi u Rodin, S., *op. cit.*, str. 191: „U svakom slučaju, države članice ne mogu isključiti čitave sektore ekonomske aktivnosti iz dosega tržišnih sloboda, pa tako i jedan dio aktivnosti visokog obrazovanja uživa zaštitu jamstava unutarnjeg tržišta EU-a. Takve će aktivnosti biti izuzete od primjene tržišnih pravila samo u mjeri u kojoj to ne utječe na ostvarivanje njihove temeljne zadaće, što se prosuđuje od slučaja do slučaja.“

⁹⁰ Vidi i u *ibid.*, str. 189.

se o usluzi koja potpada pod Direktivu o uslugama.⁹¹ Ipak, sigurno se može reći da će sustav visokog obrazovanja biti najosporavaniji kao tržište.⁹²

LITERATURA

1. Barić V., Obadić A., „Odnos javnih i privatnih ekonomskih učilišta – svjetski trendovi i praksa u Hrvatskoj“, u: Čavrak, V., Gelo T. (ur.), *Ekonomsko obrazovanje u Republici Hrvatskoj – jučer, danas, sutra*, Zagreb, 2013., str. 57-86.
2. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – on a renewed EU agenda for higher education*, dostupno na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0247&from=DA>, pristupljeno 8. XI. 2019.
3. Davies, G., *The Process and Side-Effects of Harmonisation of European Welfare States*, dostupno na: <http://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/2014/12/060201.pdf>, pristupljeno 12. XI. 2019.
4. 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.
5. Gori, G., *Towards a EU Right to Education*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2001.
6. Grubišić, K., „Sistematizacija pravnih normi u visokom obrazovanju i znanosti u Republici Hrvatskoj“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 67 (2017.), 3-4, str. 565-598.
7. Hackl, E., „Tensions in the Policy Objectives of the European Higher Education Area? Public Good and Public Responsibility Versus Service Liberalisation: Equality Versus Institutional Diversity“, u: Curaj, A., Scott, P., Vlaseceanu, L., Wilson, L. (ur.), *European Higher Education at the Crossroads: Between the Bologna Process and National Reforms*, Springer, Dordrecht, Heidelberg, New York, London, 2012., str. 83-99.
8. Marginson, S., *Public/private in higher education: a synthesis of economic and political approaches*, Centre for Global Higher Education, UCL Institute of Education, London, 2016., str. 1-22, dostupno na: <https://www.researchcghe.org/perch/resources/publications/wp1.pdf>, pristupljeno 10. XI. 2019.
9. Morjin, J., „Economic Liberalisation of Education Provision within the EC & WTO: A Human Rights Perspective“, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, vol. 2 (2006.), str. 99-136.
10. Pruvot, E. B., Estermann, T., „European Universities Diversifying Income Streams“, u: Curaj, A., Scott, P., Vlaseceanu, L., Wilson, L. (ur.), *European Higher Education at the Crossroads: Between the Bologna Process and National Reforms*, Springer, Dordrecht, Heidelberg, New York, London, 2012., str. 709-726.

⁹¹ Vidi slično razmišljanje u Davies, G., *op. cit.*, str. 21.

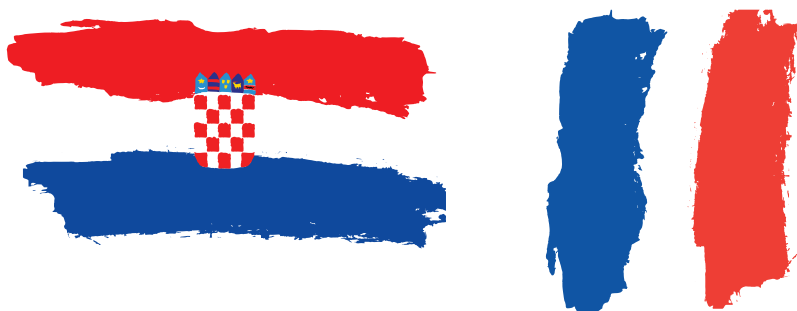
⁹² *Ibid.*, str. 61.

11. Ravinet, P., „On Principles, Europe and Higher Education: Reflections on European Higher Education as an Intersecting Normative Space“, u: Sin, C., Tavares, O., Cardoso S.J., Rosa M. (ur.), *European Higher Education and the Internal Market*, Palgrave Macmillan, London, 2018., str. 21-45.
12. Rodin, S., „Kao brodovi u noći: hrvatsko visoko obrazovanje i slobode unutarnjeg tržišta Europske unije“, *Politička misao*, vol. 48 (2011.), 1., str. 186-214.
13. Sokol, T., Staničić, F., „Pravni položaj Katoličke crkve kao gospodarskog subjekta u pravu Europske unije i hrvatskom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 68 (2018), 1, str. 31-60.
14. Staničić, F., „Mane i nedostaci Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju – kako ih popraviti?“, u: Barbić, J. (ur.), *Istine i zablude o reformi znanosti i visokog obrazovanja*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2019., str. 73-111.
15. Stanković, D., „Uloga postupaka javne nabave u financiranju usluga od općeg gospodarskog interesa“, *Zagrebačka pravna revija*, vol. 7 (2008.), 1, str. 53-69.
16. Vašiček, V., Dragija, M., „Modeli financiranja visokog obrazovanja i primjena u Republici Hrvatskoj“, u: Čavrak, V., Gelo T. (ur.), op. cit., str. 109-133.
17. Wageningen, A., „The Legal Constitution of Higher Education Policy and Governance of the European Union“, u: Huisman, J., de Boer, H., Dill, DD, Souto-Otero, M. (ur.), *The Palgrave International Handbook of Higher Education Policy and Governance*, Palgrave Macmillan, London, 2015., str. 95-113.
18. Wageningen, A., „Higher Education as a Service: Denying the Obvious“, u: Sin, C., Tavares, O., Cardoso S. J., Rosa M., (ur.), *European Higher Education and the Internal Market*, Palgrave Macmillan, London, 2018., str. 255-286.
19. *White Paper on services of general interest* (2004.), dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3A123013b>, pristupljeno 10. XI. 2019.
20. Williams, G., „Higher Education: Public good or private commodity?“, *London Review of Education*, vol. 14 (2016.), 1, str. 131-141.

RÉSUMÉ:

L'APPLICATION DES DIRECTIVES RELATIVES AU SYSTÈME DE L'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR

L'article analyse la question de savoir si la Directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur s'applique au système d'enseignement supérieur. Cette problématique est complexe et fait l'objet de débats tant dans la doctrine que dans la jurisprudence de l'Union européenne. Bien que l'Union européenne joue un rôle de soutien et de coordination dans le domaine de l'éducation, la responsabilité principale de l'organisation et du financement de l'enseignement supérieur demeure entre les mains des États membres. L'étude examine la distinction entre les services économiques et les services non économiques d'intérêt général. Selon la directive et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, seules les activités exercées contre une rémunération économique peuvent être considérées comme des services relevant du marché intérieur. Les établissements publics d'enseignement supérieur, financés principalement par des fonds publics et poursuivant des objectifs sociaux, culturels et éducatifs, ne sont généralement pas considérés comme des prestataires de services économiques. À l'inverse, les établissements privés financés essentiellement par les frais de scolarité ou d'autres ressources privées peuvent être qualifiés d'opérateurs économiques et entrer dans le champ d'application de la directive. Toutefois, la diversité des modèles de financement et d'organisation de l'enseignement supérieur rend difficile l'établissement de critères universels. L'analyse conclut que la directive ne devrait pas s'appliquer à l'enseignement supérieur public, qui constitue une prérogative essentielle des États membres. Ceux-ci conservent le droit de définir librement leur système éducatif, tandis que l'application des règles du marché intérieur demeure limitée aux activités présentant un caractère véritablement économique. Ainsi, l'enseignement supérieur public reste principalement une mission d'intérêt général plutôt qu'une activité de marché.



ISBN 978-953-8116-54-4